

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

**LA NECESIDAD DE INCLUIR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE ENMIENDA, LA
PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DE UNA HOJA O PLIEGO DE PROTOCOLO**

DARÍO ALEJANDRO RAMÍREZ MONZÓN

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**LA NECESIDAD DE INCLUIR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE ENMIENDA, LA
PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DE UNA HOJA O PLIEGO DE PROTOCOLO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DARÍO ALEJANDRO RAMÍREZ MONZÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 201

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Rosa María Ramírez Soto
Vocal:	Lic. José Dolores Bor Sequen
Secretario:	Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. Rodolfo Geovani Celis López
Secretario:	Lic. Víctor Manuel Soto Salazar

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

Lic. Mario Armando Jordán Martínez
Abogado y Notario
Colegiado No. 6,978
Teléfono 59900008



Guatemala, 28 de octubre de 2010

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Distinguido Licenciado:

En cumplimiento del nombramiento recaído en mi persona, procedí a asesorar el trabajo de tesis del estudiante **DARÍO ALEJANDRO RAMÍREZ MONZÓN**, intitulado "**LA NECESIDAD DE INCLUIR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE ENMIENDA LA PERDIDA O DESTRUCCIÓN DE UNA HOJA O PLIEGO DE PROTOCOLO**"; y para lo cual emito el siguiente dictamen:

Al analizar el trabajo de tesis del bachiller **RAMÍREZ MONZÓN**, se hace constar que el contenido científico y técnico de la tesis, se ajusta al tema desarrollado y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito asesor, en realizar las modificaciones de forma y de fondo para mejorar la investigación, el mismo constituye un aporte al contenido científico y técnico al Derecho de nuestro país. El ponente realizó un estudio detenido e importante acerca del tema intitulado "**LA NECESIDAD DE INCLUIR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE ENMIENDA LA PERDIDA O DESTRUCCIÓN DE UNA HOJA O PLIEGO DE PROTOCOLO**", por lo que estimo que se orienta correctamente por el sustentante. El tema abordado por el bachiller Ramírez Monzón, hace en principio un estudio general sobre el derecho notarial guatemalteco entendiéndose; antecedentes históricos, conceptos básicos relativos al notario, protocolo, reposición de protocolo, errores de forma en el protocolo que pueden subsanarse ante juez de primera instancia civil a través del procedimiento de enmienda señalado en el Código de Notariado, esto con el objeto de llegar a entender la pérdida o destrucción de una hoja o pliego de papel sellado especial para protocolo no utilizado. En virtud de lo anterior se realiza un análisis específico del artículo 96 del código de Notariado, evidenciando así las distintas interpretaciones que se le pueden dar al referido artículo y por consiguiente al procedimiento de enmienda que en él se desarrolla. El trabajo de tesis propuesto por el bachiller, desarrolla un análisis comparado con otras legislaciones y como estas prevén la pérdida o destrucción de una hoja de protocolo no utilizada, buscando así propuestas fundadas y su adecuada integración dentro de la legislación guatemalteca.



El bachiller Ramírez Monzón desarrollo una investigación bibliográfica, entrevistas como técnica de campo y documental; utilizando los métodos inductivo, deductivo, analítico, descriptivo y sintético, lo que permitió entrelazar la historia, el trabajo de campo, partiendo de los principios generales del derecho a la realidad actual; fueron aplicadas las reglas de redacción y ortografía correctamente, siguiendo las normas estipuladas de la Real Academia de la Lengua Española; trabajo de tesis que constituye un aporte científico a esta facultad, contribuyendo doctrinaria y jurídicamente en materia de derecho notarial; las conclusiones y recomendaciones son concluyentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Concluyo, en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito asesor, derivadas del examen del trabajo y por las razones expuestas resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, debiendo en consecuencia procederse a nombrar al **REVISOR**, a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido posteriormente en el examen general público correspondiente.

Atentamente,

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Lic. Mario Armando Jordán Martínez
ASESOR

Lic. Mario Armando Jordán Martínez
Abogado y Notario



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinte de enero de dos mil once.

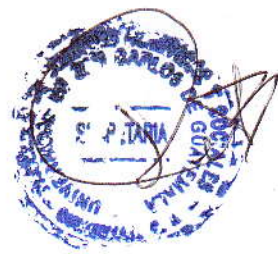
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GUSTAVO ADOLFO FLORES TINTI, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante DARÍO ALEJANDRO RAMÍREZ MONZÓN, Intitulado: "LA NECESIDAD DE INCLUIR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE ENMIENDA LA PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DE UNA HOJA O PLIEGO DE PROTOCOLO".

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/brsp.



Lic. Gustavo Adolfo Flores Tinti
Abogado y Notario
14 calle 6-12 zona 1, 2do. Nivel,
Oficina 205, Edificio Valenzuela,
Guatemala
Teléfono 52062008

Guatemala, 16 de febrero de 2011



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

Licenciado Castillo:

En cumplimiento del nombramiento recaído en mi persona, procedí a revisar el trabajo de tesis del estudiante **DARÍO ALEJANDRO RAMÍREZ MONZÓN**, intitulado **"LA NECESIDAD DE INCLUIR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE ENMIENDA LA PERDIDA O DESTRUCCIÓN DE UNA HOJA O PLIEGO DE PROTOCOLO"**, respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente.

Que procedí a la revisión del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina, las conclusiones y recomendaciones que se vierten son congruentes con el trayecto de la investigación, por lo que el trabajo realizado que se encuentra contenido en cuatro capítulos comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada la cual es adecuada y suficiente.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requisitos científicos y técnicos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas y la redacción son congruentes con los temas tratados en la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

Atentamente,

Lic. GUSTAVO ADOLFO FLORES TINTI
Abogado y Notario

Lic. Gustavo Adolfo Flores Tinti
REVISOR DE TESIS
Colegiado 5,929



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de julio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante DARÍO ALEJANDRO RAMÍREZ MONZÓN, Titulado LA NECESIDAD DE INCLUIR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE ENMIENDA LA PERDIDA O DESTRUCCIÓN DE UNA HOJA O PLIEGO DE PROTOCOLO. 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.

effc

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



30 Julio 13 R

DEDICATORIA

- A DIOS: Toda mi gratitud por haberme proveído de sabiduría para obtener este triunfo.
- A MIS PADRES: Con mucho cariño, respeto y admiración, en agradecimiento por sus esfuerzos y sacrificios de toda su vida.
- A MÍ HERMANA: Por su apoyo y motivación, que la meta hoy alcanzada sea un estímulo para ella.
- A MIS TIOS Y DEMAS FAMILIARES: Con mucho cariño y respeto.
- A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS: Sinceramente, gracias.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Notario.....	01
1.1. Definición.....	06
1.2. Requisitos habilitantes.....	08
1.3. Impedimentos.....	12
1.4. Rehabilitación.....	18
1.5. Función notarial.....	20
1.6. El notario como funcionario público.....	25

CAPÍTULO II

2. Protocolo.....	29
2.1. Definición.....	32
2.2. Finalidad.....	33
2.3. Clases.....	35
2.4. Contenido.....	35
2.5. Formalidades.....	39
2.6. Depósito.....	43
2.7. Inspección y revisión.....	47

CAPÍTULO III

3. Enmienda y reposición del protocolo notarial.....	55
3.1. Enmienda.....	56
3.2. Definición de enmienda.....	57
3.2.1. Trámite de la enmienda.....	58
3.3. Reposición del protocolo.....	58

	Pág.
3.3.1. Trámite de la reposición del protocolo.....	60
3.4. Reposición y enmienda del protocolo en el derecho comparado.....	62
3.4.1. Legislación costarricense.....	62
3.4.2. Legislación hondureña.....	76
3.4.3. Reposición de protocolo notarial en Puerto Rico.....	77
3.5. Comentario.....	80

CAPÍTULO IV

4. La necesidad de incluir dentro del procedimiento de reposición la pérdida o destrucción de una hoja o pliego de papel sellado especial para protocolo.....	83
4.1. Análisis de la enmienda o reposición de una hoja de papel sellado especial para protocolo por pérdida o destrucción, robo y hurto.....	86
4.2. Análisis sobre la enmienda de una hoja de papel sellado especial para protocolo por pérdida o destrucción, robo y hurto.....	86
4.3. Análisis sobre la reposición de una hoja de protocolo por pérdida o destrucción, robo y hurto	87
4.4. Análisis de caso concreto.....	88
4.5. Legislación comparada sobre enmienda o reposición por pérdida o destrucción de una hoja de papel sellado especial para protocolo no utilizada.	89
4.6. Propuesta de solución.....	92
4.7. Proyecto de reforma del artículo 90 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.....	94
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

En el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, artículo 96 se estipula lo errores de forma dentro del protocolo: Cuando en el protocolo se incurriere en los errores siguientes de forma: alterar la numeración cardinal de los instrumentos, la de la foliación o el orden de la serie; dejar una página en blanco o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo, el notario acudirá a un Juez de Primera Instancia del orden civil, el cual al constar el error y en vista de las razones expuestas por el notario, podrá acordar la enmienda, levantándose al efecto un acta, certificación de la cual se agregará entre los comprobantes del protocolo. El notario como cualquier ser humano, es susceptible de cometer errores, y en el Código de Notariado están estipulados los mismos; los cuales pueden ser enmendados.

En el citado cuerpo legal, también se encuentra regulado la reposición del protocolo en el artículo 90: El notario, al enterarse de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, dará aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio para los efectos de la reposición. Las personas que según el Código de Procesamientos penales, pueden denunciar un delito público, tienen también derecho de poner en conocimiento del Juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo.

Sin embargo, cuando se pierde, destruye o deteriore una hoja de papel sellado especial para protocolo no utilizada, esta aun no forma parte del protocolo. El Código de Notariado no estipula lo que debe hacerse, pues no existe norma alguna que permita la enmienda o la reposición de dicha hoja, que al no estar utilizada, no pasa a ser parte del protocolo, lo que deja un vacío legal cuando sucede lo indicado.

Si bien es cierto, no es común que suceda tal circunstancia, sin embargo en algunas situaciones ha sucedido, como lo sucedido en el expediente voluntario de enmienda número 556-2009 en donde, según la resolución emitida por el juez rechaza la enmienda solicitada. En la práctica se han visto algunos casos como el señalado anteriormente; cuando el notario solicita la enmienda, algunos juzgados de primera instancia civil rechazan la enmienda solicitada, fundamentándose acertadamente, que dicho trámite no está regulado. La reposición de protocolo tampoco se puede solicitar, porque solo puede reponerse el protocolo, no así las hojas que no son utilizadas, hurtadas, robadas, extraviadas, entre otros. Pues como se indicó, estas aún no pasan a formar parte del mismo.

Por la razón expuesta, en el presente trabajo se hizo una investigación sobre el tema y un análisis profundo para llegar a conclusiones valederas que sustenten la misma, en tal sentido, en el trabajo realizado se aportan elementos de conocimientos teóricos y jurídicos, utilizándose para ello la metodología recomendada por el asesor, tales como el método inductivo, el sintético y el analítico, así como la técnica de investigación bibliográfica, la entrevista y la documental, confirmando la hipótesis planteada, en el sentido que la investigación establece datos reales y objetivos que demuestran necesario realizar una reforma al Código de Notariado, incluyendo dentro de su articulado una norma que permita la reposición de hojas de papel sellado especial para protocolo no utilizadas, hurtadas, robadas, extraviadas etc.

El trabajo de investigación se estructuró en cuatro capítulos de la siguiente manera: El primero se refiere al notario, su definición, los requisitos habilitantes, impedimentos, la

función notarial y el notario como funcionario público; el segundo capítulo trata sobre el protocolo, definición de protocolo, finalidad, clases, su contenido, sus formalidades, el depósito, la inspección y revisión; el tercero se circunscribe al tema de la enmienda y reposición de protocolo notarial, definición de enmienda, su proceso, la reposición del protocolo, derecho comparado sobre enmienda y reposición de protocolo. Y en el cuarto y último capítulo, se trata sobre la necesidad de incluir en el Código de Notariado la enmienda por pérdida o destrucción, robo, hurto, de una hoja de papel sellado especial para protocolo, así como un proyecto ley de reforma al Código de Notariado.

CAPÍTULO I

1. Notario

Para entender el origen del notario, y la noción que se tiene actualmente de él, es necesario hacer referencia a los distintos libros y documentos, tanto nacionales como extranjeros, que se han desarrollado a lo largo de la historia, y que de manera precisa evidencian sus antecedentes y evolución. Es por ello que resulta necesario comprender los distintos acontecimientos que se han dado a lo largo de la historia, y que han sido determinantes.

En la organización primitiva no existe una figura que representara o tuviese elementos para considerarse como antecedente principal del notario, sin embargo, cabe aclarar que esto radica en los escasos conocimientos precisos que se tienen respecto al grado de civilización que se tenían. Es por ello, que los tratadistas en materia notarial, coinciden que “el antecedente más remoto al notario actual, se encuentra en los escribas de los hebreos en sus diferentes clases, los cuales ejercían la fe pública, en su sentido moderno, y daban autoridad a los actos que suscribían aunque esta fe no fuere prestada de un modo material y con la propia autoridad del sello del escribano, sino por la fe que dimanaba de la persona de quien este dependía”.¹

“En el caso del pueblo egipcio, la función del escriba era similar a la del pueblo hebreo; sin embargo el escriba egipcio además de saber leer y escribir se le denominaba al consejero del Faraón, al sacerdote, al magistrado, al funcionario y al doctor. Cabe

¹ Giménez Arnau, Enrique. **Derecho notarial**, Pág. 91.

mencionar que entre los egipcios prevaleció el registrador sobre el escriba, en cambio con los hebreos, este último fue el que se impuso sobre el primero. Con relación a los sacerdotes, los escribas tenían un carácter semejante al del notario profesional, el cual se encargaba de redactar correctamente los contratos”.²

Dentro de la cultura griega surgieron funcionarios que desarrollaron ciertas características similares con el notario actual. “Tales eran los Singrafos, que formalizaban contratos por escrito, entregándoles a las partes para su firma, y los Apógrafos, copistas de los tribunales. También existían otros llamados Mnemon, entre los cuales se mencionan los Hyeromnemon, archiveros de los textos sagrados y redactores de ciertos documentos de toda otra clase bajo la autoridad de superiores jerárquicos llamados Promnemon”.³

El verdadero origen del notario se encuentra en la civilización romana, ya que en la época del imperio existieron dos clases de funcionarios que íntegramente se encargaban de extender los instrumentos públicos: “Por una parte, los Tabularii y los Tabelio. Los tabularii eran contadores del fisco y archiveros de documentos públicos, pero, como complemento de sus funciones, fueron encargándose de la formalización de testamentos y contratos, que conservaban en sus archivos, hasta convertirse en los Tabellio, que se dedicaron exclusivamente a estas actividades y en quienes se reunieron, en la etapa final de su evolución, algunos de los caracteres distintivos del notariado latino: el de hombre versado en derecho, el de consejero de las partes y el de redactor del instrumento, aunque su autenticidad, que le confería la condición de documento público no se lograba

² <http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/derechonotarial/> (6 de julio de 2010 8:43 pm)

³ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág 7

sino mediante la isinuatio. Consistía está en la presentación del instrumento ante una corte compuesta de un magistrado que la presidía, tres curiales y un canciller o exceptor que desempeñaba las funciones de actuario.⁴ De lo anterior emana el hecho de que la mayoría de tratadistas sostengan que el tabelion es, en esencia, el precursor del notario actual, que fue precedido por el tabulario y que en la edad media ambos, aparezcan confundidos en una sola clase.

Al llegar a la edad media, “el desmembramiento y disolución del Imperio Romano ocasiono un retroceso en la evolución de la institución notarial. Los señores feudales se atribuyen el dominio directo de todas las tierras y todos sus vasallos le deben obediencia. Como en principio todo le pertenece, el señor interviene por medio de delegados suyos en todos los contratos y testamentos. Este notario feudal tiene como fin primordial preservar los derechos del señor y no el de servir los intereses de las partes contratantes u otorgantes. Carece la de independencia de los tabeliones de las postrimerías de Roma y del notario latino actual. Pero tiene facultades fideifacientes, impartiendo autenticidad a los actos en que interviene.”⁵ Es precisamente en la edad media cuando empieza a utilizarse el término notario, y suele afirmarse que en esta época todos los países del mundo europeo producen un ambiente social encaminado a que los escribanos, que todavía existen y actúan, refuercen su papel fidedigno. “En ésta época es cuando en el notariado se opera una evolución importante. La baja edad media comprende aproximadamente los siglos XI al XV de nuestra era. En esta etapa el notariado tiene ya un concepto definido donde la función del notario es más completa y clara como

⁴ **Ibíd.** Pág. 8

⁵ **Ibíd.** Pág. 8

legitimadora, consejera y autenticante, además de ser entendida como “el arte del buen decir y escribir” por la influencia de la corriente renacentista.”⁶

En esta etapa de la historia lo que resaltan estos estudios es que se “invistió al notario del poder jurídico, de la capacidad legal, de la potestad de dar fe de certeza y autenticidad con respaldo en la autoridad del estado mismo, del poder público y con obligatoriedad para todos.”⁷

Al final de la edad media, se va consolidando la función notarial, ya que las leyes de la mayoría de los países europeos consagran la figura del escribano como funcionario público y dando relativa importancia a la labor de los notarios, aunque estos carecieran del formal reconocimiento como tales.

En América el notario tuvo su origen en el momento del desembarco de Cristóbal Colón, pues entre la tripulación se encontraba Rodrigo de Escobedo, quien era escribano; a partir de allí, “habrían de marchar unidos, formando una trinidad indisoluble, la espada del conquistador, la cruz de la religión y la pluma del escribano.”⁸

En Guatemala, el notario tuvo su origen en la época colonial, específicamente en la fundación de la ciudad de Santiago de los Caballeros de Guatemala, en el momento de la formación del primer cabildo, en cuya acta de constitución aparece la signatura de Alonso de Reguera, siendo el primer escribano del reino de Guatemala. “Es casi seguro que la fundación de la ciudad de Santiago de Guatemala y la reunión del primer cabildo tuvieron

⁶ <http://www.gestiopolis.com/economia-2/historia-del-derecho-notarial.htm> (6 de julio de 2010 9:40 pm)

⁷ Barragán **Ob. Cit.** Pág. 19.

⁸ Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 9.

lugar el día 27 de julio de 1524. En esta primera acta de cabildo aparece actuando el primer escribano: Alonso de Reguera.”⁹

“A la par de este personaje fueron nombrados otros escribanos, como Antón de Morales, Juan de León y Juan Vázquez Farinas, que habrían de mantenerse hasta el final de la colonia. Esto quiere decir que en 1529, a escasos tres años de su fundación, había en la ciudad de Guatemala, tres escribanos públicos; es decir, el número máximo que alcanzaría la ciudad, pues si bien momentáneamente disminuirían, luego volvería a llegar a tres a fines del mismo siglo XVI, para mantenerse en ese número hasta que terminó la Colonia.”¹⁰

No fue sino hasta el gobierno liberal de Justo Rufino Barrios en el cual se emitieron importantes leyes, “la ley del 7 de abril de 1877 y la del 21 de mayo del mismo año, hicieron del notario una carrera universitaria. Se dispuso que no podía pedirse al Rector de la Universidad de San Carlos, el señalamiento de día para el examen general previo a la Licenciatura de Notario, sin acompañar el expediente en que constara que se habían llenado los requisitos legales, condiciones morales y fianza. Por primera vez se les denomina notarios. El mismo Justo Rufino Barrios, que ejerció el notariado antes de la Revolución; dictó también el Decreto No. 271 de fecha 20 de febrero de 1882, el cual contenía la Ley de Notariado. Dicha ley definió el notariado como “la institución en que las leyes depositan la confianza pública, para garantía, seguridad y perpetua constancia...”. También declaro incompatible el ejercicio del notariado a los que desempeñaren cargos públicos que tuvieren anexa jurisdicción. Para ejercer dicha profesión, además de la

⁹ **Ibíd.** Pág. 13

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 14

mayoría de edad, 21 años (actualmente son 18), se necesita tener la ciudadanía guatemalteca, ser del estado seglar y la posesión de propiedades por un monto de dos mil pesos, o la prestación de una fianza por una cantidad equivalente.”¹¹ En la revolución de 1944, se dieron nuevos aires liberales al perfil del notario, surge el Código de Notariado y la Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el Ejercicio de las Profesiones Universitarias.

Actualmente, la actividad del notario se rige aún por el Código de Notariado, el cual entró en vigencia el uno de enero de 1947, lo que demuestra que en su contexto, es una ley acertada. Pues esta vigente desde hace seis décadas, y las reformas que se le han efectuado han respondido únicamente a cuestiones de modernización y actualización.

1.1. Definición

Para definir que es un notario, se hace necesario efectuar un estudio de lo que al respecto los tratadistas en materia notarial han considerado, en virtud de que del análisis, interpretación, integración y acoplamiento que se haga de sus postulados, acompañado a lo que la legislación y la práctica arrojan, se puede construir un concepto que englobe lo que esta institución representa.

En primer lugar, el maestro Giménez Arnau al respecto expone: “El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados y

¹¹ **Ibíd.** Pág. 17

de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria.”¹²

En la Junta de Consejo Permanente celebrada en La Haya en marzo de 1986 se definió entre otras bases y principios fundamentales del notariado latino el concepto de notario: "El notario es un profesional del derecho especialmente habilitado para dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas, de redactar los documentos que los formalicen y de asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio"

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, jurista mexicano, hace referencia a la definición legal del notario mexicano, y cita: "Notario es el funcionario público investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos.”¹³

El jurista mexicano Nicolás Vázquez Alonso, de la notaría pública No. tres de Puebla, México, en su portal de Internet, ofrece una definición de notario desde un punto de vista axiológico, a saber: "Un notario es una persona a quien, por sus cualidades humanas (honorabilidad, ética, moral, rectitud, ausencia de vicios, buenas costumbres, etc.), y profesionales (abogado o licenciado en derecho) y previo el cumplimiento de una serie de requisitos legales a satisfacción del estado, este le delega la fe pública para que el notario, en representación del estado, intervenga en los actos y contratos que realiza la sociedad y los revista de autenticidad y fuerza probatoria.”¹⁴

¹² Giménez Arnau, **Ob. Cit.** Pág. 52.

¹³ Fernández del Castillo, Bernardo Pérez. **Derecho notarial.** Pág. 145.

¹⁴ Portal de Internet de la notaria 3 de puebla, México. www.geocities.com/notaria3puebla/notario (11 de agosto de 2010 3:15 pm).

Algunos autores, como Alfonso Barragán y especialmente el Licenciado Nery Muñoz, sostiene que la definición que engloba realmente la esencia del notario es la aprobada en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina en 1948, la cual establece: “El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”¹⁵

Por el análisis efectuado se ha llegado a la conclusión que esta última definición es la que encuadra el verdadero concepto de notario, con la salvedad que, para efectos de integrarla a nuestro medio, debe agregarse que el notario está facultado por nuestra legislación para conocer, tramitar y resolver los asuntos de jurisdicción voluntaria sometidos a su consideración.

Para concluir, es importante aclarar que la legislación guatemalteca no define lo que es un notario, como tal, solamente en el artículo uno 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.

1.2. Requisitos habilitantes

La legislación notarial guatemalteca establece requisitos que deben observar los notarios para poder ejercer la profesión, a estos se les denomina requisitos habilitantes, y

¹⁵ Definición aprobada en el primer congreso de Notariado, Buenos Aires, Argentina: 1948.

se encuentran especificados en el artículo dos del Código de Notariado, por lo que se analizarán cada uno de ellos, que en su orden son:

- Ser guatemalteco natural.

Cabe hacer la salvedad que este término ya no aplica, ya que de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 144 se les denomina guatemaltecos de origen. Además el mismo cuerpo legal establece en el artículo 146 que los guatemaltecos naturalizados tienen los mismos derechos que los de origen, salvo las limitaciones que la misma constitución establece. Lo cual indica entonces, que los guatemaltecos que han obtenido su nacionalidad por naturalización si pueden ejercer el notariado.

- Mayor de edad.

Actualmente, la mayoría de edad se obtiene al cumplir los 18 años, tal y como lo establece el artículo ocho del Código Civil.

- Del estado seglar.

Se refiere a que no sea ministro de culto. Esto obedece en parte a que se considera que se puede utilizar esa posición para influenciar a las personas y aprovecharse de la fe pública investida en él.

- Domiciliado en la República.

Por domicilio se entiende "lugar o círculo territorial donde se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones, y que constituye la sede jurídica y legal de la

persona”¹⁶. Entendido esto, este requisito se refiere a que debe el notario tener domicilio en el país, tal y como lo establece el Código Civil en su artículo 32 residencia en un lugar con ánimo de permanencia, y el artículo 33 amplía en cuanto a que se presume ánimo de permanencia por la residencia continua durante un año en el lugar, por lo que le da oportunidad al notario para ejercer dentro de toda la república, es más, incluso fuera del país, específicamente los cónsules y o agentes diplomáticos acreditados en el extranjero. A este requisito habilitante se le denomina deber de residencia.

- Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley.

La Universidad de San Carlos de Guatemala y las universidades privadas del país son las únicas facultadas para expedir títulos académicos en grado de licenciatura a los cuales se refiere este inciso, y en cuanto a las incorporaciones la Constitución Política de la República de Guatemala indica en el artículo 87 que la Universidad de San Carlos de Guatemala es la única facultada para resolver las incorporaciones de profesionales extranjeros así como fijar los requisitos para llevarse a cabo dicho procedimiento.

- Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.

Este registro se hace mediante certificación que extienden para el efecto las facultades de derecho; también hace la relación en cuanto a que no es necesario

¹⁶ Brañas, Alfonso M. **Manual de derecho civil**. Pág. 58.

colocar el nombre completo del notario, sino los nombres y apellidos usuales, aunque en la práctica es muy común que se coloque el nombre completo.

Además de los requisitos citados anteriormente, existen otros que el Código de Notariado no estipula, pero que igualmente deben cumplirse para poder ejercer el notariado, siendo estos:

- Obligación de colegiarse. Aunque el citado artículo del Código de Notariado no lo especifica, la colegiación profesional es un requisito sin el cual no se puede ejercer el notariado, ya que la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo 90: “La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria, y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias...”; además el decreto 72-2001 del Congreso de la República Ley de Colegiación Profesional Obligatoria en el artículo uno en su parte conducente establece: “Los títulos otorgados por las universidades del país o la aceptación de la incorporación de profesionales, graduados en el extranjero, habilitan académicamente para el ejercicio de una profesión, pero no los faculta para el ejercicio legal de la misma, lo que deberá ser autorizado por el colegio profesional correspondiente, mediante el cumplimiento de la colegiación y sus obligaciones gremiales estipuladas en esta ley”, por lo que se determina como un requisito habilitante la colegiación. Cabe mencionar además que para registrar el título en la Corte Suprema de Justicia debe el profesional estar colegiado.

- Inscribir el título facultativo o su incorporación en la Contraloría General de Cuentas, inscribir la firma y el sello correspondiente en la Superintendencia de Administración Tributaria, Registro Mercantil, Registro General de la Propiedad, y en la Embajada Americana. Todo esto porque es en este ámbito donde el notario desempeña su función.

1.3. Impedimentos

Existen estipulados dentro de la legislación guatemalteca en materia notarial, causas por las cuales el notario no puede ejercer su profesión, es decir, que le impiden el desempeño de la misma. Estos impedimentos se clasifican en absolutos y relativos; los primeros son los que inhabilitan permanentemente al profesional, y para poder ejercer nuevamente debe llevarse a cabo un procedimiento correspondiente ante el órgano respectivo, específicamente la rehabilitación; a estos se les denomina causas de inhabilitación. En cuanto a los segundos, solamente se tiene impedimento para ejercer la profesión mientras dure la causa que la ley establece, y al término de la misma quedará habilitado para ejercer sin necesidad de realizar ningún procedimiento de rehabilitación y se les denomina incompatibilidades con el ejercicio de la profesión.

En cuanto a lo establecido en el Código de Notariado, cabe mencionar que este no hace diferencia entre unos y otros, sino que en los artículos 3 y 4 enumeran los impedimentos para ejercer el notariado, y que para efectos del presente trabajo se desarrollaran a continuación, con la salvedad de que para mejor comprensión y estudio se

realizará la clasificación correspondiente, principiando con las causas de inhabilitación, establecidas en el artículo 3 del citado cuerpo legal, y son:

- Los civilmente incapaces.

El Código Civil establece en su artículo 9 que “los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción”, así mismo establece que “la declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos...”. Esto determina que la incapacidad, para que sea una causa de inhabilitación, debe ser declarada judicialmente.

- Los toxicómanos y ebrios habituales.

Cabe mencionar que el Código Civil en el artículo nueve establece como causa para declarar la interdicción estos dos supuestos, pero el Código de Notariado los regula de manera independiente dada las consecuencias que estos pueden producir tanto a las personas que los padecen como a sus familiares y relaciones sociales.

- 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.

Esto no es por razones discriminatorias, sino que se justifica en el hecho de que la fe pública investida en el notario le obliga a verificar que los actos que autoriza se

realicen con base a lo establecido en las leyes, y al padecer alguno de estos defectos físicos, limita de gran manera este cometido.

- Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los artículos 240, 241, 242, 243, 244 y 288 del Código Penal.

Debe hacer la aclaración que al momento de que inició la vigencia del Código de Notariado (uno de enero de 1947), el Código Penal era diferente al que actualmente se encuentra en vigencia, por lo que los números de artículos a los que se hace referencia no corresponden a lo señalado, por lo que de conformidad con el Decreto 17-73 que es el Código Penal que actualmente se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, los delitos que inhabilitan al notario en el ejercicio de su profesión son: falsedad material o ideológica, robo, hurto, estafa, quiebra fraudulenta, cohecho y los casos de prevaricación y malversación.

Continuando con el análisis de los impedimentos legales que imposibilitan el ejercicio del notariado, toca el turno a las incompatibilidades con el ejercicio de la profesión, las cuales se desarrollarán siguiendo el orden del artículo cuatro del Código de Notariado, que las regula, siendo estas: Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso cuatro del artículo anterior. Si bien el notario en este caso se encuentra privado de libertad, por el principio de presunción de inocencia, rector del proceso penal, a este se le considera inocente, por lo que inmediatamente recobre la libertad podrá ejercer el notariado, sin necesidad de procedimiento alguno. Es entendido

también que a los delitos a los que se refiere este inciso son los desarrollados en el apartado anterior.

- Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción. Esto radica “en que los funcionarios, que además de desempeñar cargo público de tiempo completo, tienen también funciones de dirección o mando de un grupo determinado, están impedidos de ejercer el notariado mientras permanezcan en esos cargos”¹⁷.
- Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del estado o del municipio y del Presidente del Congreso de la República. Esta incompatibilidad tiene su fundamento principal en que el legislador previó el hecho de que por la posición en que estos se encuentran podría darse la manipulación tanto de las personas como de los documentos, y se perdería la credibilidad de la profesión. Cabe mencionar que en cuanto a los diputados no abarca esta prohibición.
- Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el artículo 37 de este Código (de Notariado). Los Notarios que se encuentren en este caso podrán expedir los testimonios especiales atrasados con los requisitos que establece este código, a efecto de subsanar dicho impedimento. El artículo mencionado establece que es obligación del notario remitir al Director del Archivo General de Protocolos o al Juez de Primera Instancia en los departamentos, en el entendido que se refiere a los del ramo civil, dentro de los 25

¹⁷ Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 49.

días hábiles siguientes al otorgamiento de escritura pública, testimonio especial con los timbres notariales que le correspondan, de conformidad con lo regulado en el decreto 82-96 del Congreso de la República, Ley de Timbre Forense y Timbre Notarial; además obliga al notario a remitir al mismo funcionario, aviso de los instrumentos públicos cancelados dentro de los 25 días siguientes a su cancelación; y por último también le impone la obligación de remitir al Archivo General de Protocolos o a los Jueces de Primera Instancia en su caso, dentro de los 25 días siguientes al vencimiento de cada trimestre del año calendario, un aviso indicando el número y la fecha del último instrumento público autorizado durante el trimestre, o en su caso enviar aviso de que no se otorgó ninguno.

Del análisis que se realiza se puede observar que la intención de regular que el notario tenga impedimento para ejercer la profesión si no cumple estas obligaciones, es precisamente que los profesionales no dejen de cumplirlas, y así la Corte Suprema de Justicia a través del Archivo General de Protocolos tenga mejor control sobre la actividad desempeñada por el notario. Cabe mencionar además que toda vez el notario no cumpla con estos requisitos no puede cartular, pero si puede fraccionar los testimonios y los avisos que tenga pendientes de remitir.

Para concluir, es necesario determinar cuáles son los órganos que pueden resolver la inhabilitación: La Corte Suprema de Justicia, los tribunales de justicia y el Colegio de Abogados y Notarios.

En lo referente a la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo regulado en los artículos 98 y 99 del Código de Notariado, cualquier persona tiene derecho a denunciar los impedimentos que tuviere algún notario para el ejercicio de la profesión, para lo cual recibida la denuncia se procederá a tramitar en forma sumaria, dando audiencia al notario denunciado, se practicaran las diligencias que la corte estime necesarias y resolverá lo que corresponda. Debe proceder de igual manera si de oficio tuviese conocimiento sobre algún impedimento para que el notario ejerciere la profesión.

Los tribunales de justicia, específicamente los del ramo penal, establecen la inhabilitación al notario, si fuese declarado en sentencia firme responsable de la comisión de alguno de los delitos que conlleva la prohibición de ejercer; así mismo debe decretar la incompatibilidad con el ejercicio de la profesión si se le hubiese otorgado auto de prisión preventiva por alguno de los delitos mencionados. Todo esto debe hacerse saber a la Corte Suprema de Justicia y al Colegio de Abogados y Notarios.

En cuanto a la inhabilitación que realiza el Colegio de Abogados y Notarios, esta puede ser temporal o definitiva, la primera no podrá ser menor de seis meses ni mayor de dos años, y la segunda conlleva la pérdida de calidad de colegiado activo, y ambas deben ser declaradas por el Tribunal de Honor con el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros y ratificada en Asamblea General, con el voto de por lo menos el diez por ciento del total de colegiados activos, como lo estipula el artículo 26 de la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria.

1.4. Rehabilitación

Para que el notario que hubiere sido inhabilitado, pueda rehabilitarse, es decir, pueda ejercer nuevamente el notariado, deben concurrir ciertas circunstancias que le permitan hacerlo, además de iniciar un procedimiento ante el órgano correspondiente.

Si esta hubiere sido decretada por la Corte Suprema de Justicia o algún tribunal de justicia correspondiente, debe aplicarse lo establecido en el artículo 104 del Código de Notariado, el cual específicamente se refiere a la rehabilitación del notario que hubiera sido condenado por los delitos mencionados en el apartado específico, puede ser rehabilitado por la Corte Suprema de Justicia, siempre que hubieran transcurrido dos años más del tiempo impuesto como pena en la sentencia, que durante el tiempo de la condena y los dos años más mencionados anteriormente el notario hubiere observado buena conducta, que no hubiera reincidencia y que el Consejo Superior Universitario emita dictamen favorable.

Luego debe presentar un escrito al departamento de Inscripción y Registro de la Corte Suprema de Justicia adjuntado constancia de que ya no existe la causa que motivó la inhabilitación y el dictamen del consejo. Este departamento revisa la documentación, y si se ajusta a los preceptos legales, procede a habilitar al notario correspondiente, haciendo la anotación en el libro donde se tiene asentada la inscripción del profesional.

Si la resolución del expediente por parte de la Corte Suprema de Justicia fuere desfavorable, puede ser impugnada por medio del recurso de responsabilidad,

establecido en el artículo 105 del Código de Notariado, el cual será analizado en un capítulo posterior.

En cuanto a las restantes causas de inhabilitación, específicamente lo referido a los incapaces, ebrios y toxicómanos, en el apartado respectivo se indicó que esta declaración debe hacerse judicialmente, por lo que al quedar sin efecto la declaratoria de interdicción el notario puede ejercer nuevamente. Respecto a los sordos, ciegos, o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental, está claro que por la naturaleza permanente de los mismos, es casi imposible que exista rehabilitación.

Si la inhabilitación hubiera sido decretada por el Colegio de Abogados y Notarios, la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria no establece nada respecto a la rehabilitación del notario suspendido, por lo que, debe tramitarse de conformidad con lo establecido en el Código de Notariado, en lo que se refiere a la suspensión definitiva; con relación a la suspensión temporal, debe entonces entenderse que al concluir el periodo de sanción impuesto, el notario queda habilitado nuevamente para ejercer.

Como ya se explicó anteriormente, respecto a las incompatibilidades con el ejercicio de la profesión, por su naturaleza, no corresponde la rehabilitación, pues una vez que estos concluyan el notario queda nuevamente hábil en el ejercicio de la profesión, sin necesidad de declaratoria alguna.

1.5. Función notarial

Para algunos autores, como el maestro Muñoz, la función notarial es “en términos sencillos: El quehacer del notario”¹⁸. Por su parte Barragán menciona en su obra que “ella se da cuando varias personas, acordes en sus pretensiones jurídicas, comparecen ante el notario para que este las sitúe en un molde previsto en la ley y les imprima caracteres de veracidad, autenticidad y permanencia, y las revista del más alto grado de seguridad. En desarrollo de esta labor aquel ejerce dicha función, la cual, por ende, es documentadora, creadora de formas escritas, y al documento que nace de su ejercicio, le atribuye efectos legitimadores, sustantivo, probatorios y ejecutivos”¹⁹.

En cuanto a esto último, referido a creación de formas escritas, es entendido que se refiere al instrumento público, el que puede definirse como “el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho”²⁰.

En resumen, la función notarial es el conjunto de actividades o actos concatenados que realiza el notario a efecto de realizar la creación del instrumento público.

Doctrinariamente, existen varias teorías que explican el contenido de la función notarial, para que sirve y cual es su valor, siendo las más importantes la teoría de la legitimación, de la representación de los derechos en estado normal, de la fe pública, de la forma y de la jurisdicción voluntaria.

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 35.

¹⁹ Barragán **Ob. Cit.** Pág. 12.

²⁰ Fernández Casado, Miguel. **Tratado de notaría.** Pág. 38.

Primeramente, la teoría de la legitimación indica en sus postulados que la naturaleza propia de la función notarial es “el poder de investir de cierto carácter jurídico a las personas, cosas y actos, con fundamento en una serie de normas mediante las cuales el estado asegura la verdad, la certeza, la seguridad y la autenticidad de los hechos y actos jurídicos y de las consecuencias que ellos producen, es decir, de los derechos y las obligaciones”²¹.

Por su parte la teoría de la representación de los derechos en estado normal, establece que la función notarial es una forma de expresión de la justicia reguladora frente a la justicia reparadora, es decir compuesta de derechos que no están contrapuestos, dejando a la función judicial determinar cuáles son derechos contravenidos y cuáles no.

La teoría de la fe pública, es quizá la más antigua de las teorías, pues estipula que “la misión del notario es dar fe de los actos en que interviene, autenticarlos y establecer una presunción de veracidad sobre su autorización y una prueba de la existencia del acto documentado, prueba que en los casos y circunstancias normales no puede discutirse”²².

En cuanto a la teoría de la forma, hay que aclarar que una de las finalidades que cumple la intervención notarial es dar forma a los negocios jurídicos, sobre todo siendo esta un requisito para que los mismos tengan validez, por lo que esta teoría lo que pretende postular es que la naturaleza de la función notarial es, en si, dar forma a la voluntad de las partes, y facilitar posteriormente la prueba del negocio jurídico.

²¹ Barragán, **Ob. Cit.** Pág. 13.

²² Giménez Arnau, **Ob. Cit.** Pág. 66.

Por último, la teoría de la jurisdicción voluntaria estipula que la función del notario es encontrar armonía jurídica entre las partes que acuden ante él, no para que les resuelva ninguna querrela, sino para que estampe con su firma y sello su autoridad al negocio que frente a él se celebra. Está claro que, cuando se refiere a jurisdicción voluntaria no lo hace en la forma en la cual la conocemos en nuestra legislación, sino en sentido amplio, como no contenciosa.

Todas estas teorías desarrolladas brevemente tratan de explicar la esencia de la función notarial. Cabe mencionar que cada uno de los elementos que ellas aportan ha complementado lo que en la actualidad se refiere a las actividades del notario.

Estas actividades, que algunos autores prefieren denominar funciones de notario, se puede decir que son las siguientes:

Receptiva: Cuando el notario escucha y recibe las peticiones de los comparecientes, que regularmente se le hacen saber en términos sencillos, puesto que la mayor parte de la clientela del notario no conoce el lenguaje jurídico ni tiene muchos conocimientos en el ámbito del derecho.

Directiva: También llamada asesora, consiste en que el notario interpreta lo que se le ha solicitado, y dirige y aconseja a sus clientes sobre el negocio que pretenden llevar a cabo.

Legitimadora: El notario da veracidad a los comparecientes, es decir establece que son las personas que dicen ser, las identifica por los medios adecuados y que en efecto sean titulares de los derechos objeto del negocio jurídico.

Modeladora: Se da cuando el notario realiza mentalmente una adecuación, de la solicitud de los comparecientes, a las normas jurídicas que regulan el negocio jurídico que se pretende celebrar, previo a la redacción del instrumento público respectivo.

Preventiva: El notario se resguarda, se protege, previene cualquier dificultad que pudiere sobrevenir.

Autenticadora: El notario da certeza jurídica al instrumento público, con la fe pública de que se encuentra investido, haciendo que el documento y la declaración que en el se encuentre plasmada sea auténtica y en su caso sea prueba plena, lo que en nuestra legislación se encuentra regulado en el artículo 186 del decreto ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.

Como complemento a lo que anteriormente se expuso, se cita al jurista mexicano Nicolás Vázquez Alonso, de la notaria pública de Puebla, México, que en su portal de internet se refiere a la función notarial e indica que “básicamente consiste en:

1. El notario escucha a las partes y determina, en primer lugar la posibilidad legal de efectuar lo que aquellas pretenden, y de ser legalmente posible, en segundo lugar

determina con precisión jurídica, cual es el contrato o acto jurídico que pretenden celebrar las partes.

2. El notario redacta el contrato correspondiente, de acuerdo con las necesidades de las partes, pero siempre de conformidad con las disposiciones legales aplicables.
3. Ya redactado el contrato, el notario tiene la obligación de explicar su alcance y fuerza legales a las partes, para que una vez leído íntegramente y explicado, previa identificación plena de los contratantes, lo firmen en su presencia para que este lo autorice y surja en ese momento el instrumento público o escritura, documento que tendrá valor probatorio pleno, en otras palabras, el instrumento hará prueba plena dentro y fuera del juicio, salvo que sea declarado nulo o inexistente por autoridad judicial competente.
4. Consecuentemente el notario efectuará los pagos de las contribuciones federales, estatales y municipales que la operación hubiese generado y dará publicidad al contrato o acto jurídico, al inscribirlo en el registro público de la propiedad.
5. Finalmente el notario conservará bajo su custodia. Los originales de dicho contrato y expedirá tantas copias certificadas como sean necesarias”²³.

Ya expuesto lo anterior, quedaría entonces determinar en donde se encuadraría la función notarial, o mejor dicho, en que ámbito puede realizar su actividad el notario, el ejercicio de su profesión.

²³ Vázquez Alonso, Nicolás. Portal de Internet de la notaría de puebla, México. www.geocities.com/notaria3puebla (20 de agosto de 2010 5:00 pm).

Cuando el notario desarrolla su actividad en servicio de intereses particulares, a requerimiento de parte, con libertad de pactar sus honorarios, no tiene ningún vínculo de carácter laboral con el estado, realiza el ejercicio de la profesión liberal, que es realmente el campo donde este se desenvuelve.

Como actividad del estado, el notario percibe un salario, está sometido a un contrato de trabajo, tiene funciones de asesoría, por lo tanto no sujeto a disposiciones particulares. En este caso se puede mencionar al Escribano de Gobierno, al Director del Archivo General de Protocolos y a los Cónsules y Diplomáticos de carrera que sean notarios hábiles.

Puede darse también de manera mixta, es decir que el notario pueda ejercer funciones asesoras en el estado y también ejercer la profesión de manera liberal, pero la condición para que esto se dé es que la labor asesora no sea a tiempo completo, esto se refiere a que sea menor a ocho horas diarias, ya que el artículo cinco en su numeral dos del Código de Notariado faculta para que el notario realice ambas labores, si se da la condición antes mencionada.

1.6. El notario como funcionario público

A manera de concluir con todo lo respectivo al notario, luego de haberse desarrollado lo relativo a la persona, al profesional y la actividad que lleva a cabo, es preciso establecer si el notario en nuestro medio es considerado como funcionario público. Este tema ha generado diferentes posturas, por lo que a manera de simplificar y

tratar de determinar lo que en nuestra legislación se estipula, se expondrán algunas de ellas.

La teoría funcionarista, sostiene que el notario es un funcionario público “investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención”²⁴ y además se considera al notariado como atribución del poder ejecutivo, ya que su objetivo es cumplir y hacer que se cumplan las leyes.

Por otro lado, contraviniendo a la anterior, la teoría profesionalista en cambio expone que el notariado es una actividad profesional, no del estado, y que este únicamente le delega la fe pública al profesional, ya que “recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública es un quehacer eminentemente profesional y técnico”²⁵.

En nuestro medio, que es lo que realmente interesa en este estudio, podemos afirmar en primer lugar, que el notario no es considerado funcionario público, pues el artículo uno del Acuerdo Gubernativo 18-98 que contiene el Reglamento de la Ley de Servicio Civil, establece en su parte conducente “Funcionario Público: Es la persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente. Por lo anterior citado, claramente se denota que el notario no se puede incluir dentro de esta definición, ya que no cumple con ninguna de las disposiciones que en ella se encuentra.

²⁴ Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág. 96.

²⁵ **Ibíd.**

Sin embargo, nuestra legislación, específicamente en materia penal, si considera al notario como funcionario público, ya que el Código Penal en sus disposiciones generales establece: “Los notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometan con ocasión o con motivo de acto relativo al ejercicio de su profesión.”

En virtud de todo lo indicado, se puede afirmar que en Guatemala predomina una teoría ecléctica, ya que recoge elementos de las teorías funcionarista y profesionalista; esto quiere decir que en un principio el notario no es funcionario público, salvo en materia penal cuando sea declarado responsable de cometer algún delito relacionado con el ejercicio de su profesión.

CAPÍTULO II

2. Protocolo

“Para hablar del protocolo, se debe estudiar lo relativo a su etimología, es decir de donde se origina la palabra protocolo. Existen varias acepciones de la palabra protocolo. Su etimología poco ayuda para establecer cuál es su sentido propio, pues hay diversidad de opiniones acerca de su origen. Evidentemente es palabra compuesta del prefijo proto, procedente de la voz griega protos, y del sufijo colo o colon, sobre cuya significación no se han puesto de acuerdo los autores”²⁶. De cualquier manera lo principal de todo esto es que el origen parece ser el mismo: lo que se realiza para ser consultado.

El surgimiento del protocolo, se puede ubicar en la época de los tabelliones romanos, los cuales guardaban una copia de los documentos que redactaban; sin embargo, realmente tiene su origen en la novela XLV de Justiniano en la cual se hace mención por primera vez del término, no como actualmente lo conocemos, sino como una serie de requisitos que los tabeliones debían seguir en su actuar, en el desempeño de su labor.

Más adelante, se establece ya que el protocolo es “un asiento (y por acumulación de ellos un libro) que constituye un extracto o minuta del documento original que suscriben las partes y que conservan éstas”. En el Fuero Real de España, Ley Segunda del título VIII del libro I emitido por Alonso IX el Sabio en 1254 imponía que: Los Escribanos públicos tengan las notas primeras que tomaren de las cartas que hicieren,

²⁶ Muñoz, **Ob. Cit.** Pág.87.

porque si la carta se perdiere o viniere sobre ella que puede ser probada por la nota donde fue sacada²⁷.

En esa época también se conoce la figura del minutarario, que era un cuaderno de bolsillo que el notario llevaba consigo y cada vez que era requerido tomaba una breve reseña de lo actuado, aunque no hay indicios de que fuera firmado por los interesados, pero se puede presumir que esto si se realizaba, para evitar informalidades y arrepentimientos, que eran muy comunes en esa época. Tampoco se encuentran antecedentes de que tuviera algún valor legal.

De ese apunte, el notario redactaba la carta, que era equivalente a lo que hoy se conoce como escritura pública, y era entregada al o los interesados, por lo que también redactaba la nota, que era incorporada luego al -Libro de Notas-, tal y como se ordenaba en el fuero real y que es el antecedente directo del protocolo.

Primeramente, la carta era el "original" y la nota era una simple constancia de lo redactado. Luego conforme las prácticas comerciales fueron evolucionando, y por la necesidad de dar mayor seguridad a los actos que se realizaban, poco a poco el orden anterior fue cambiando, y la nota llegó a tomar tanto relieve que los interesados ya no solicitaban que se les entregara la carta, sino simplemente bastaba con la redacción de la nota en poder del notario, ya que se acostumbraba a colocarlas en un pergamino de cuero, lo que daba certeza y seguridad a los solicitantes.

²⁷ Giménez Arnau, **Ob. Cit.** Pág. 845.

“No fue sino hasta que la Pragmática de Alcalá, dada en España por los Reyes Católicos el siete de Junio de 1503, cuando se le dio al protocolo el significado con el cual se le conoce hoy en día, ya que esta al respecto decía: “Mandamos que cada uno de los escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo, encuadernado de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hubieren de hacer; en la cual dicha nota se contenga toda la escritura que hubieren de otorgar por extenso, declarando las personas que la otorgan, y el día, y el mes y el año, el lugar o casa donde se otorgan, y lo que se otorga; especificando todas las condiciones, partes, cláusulas, renunciaciones y sumisiones que las dichas partes asientan. Y que así como fueren escritas las tales notas, los dichos escribanos las lean, presentes las partes y los testigos; y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos cualesquiera de los testigos, o otro que sepa escribir, el cual dicho escribano haga mención como el testigo firmó por la parte que no sabía escribir”²⁸.

En Guatemala, el protocolo tuvo su origen en el momento que se da la conquista española, cuando se asienta el primer notario y se redacta el primer instrumento público, como ya se ha estudiado en el apartado específico.

A partir de ese momento, el protocolo ha ido desarrollándose como institución a la par de la evolución que el notariado ha tenido, ya que por lo expuesto se entiende que uno es el género y el otro la especie, llegando hasta la concepción actual que del protocolo y notarial se tiene.

²⁸ Pérez Fernández, **Ob. Cit.** Pág. 94.

2.1. Definición

El tratadista Enrique Giménez Arnáu, establece que de manera simple el protocolo quiere decir “colección de hojas, folios o documentos, adheridos unos a otros que, en su conjunto, forman un volumen o libro”²⁹.

Por su parte el jurista argentino Carlos Emérito González expresa que el protocolo es el “libro en que cada notario extiende las escrituras públicas que se otorgan ante él”³⁰.

El tratadista Argentino Neri cita al autor Sanahuja y Soler con respecto al tema e indica que “el protocolo es un instrumento habilitado por el estado para el ejercicio de la función notarial, por virtud de tres factores inapreciables: 1) la garantía de perdurabilidad; 2) la garantía de autenticidad; y 3) el medio de publicidad”³¹.

Carlos Nicolás Gattari, jurista argentino, manifiesta que el protocolo es “el conjunto anual de folios habilitados y de documentos, notariales o no, autorizados o intervenidos por el oficial público, que según normas legales deben ser coleccionados para conservarlos, resguardar los derechos que registran y facilitar su reproducción”³².

Tal vez un poco más adaptado a nuestra realidad jurídica, el maestro Nery Muñoz establece que “en Guatemala se conoce como protocolo al tomo empastado de los instrumentos autorizados durante un período de tiempo (un año natural, según la ley);

²⁹ Giménez Arnáu, **Ob. Cit.** Pág. 843.

³⁰ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial.** Pág. 173.

³¹ Neri, **Ob. Cit.** Pág. 383.

³² Gattari, Carlos Nicolás, **Manual de derecho notarial.** Pág. 193.

también al papel sellado especial que se vende exclusivamente a los notarios para faccionar escrituras; y al conjunto de escrituras que se llevan faccionadas en el año que transcurre. Y al estudiar nuestra legislación, nos encontramos que también hace referencia al conjunto de tomos de protocolos de varios años”³³.

Nuestra legislación guatemalteca, específicamente en el Código de Notariado, en el artículo ocho establece: El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolización, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley.

Se considera entonces que esta definición legal es la que realmente se utiliza, primero porque se encuentra en la ley específica y segundo porque engloba el contenido y fin del protocolo notarial guatemalteco.

2.2. Finalidad

Luego de haber analizado el surgimiento del protocolo notarial, así como las distintas concepciones del mismo, ha quedado claro que la finalidad de este es la conservación. Como manifiesta el jurista Argentino Neri “El protocolo tiene una sola finalidad: estampar en él las primeras y originales manifestaciones de voluntad humana creadoras de intereses jurídicos”³⁴.

³³ Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 90.

³⁴ Neri, **Ob. Cit.** Pág. 382.

También se puede afirmar que el protocolo es una de las herramientas que utiliza el notario en su actuar que brinda seguridad jurídica, ya que por estar encuadrado evita la pérdida de los instrumentos que en él se encuentran y facilita su posterior reproducción.

En nuestro medio, el objetivo o fin que persigue el protocolo notarial es resguardar los instrumentos públicos y conservarlos en el tiempo. Cabe aclarar que el notario no es propietario del protocolo, sino depositario del mismo y responsable de su conservación, como lo establece el artículo 19 del Código de Notariado, lo que le da un carácter público, en vista de que el citado cuerpo legal también establece que las escrituras matrices pueden ser consultadas por cualquier persona en presencia del notario, exceptuando los casos de que el instrumento otorgado sea un testamento o una donación por causa de muerte. Esto último dispuesto por el legislador es ciertamente comprendido, pues debe tomarse en cuenta la naturaleza de declaración de última voluntad que estos poseen, así como la importancia de las disposiciones que los mismos contienen, por lo que únicamente el otorgante mientras viva puede consultarlos.

Con respecto a lo anterior debe entenderse que no se trata de que la consulta sea a todo el protocolo, pues un inspector designado por la Corte Suprema de Justicia es el único facultado para revisarlo íntegramente, salvo claro está de que un juez determine la revisión como parte de la averiguación de un delito.

La misma ley también establece que el protocolo no puede ser extraído del poder del notario sino en los casos previstos en ella, específicamente cuando el notario se negare a exhibir el protocolo cuando así fuera requerido por el inspector respectivo.

2.3. Clases

Doctrinariamente se han delimitado dos clases de protocolos notariales: El Protocolo Único y el Protocolo Múltiple. El primero comprende todos los actos y contratos celebrados por el notario y registra en un solo tomo todas las manifestaciones de voluntad de las partes, sea cual fuere su origen y finalidad. El segundo en cambio separa los actos que se realizan entre vivos y los que se realizan por causa de muerte (mortis causa).

2.4. Contenido

El maestro Gattari se refiere al contenido del protocolo así: “Según la importancia jurídico histórica se distinguen en el protocolo los siguientes documentos integrantes:

- a) De permanencia esencial, que son los instrumentos notariales matrices, con sus notas;
- b) De permanencia accidental, como los agregados, que justifican personería, los planos, índices;
- c) Caducos, que son los certificados registrales y administrativos”³⁵

Dado lo que establece el Código de Notariado en cuanto a la definición de protocolo, este se compone de escrituras matrices, actas de protocolización, razones de legalización de firmas y demás documentos que el notario registra de conformidad con la ley; esto último se refiere a la transcripción del acta de la cubierta de testamento común cerrado, como lo especifica el artículo 962 del Código Civil. Este sería el contenido básico

³⁵ Gattari, **Ob. Cit.** Pág. 194.

del protocolo, sin embargo se deben tomar en cuenta otros aspectos del mismo, los cuales se desarrollaran en los párrafos siguientes:

El papel en el cual se redactan los instrumentos públicos que contienen el protocolo es el que el Código de Notariado establece como obligatorio para este menester, es decir el papel sellado especial para protocolos, el cual será únicamente vendido al notario en ejercicio, en lotes no menores de 50 hojas, más un diez por ciento de comisión, que serian 55 hojas en total, tal y como lo regula la Ley de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos decreto 37-92 y el Acuerdo Gubernativo 737-92 que contiene el reglamento del mismo.

El valor de cada hoja es de Q. 1.00, como lo establece el artículo 6 de la ley mencionada. Deben tener 33 centímetros de largo por 22 de ancho, llevan estampado en el ángulo superior izquierdo el Escudo de Armas de la república y la indicación del valor de la hoja. En el ángulo inferior izquierdo llevan el sello del Ministerio de Finanzas Públicas, al lado derecho del Escudo de Armas dentro de un rectángulo de nueve centímetros de largo va el número de orden de la hoja y bajo el mencionado rectángulo con letras mayúsculas se encuentra la palabra "PROTOCOLO". Bajo el Escudo de Armas está colocado el número de registro de la hoja y el quinquenio correspondiente. El número de orden va precedido por la letra que corresponde a la serie.

Contiene 25 líneas de cada lado a doble espacio y cada línea tiene una extensión de 157 milímetros. Finalmente, al dorso de la hoja lleva un rectángulo de nueve

centímetros de largo por dos de ancho en el que se incluye la fecha y hora en que se imprimió la primera hoja estampada en el Taller Nacional de Grabados en Acero.

En cuanto a la apertura del protocolo, esta puede estudiarse desde dos puntos de vista: administrativo y notarial. En el primero de los casos, la apertura consiste en cumplir con el pago de Q. 50.00 que la ley establece (artículo 11 Código de Notariado) más lo correspondiente al impuesto al valor agregado -12%-, lo que en total es el pago anual que el notario realiza en la Tesorería del Organismo Judicial, esto permite que se puedan faccionar instrumentos públicos en el protocolo. En el segundo de los casos, se apertura el protocolo con el primer instrumento que el notario autorice, el que debe iniciar en la primera línea del pliego inicial.

El notario debe cerrar el protocolo el treinta y uno de diciembre o antes si este dejare de cartular, para lo cual debe redactarse dentro del mismo una razón de cierre, la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Código de Notariado debe contener la fecha, el número de documentos públicos autorizados, razones de legalizaciones de firmas, actas de protocolización, número de folios de que se compone, observaciones, si las hubiere y la firma del notario. Cabe agregar que debe contener el número de escrituras canceladas.

La ley también establece que el protocolo debe contener el Índice del mismo, que a su vez indica se extenderá en papel sellado del mismo valor, pero actualmente se redacta en hojas de papel bond, ya que la de Ley de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos decreto 37-92 derogó esta disposición, porque señala en su artículo 45

que a partir de que entre en vigencia, se utilizará en sustitución del papel sellado el papel que tenga las características del artículo 33 numeral 10, que a su vez establece que debe ser papel bond ya sea tamaño carta u oficio.

Así mismo, el índice debe redactarse en columnas separadas, en las cuales debe consignarse el número de orden del instrumento, en la primera; en la segunda el lugar y la fecha de su otorgamiento; en la tercera los nombres de los otorgantes; en la cuarta el objeto del instrumento; y por último el folio en que principia. Pueden usarse abreviaturas y cifras, con las observaciones pertinentes, además debe llevar la fecha e ir firmado por el notario y adherirle un timbre fiscal por el valor de Q.0.50 tal y como se establece en el artículo cinco numeral seis de la Ley de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos decreto 37-92.

Ha generado discusión si es obligatorio faccionar testimonio especial del índice, ya que la norma notarial no impone esa obligación, pero en lo referente a la reposición de protocolos, el Código de Notariado establece en el artículo 92 en su parte conducente: Si existiere testimonio especial del Índice del protocolo..., por lo que se concluye que, si bien no se incluye en la ley una disposición específica que obligue a hacerlo, la misma norma legal menciona la existencia de este, por lo que si debe realizarse, atendiendo en este caso las reglas comunes para los testimonios especiales.

Por último, el protocolo debe contener los atestados, los cuales se pueden definir como “los documentos que el notario agrega al final de su protocolo y tienen relación con

los instrumentos autorizados”³⁶, a lo que podemos agregar de que estos documentos no hayan sido transcritos. El Código de Notariado en el artículo 17 establece que el notario los deberá agregar al final del protocolo, y el primero de estos debe ser la constancia de pago por apertura de protocolo, la cual ya fue mencionada anteriormente. Además, otros atestados que comúnmente se agregan al final del protocolo son: comprobantes de entrega de testimonios especiales y copias de avisos a los distintos registros.

2.5. Formalidades

Respecto a las formalidades que deben observarse por el notario en el protocolo, el Código de Notariado las regula en el artículo 13. Es importante aclarar que estas formalidades no se refieren a cómo deben redactarse los instrumentos públicos, sino que se refiere a aspectos meramente de forma y que, en su orden, serán desarrollados a continuación:

1. Los instrumentos públicos se redactarán en español y se escribirán a máquina o mano, de manera legible y sin abreviaturas. Tal y como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en nuestro país el idioma oficial es el español. Además, cuando se establece que los instrumentos se escribirán en máquina, debe entenderse que no únicamente debe usarse las máquinas de escribir mecánicas convencionales, sino que da margen a que se puedan utilizar las máquinas de escribir eléctricas y los equipos de computación.

³⁶ Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 92.

2. La prohibición de utilizar abreviaturas en la redacción de los instrumentos es razonable, ya que si se emplearan se podría intentar una interpretación distinta a la voluntad manifestada por los otorgantes en el instrumento y de la que el notario dio fe.
3. Los instrumentos llevarán numeración cardinal, y se escribirán uno a continuación del otro, por riguroso orden de fechas y dejando de instrumento en instrumento, solo el espacio necesario para las firmas. La numeración cardinal es la que normalmente se utiliza en los países latinos, y Guatemala no es la excepción, por lo que es acertada esta disposición. Además el riguroso orden que se impone es porque la misma ley regula que el protocolo es una colección ordenada, y se facilita la ubicación y consulta de los instrumentos que este contiene.
4. El protocolo llevará foliación cardinal, escrita en cifras. Se refiere a las hojas de papel sellado especial para protocolos que componen el protocolo, ya que anteriormente se expuso que debe realizarse un índice, el cual debe contener el detalle de todos los instrumentos, así como el número de página en que se encuentren.
5. En el cuerpo del instrumento, las fechas, números o cantidades, se expresarán con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras y cifras, se estará a lo expresado en letras. Esto para evitar que se puedan intercalar cifras, o bien que pudieran ser tergiversadas, ya que claramente establece que debe prevalecer lo

escrito en letras. Por el cuerpo del instrumento se debe entender el instrumento en sí.

6. Los documentos que deban insertarse o las partes conducentes que se transcriban, se copiarán textualmente. Deben colocarse comillas al inicio y al final de lo que se ha transcrito, ya que al referirse a que deben copiarse textualmente, se entiende en sentido amplio, que debe incrustarse en el instrumento tal y como se encuentra redactado el documento que se insertará. Las partes conducentes son trozos o extractos de algún escrito, que puede ser una obra literaria, una ley o inclusive otro instrumento público.
7. La numeración fiscal del papel sellado no podrá interrumpirse más que para la intercalación de documentos que se protocolen; o en el caso de que el notario hubiere terminado la serie. Lo que trató el legislador de evitar regulando esto es que se pierda el orden cronológico de las hojas de papel sellado especial para protocolos, y pueda fácilmente ser insertada otra hoja y no se respete el riguroso orden de fechas. Por lo tanto quedan claras las excepciones que permiten interrupciones y los motivos que las suscitan.
8. Los espacios en blanco que permitan intercalaciones se llenarán con una línea antes de que sea firmado el instrumento. El fin que persigue esta disposición es proteger la declaración de voluntad que se encuentra plasmada en el instrumento público y evitar que se incluyan otros aspectos distintos a esta.

Independientemente de las formalidades que debe contener el protocolo, que se han estudiado, existen a su vez otras que deben ser observadas y analizadas, tal es el caso de la forma de proceder cuando se cometiere algún error ortográfico en la redacción de los instrumentos públicos, ya sea alguna letra o palabra; esto debe subsanarse trazando una línea sobre la letra o palabra incorrecta y debe hacerse mención de esto al final del instrumento, antes de las firmas, con la anotación “testado:” luego se coloca la letra o palabra incorrecta y luego se coloca la leyenda “omítase.”

Si se fuere a insertar la letra o palabra correcta, debe hacerse en la parte superior de la palabra testada, dentro de dos diagonales, y de igual manera debe hacerse constar al final del instrumento, antes de las firmas, con la anotación “entrerrenglonaduras”, luego se coloca la letra o palabra que se desea insertar y luego la leyenda “léase.” Es común que los notarios coloquen la leyenda “entrelíneas” en lugar de entrerrenglonaduras, aunque el sentido es el mismo, técnica y legalmente debe de colocarse “entrerrenglonaduras”.

Si el error se cometió en la primera línea de la hoja, lo que se debe colocar cuando se desee insertar la letra o palabra correcta es la anotación “adición” en lugar de las entrerrenglonaduras, ya que no se encuentra entre dos líneas. Así mismo cuando se ha excedido en la escritura del espacio de la línea de la hoja, debe salvarse al final con la misma leyenda. De no observarse estas formalidades, las correcciones no tienen validez, ya que el Código de Notariado establece que las enmendaduras de palabras son prohibidas. Además, tal y como lo establece el artículo 36 del Código de Notariado, puede ampliarse o adicionarse al instrumento nuevos elementos mediante la realización de otro,

poniendo al margen de la escritura matriz la relación del otro instrumento que la adicione, aclare, modifique o rescinda. También la ley manda al notario a que el protocolo debe empastarse dentro de los 30 días siguientes al cierre del mismo (artículo 18 Código de Notariado), con la intención clara de que los instrumentos se protejan y no sean susceptibles a extraviarse. Ante esto es correcto aclarar que en la práctica los notarios no cumplen con esta disposición, no por desobediencia a la ley, sino porque es más fácil reproducir los instrumentos para extender testimonios cuando no se encuentra empastado el protocolo. Por otra parte, si fuere muy extenso puede empastarse en varios tomos, pero siempre que sea del mismo año calendario, ya que es prohibido empastar en un sólo tomo dos o más años.

2.6. Depósito

Como se estudió anteriormente, el notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación y que solo en los casos que la ley señala puede ser extraído de su poder. Sin embargo, puede darse la situación que el notario dejare de cartular, entonces tendrá que depositar el protocolo. Este depósito puede darse por cinco casos, siendo estos:

1. Por ausencia del país por un término menor a un año.

En este caso el notario debe depositar el protocolo en otro notario hábil y se deberá remitir un aviso al Director del Archivo General de Protocolos en la capital, o si el notario no tuviera su domicilio en el departamento de Guatemala, a un Juez de

Primera Instancia, y que deberá remitirlo al Archivo General de Protocolos dentro del término de ocho días. Este órgano jurisdiccional debe ser del ramo civil, ya que el Acuerdo 55-2000 emitido por la Corte Suprema de Justicia establece que todo lo relativo a testimonios especiales, avisos y protocolo debe ser competencia de los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Civil y que, si en un mismo departamento existieren varios Juzgados de Primera Instancia Civiles, estos se alternaran esta atribución cada año, de tal manera que los juzgados impares (es decir juzgado primero, tercero, etc.) realizaran esta función en años impares, y los juzgados pares en años pares.

El aviso mencionado debe ir firmado y sellado por los dos notarios y debe contener el nombre y la dirección del notario en que quedó depositado el protocolo, quien a su vez podrá extender testimonios y resolver consultas sobre el protocolo depositado, pero no podrá redactar instrumentos públicos en el.

2. Por ausencia del país por un término mayor a un año

Si el notario fuere a ausentarse del país por un lapso de tiempo mayor de un año, debe depositar el protocolo en el Archivo General de Protocolos si fuera en la capital, o ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil si fuera en los departamentos y este debe remitirlo al Archivo General de Protocolo, pero aquí la ley no señala plazo para la remisión, por lo que debe hacerse inmediatamente. Si los otorgantes de algún instrumento del protocolo del notario quisieran un

testimonio del mismo, deben apersonarse al Archivo para que el Director del mismo lo extienda.

3. Por inhabilitación

Como ya se explicó en el apartado específico, cuando un notario queda inhabilitado, no puede ejercer la profesión, por lo que debe entregar el protocolo a su cargo al Archivo General de Protocolos si fuera en la capital, o ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil si fuera en los departamentos, y este debe remitirlo al Archivo General de Protocolo en un término que no exceda de ocho días, tal y como lo señala el artículo 26 del Código de Notariado.

4. Voluntario

La legislación notarial da la facultad al notario de que, si así lo desea, puede depositar el protocolo a su cargo, ya sea al Archivo General de Protocolos en la capital, o a un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil en los departamentos, sin que exista ninguna causa legal que así se lo imponga, sino que sea simplemente la voluntad del notario.

En cualquiera de los casos anteriores, los protocolos depositados serán devueltos al notario depositante a simple requerimiento personal de este, siempre y cuando hubiere cesado la causa que motivó el depósito, todo esto de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Notariado.

5. Por fallecimiento del notario

Cuando el notario hubiere fallecido, la ley estipula un plazo de 30 días siguientes a la muerte de este para que los albaceas, herederos, parientes del mismo o cualquier persona que tuviere en su poder el protocolo a cargo de dicho notario, lo depositen en el Archivo General de Protocolos, si se encontrare en la capital, o ante Juez de Primera Instancia del Ramo Civil si estuviera en alguna cabecera departamental y, a diferencia de anteriores clases de depósito, puede hacerse ante el Alcalde Municipal si no fuera cabecera departamental. En estos dos últimos casos, los funcionarios deben remitir el protocolo al Archivo General de Protocolos dentro del plazo de ocho días a partir de su recepción.

El Código de Notariado establece en el artículo 24 que el registrador civil tiene la atribución de informar inmediatamente al Director del Archivo General de Protocolos o al Juez de Primera Instancia Civil según sea el caso, cuando asiente la partida de defunción de un notario, para que estos inicien las diligencias para que sean entregados los protocolos.

Si los albaceas, herederos, parientes o cualquier persona que tuviere en su poder el protocolo a cargo de notario que hubiere fallecido se negaren a entregarlo, a requerimiento del Director del Archivo General de Protocolos o de oficio puede el Juez de Primera Instancia que tenga competencia hacer uso de los apremios legales para obtener el protocolo. Los apremios pueden definirse doctrinariamente así: “apremiar, en la acepción procesal es compeler a una persona física o moral a

realizar el cumplimiento de lo ordenado por el juez³⁷. En cuanto al término “apremio legal” se refiere a que el Juez puede utilizar cualquier medio legal para poder alcanzar el fin previsto, pero no debe confundirse con los apremios que establece la Ley del Organismo Judicial, ya que estos únicamente son aplicables por los órganos jurisdiccionales a los abogados, a los representantes de las partes y a los funcionarios y empleados que dependan del tribunal.

2.7. Inspección y revisión

El jurista Argentino Neri se refiere a la Inspección de protocolos diciendo que “fuera de las obligaciones y deberes que respecto a su formación, contenido, preservación y custodia, le asiste al notario público estar sujeto a una inspección, esto es a un examen o reconocimiento a efecto de constatar si uniformado a su objeto o fin, se ha cumplido cierta y efectivamente las disposiciones legales. La sana razón está indicando que la función notarial por lo público que es la mayoría de los casos, se convierte en una actividad social de garantía, ya que los intereses puestos en juego en virtud de las declaraciones humanas de voluntad no pueden quedar inmunes de observación.

Tanto el escribano como el notario dado a que su ministerio es ejercido a través del protocolo, resulta lógico que la revisión o inspección se verifique; en una palabra el protocolo notarial es objeto de control público³⁸.

Históricamente, la inspección y revisión de protocolos tiene su origen normativo en el Decreto 271, emitido durante el Gobierno del Presidente Justo Rufino Barrios, ya que el

³⁷ Arellano García, Carlos. **Teoría general del proceso**. Pág. 139.

³⁸ Neri, Argentino I. **Ob. Cit.** Pág. 110.

artículo 17 de ese cuerpo legal establecía que “además de las visitas de protocolos que los Jueces de Primera Instancia tienen la obligación de hacer anualmente, la Presidencia del Poder Judicial por sí o por excitativa del ejecutivo podrá decretar visitas extraordinarias, siempre que lo estimen convenientes”³⁹. Como se observa se les denominaba “visitas” a la inspección y revisión de protocolo, y regulaba las inspecciones ordinarias y extraordinarias, además de que no existía el Archivo General de Protocolo, por lo que le correspondía únicamente al poder judicial (actualmente Organismo Judicial) a través de los Jueces de Primera Instancia efectuar las revisiones.

En el gobierno de Jorge Ubico fue emitido el Decreto 1563, el cual abrogó el Decreto 271 y que en el capítulo III artículo ocho inciso V especificaba que los notarios debían “presentar sus registros al Juez de Primera Instancia, cuando se haya decretado la exhibición. En este caso, el propio notario los llevará al tribunal salvo que esté enfermo o que una circunstancia imprevista lo imposibilite físicamente, en cuyo caso podrá llevarlo una persona de confianza”⁴⁰.

En cuanto a la persona de confianza, la ley no establece quien puede ser, por lo que se entiende que sea a elección del notario, o alguien de su núcleo familiar. Además, el mismo decreto en el capítulo XII regulaba lo relativo a la inspección de registros (lo que actualmente es el protocolo), especificando que “los Jueces de Primera Instancia tienen a su cargo el cargo de inspectores de los registro notariales. En los departamentos donde hubieren varios jueces, corresponderá el cargo al primero en su orden”⁴¹.

³⁹ Orozco Paz, Javier Cesar. **Inspección y Revisión del Protocolo del Notario en la cabecera departamental de Chimaltenango en el año 1996**. Tesis de Licenciatura. Pág. 21.

⁴⁰ **Ibíd.**

⁴¹ **Ibíd.** Pág. 23.

De igual manera el decreto mencionado en el artículo 54 regula: “Ordinariamente y durante los primeros tres meses de cada año se deberá practicar inspección de los registros de los notarios. Las inspecciones extraordinarias se practicarán cuando lo ordene la Presidencia del Poder Judicial o lo solicite algún interesado, o el juez lo estime necesario. Este practicará las diligencias en el local donde el notario ejerza sus funciones o en la oficina del tribunal; en este último caso, el notario llevará sus registros al Juzgado para el efecto de la Inspección, la que deberá practicarse en su presencia. Los jueces revisarán todos los registros, pero si se tratare de testamentos, solo podrá enterarse de la introducción y conclusión de ellos”⁴².

Cabe señalar que aquí es donde se le empieza a conocer como inspección y revisión y que resalta el hecho que impone un plazo para realizarlas y da la opción que se realice en la sede del notario o en el juzgado.

Este decreto fue derogado por el Decreto 2154 de la Asamblea Legislativa, aunque no cambió mucho en cuanto a la inspección y revisión, ya que básicamente eran las mismas disposiciones. El primero de enero de 1947 entró en vigencia el Decreto 314, durante el gobierno del doctor Juan José Arévalo Bermejo, que es el Código de Notariado vigente. Con respecto a la Inspección y Revisión de Protocolos, los artículos 84 y 86 fueron reformados por el Decreto Ley 113-83, emitido durante el gobierno del General Oscar Humberto Mejía Vítores y que en uno de los considerandos explica que el objeto de esta reforma es: “Que debido al incremento del número de notarios que ejercer su respectiva profesión en el país, la inspección y revisión de los protocolos para comprobar si se han llenado los requisitos formales establecidos en el Código de Notariado, deviene

⁴² **Ibíd.**

ineficaz por el abrumador trabajo asignado al Director del Archivo General de Protocolos en la capital y a los Jueces de Primera Instancia en los departamentos.”

Básicamente la reforma consiste en que el Presidente del Organismo Judicial puede delegar en uno o varios notarios hábiles la inspección y revisión de protocolos. Actualmente, siendo el notario guatemalteco depositario del protocolo y responsable en cuanto a su conservación, el contenido del mismo y sobre todo que se observen las formalidades que nuestra legislación en materia notarial impone, se hace necesario que la autoridad correspondiente, en este caso la Corte Suprema de Justicia, examine y compruebe que se hayan llenado los requisitos formales que el Código de Notariado establece y que ya fueron analizados en su momento.

Para ello el citado cuerpo legal faculta a la Corte Suprema de Justicia para que realice la inspección y revisión de los protocolos a cargo de los notarios, y establece en el artículo 84 que en la ciudad capital, es el Director del Archivo General de Protocolos el que debe efectuarla, y en cuanto a los departamentos será el Juez de Primera Instancia (que ya se determinó que debe ser del ramo civil), siempre tomando en cuenta que si hubieren varios Jueces de Primera Instancia en el mismo departamento la Corte Suprema de Justicia debe determinar a cuál de ellos le corresponde efectuar la inspección y revisión. Actualmente la inspección y revisión se realiza en las instalaciones del Archivo General de Protocolos, mediante el procedimiento que se detalla más adelante.

Así también, el presidente del Organismo Judicial está facultado por la ley para nombrar a un número de notarios colegiados activos para que estos efectúen las inspecciones y revisiones, ya sea en la ciudad capital como en los departamentos.

Las inspecciones y revisiones pueden clasificarse en ordinarias, extraordinarias y especiales, y se procederá a desarrollar cada una de ellas, a saber:

Ordinaria: Esta inspección y revisión debe efectuarse, tal y como lo establece el artículo 86 del Código de Notariado, una vez cada año, y el notario está obligado a presentar el protocolo y los comprobantes correspondientes y así mismo estar presente durante la revisión. Como ya se explicó en su oportunidad, solo el inspector está autorizado para inspeccionar y revisar en su totalidad el protocolo.

Extraordinaria: Como su nombre lo indica, esta clase de inspección y revisión del protocolo es la que se efectúa independientemente de la ordinaria, es decir en cualquier tiempo cuando así lo considere necesario y conveniente la Corte Suprema de Justicia, y claro está, deben observarse los mismos aspectos que en la inspección y revisión ordinaria.

Especial: A diferencia de las dos anteriormente expuestas, esta solo ocurre en caso de que exista averiguación sumaria motivada por delito. Puede efectuarla un inspector de la Corte Suprema de Justicia o un delegado nombrado por el juez que hubiere ordenado que se practicara la inspección. Es preciso aclarar que debe existir relación entre el delito que se presume se ha cometido, con el contenido del protocolo, ya que si no fuere así se podrían utilizar los recursos legales para evitar que sea inspeccionado.

Es importante, luego de haber analizado las clases de inspecciones y revisiones de protocolo que pueden darse, señalar cuál es el procedimiento que la ley estipula que debe de seguirse al realizar estos menesteres. Primero, el notario tiene la obligación de presentarle al inspector el protocolo y sus comprobantes, esto se hace en presencia del notario a cuyo cargo se encuentra; y el funcionario o inspector que lleve a cabo la inspección y revisión le corresponderá levantar un acta en un libro habilitado para el efecto, en la cual se indicará si en el protocolo se han observado las formalidades que la ley establece, así como las observaciones que hubiere hecho el notario y las justificaciones que hiciera. Si no se hubieren observado las formalidades legales, se debe remitir certificación del acta donde constan estos aspectos a la Corte Suprema de Justicia, para que esta imponga la sanción correspondiente, previa audiencia al notario. Esta sanción comúnmente consiste en una suma de dinero, además del apercibimiento de que sean subsanadas las omisiones que se hubieren hecho en el protocolo. Esta resolución puede ser impugnada por el notario por medio del recurso de responsabilidad, como lo establece el Código de Notariado en el artículo 88, y que será objeto de estudio en un capítulo posterior.

Actualmente, el procedimiento que sigue el Archivo General de Protocolos es el siguiente:

El sistema de cómputo designa, por sorteo, los notarios a los que se les efectuará inspección y revisión del protocolo, no tomando en cuenta los profesionales que se encuentren inhabilitados, que hayan fallecido o que se les haya efectuado revisión dentro de los dos años anteriores; el Director del Archivo General de Protocolos procede a citar a

los profesionales seleccionados, efectuándose la revisión en las instalaciones del Archivo General de Protocolos y es llevada a cabo por el asesor jurídico de esta entidad y un auxiliar del departamento jurídico, que debe tener como mínimo pensum cerrado de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Si efectuada la revisión se determina que en el protocolo se observaron las formalidades que la ley establece se hace constar en un acta que para el efecto se debe faccionar. Si por otra parte se hubiere determinado que no se observaron las formalidades de ley, el archivo permite que el notario subsane los errores de forma cometidos en el protocolo y les otorga un plazo prudencial para el efecto. Si el notario aún así no cumpliera se procede entonces a levantar el acta correspondiente y se remite a la Corte Suprema de Justicia para que proceda de conformidad como lo establece el Código de Notariado.

Si el notario, al momento de ser requerido para la inspección y revisión del protocolo, no cumpliera con presentarlo ni tampoco pusiere a la vista los comprobantes, o si tuviera ambos pero se negare a exhibirlos, el inspector que realiza la diligencia debe hacer de conocimiento esta situación a un Juez de Primera Instancia competente.

El titular a cargo del órgano jurisdiccional que conoció de este hecho debe emitir una resolución en la cual confiere un plazo de 24 horas al notario para que exponga ante él las razones que le llevaron a incumplir o a negarse a realizar lo requerido. Luego de haber transcurrido este plazo, el Juez debe resolver dentro del plazo de 24 horas, todo esto de conformidad con lo establecido en el artículo 86 del Código de Notariado. La

resolución mencionada puede ser en dos sentidos, ya sea justificando la postura asumida por el notario, en virtud de que presentó ante el órgano jurisdiccional argumentos suficientes que fundamenten su posición, o bien puede el juez resolver apercibiendo al notario a que presente el protocolo y sus comprobantes respectivos y en caso de no hacerlo, ordena que se extraigan del poder del notario y se trasladen al Archivo General de Protocolos. Si esto ocurriera, el notario incurriría además en responsabilidad penal, para lo cual el Juez de Primera Instancia del ramo civil debe certificar lo conducente a un juzgado del ramo penal.

El Archivo General de Protocolos, en la práctica, cuando el notario no comparece a que sea practicada la revisión, procede a citarlo nuevamente, en un plazo prudencial y si no volviera a comparecer, entonces procede a la solicitar la ocupación y extracción del protocolo, en los términos y ante quien la ley establece. Por último, de manera acertada el Código de Notariado establece en el artículo 89 que cualquier resolución proveniente de la inspección y revisión de protocolos en la que se manifieste que no se han observado las formalidades, no prejuzga la validez de los instrumentos públicos que contiene el protocolo, ya que, como se explicó, la finalidad de la inspección y revisión es comprobar si se observaron los requisitos de forma en el protocolo, no así las declaraciones de voluntad que se expresan en los instrumentos públicos.

CAPÍTULO III

3. Enmienda y reposición del protocolo notarial

El Código de Notariado regula que para la creación de un instrumento público debe de observarse ciertas formalidades, tales como no dejar espacios en blanco que permitan intercalaciones o llenar con una línea antes de que sea firmado el instrumento. El fin que persigue esta disposición es proteger la declaración de voluntad que se encuentra plasmada en el instrumento público y evitar que se incluyan otros aspectos distintos a esta.

Pero como cualquier ser humano el notario es susceptible de cometer errores al momento de faccionar un instrumento público, por esta razón se han creado mecanismos legales para enmendar dichos errores, ya sea mediante testados, entrerrenglonaduras o adiciones, las cuales deben salvarse al final del instrumento público y antes de que éste sea firmado, asimismo está regulado la ampliación o modificación de los instrumentos públicos con el hecho de enmendar errores subsanables.

Sin embargo cuando se da la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, el notario tendrá que iniciar los trámites de reposición, siendo su responsabilidad y obligación dar aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio. Para este efecto debe realizar un procedimiento específico, el cual se encuentra regulado en el Código de Notariado y que veremos mas adelante.

3.1. Enmienda

Como quedó señalado los errores ortográficos en la redacción se enmiendan trazándose una línea sobre la letra o palabra incorrecta y debe hacerse mención de esto al final del instrumento, antes de las firmas, con la anotación “testado:” luego se coloca la letra o palabra incorrecta posteriormente la leyenda “omítase.”

Si se trata de omisión de algún dato o de insertar la letra o palabra correcta, debe hacerse en la parte superior de la palabra testada o en donde se quiere insertar el dato omitido, dentro de dos diagonales y de igual manera debe hacerse constar al final del instrumento, antes de las firmas, con la anotación “entrerrenglonaduras”, luego se coloca la letra o palabra que se desea insertar y luego la leyenda “léase.” Si el error se cometió en la primera línea de la hoja, en vez de entrerrenglonadura debe anotarse “adición”.

No obstante lo anterior y de conformidad con el artículo 36 del Código de Notariado, también se puede enmendar los errores, mediante realización de otro, poniendo al margen de la escritura matriz la relación del otro instrumento que la adicione, aclare, modifique o rescinda.

Además de lo anterior, también puede ocurrir que el notario dentro del protocolo cometiere algún error de forma, como la alteración de la numeración de los instrumentos públicos (que en su momento se determinó que debe ser cardinal), alteración en la numeración de la foliación (igualmente debe ser cardinal), alteración del orden de la serie,

que se haya dejado una página en blanco o que se tenga que inutilizar una hoja del protocolo.

Para corregir estos errores, definitivamente ya no se puede hacer mediante los testados, entrerrenglonaduras, adiciones, ampliaciones ni modificaciones, por tal razón el artículo 96 del Código de Notariado regula que: Cuando en el protocolo se incurriere en los errores siguientes de forma: alterar la numeración cardinal de los instrumentos, la de la foliación o el orden de la serie; dejar una página en blanco o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo, el notario acudirá a un Juez de Primera Instancia del orden civil, el cual al constatar el error y en vista de las razones expuestas por el notario, podrá acordar la enmienda, levantándose al efecto un acta, certificación de la cual se agregará entre los comprobantes del protocolo.

3.2. Definición de enmienda

Según el diccionario de la Real Academia Española, enmienda es “Corrección hecha en un escrito o documento, que se señala al final del mismo”⁴³. La enmienda proviene del verbo enmendar que a su vez significa “corregir, quitar defectos, subsanar. En otras palabras, corrección de un error o defecto”⁴⁴.

⁴³ Real Academia de la Lengua Española © 2005 Espasa-Calpe, Versión electrónica.

⁴⁴ **Ibid.**

3.2.1. Trámite de la enmienda

Cuando el notario cometa un error de los señalados anteriormente, debe promover ante un Juez de Primera Instancia del ramo civil, las diligencias voluntarias de enmienda del protocolo, cuyo procedimiento es el siguiente:

- El notario debe presentar un memorial al Juez de Primera Instancia del Ramo Civil exponiendo el o los errores que se hubieren cometido y solicitando sea decretada la enmienda.
- Dentro del memorial de solicitud el notario debe indicar claramente el o los errores que se hubieren cometido y acompañar el documento o documentos para acreditar tal extremo.
- El juez con base a lo expuesto y los documentos acompañados, acuerda la enmienda, y para el efecto levanta un acta, la cual el notario debe agregar a los atestados del protocolo.

3.3. Reposición de protocolo

Respecto a la reposición del protocolo, el artículo 90 del Código de Notariado regula que: El notario, al enterarse de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, dará aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio para los efectos de la reposición. Las personas que según el Código de Procedimientos Penales (actual Código Procesal Penal), pueden denunciar un delito público, tienen también derecho de poner en conocimiento del juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo”.

Por aparte, el artículo 91 del Código de Notariado señala: “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”.

De la lectura de los artículos 90 y 91 del Código de Notariado, es necesario seguir diligencias voluntarias ante el Juez de Primera Instancia de lo Civil, a través de un aviso-solicitud, que debe presentar el notario observando lo que estipula el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil para toda solicitud inicial; además debe aportar los elementos de prueba necesarios para que el juez declare procedente la reposición y, en caso existan indicios racionales de delito, mandará se inicie proceso penal contra los presuntos culpables.

Al declararse por el juez, procedente la reposición del protocolo, el notario tiene tres fuentes donde lograrla: a) Pedir al Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia los testimonios especiales enviados por el notario; b) Pedir certificaciones de las copias que hubieren en el Registro de la Propiedad de los instrumentos que constan en el protocolo perdido, destruido o deteriorado y c) Citar a los otorgantes e interesados en los instrumentos autorizados por el notario, por medio de publicaciones en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación durante un mes, por tres veces; pero si los otorgantes e interesados están en desacuerdo, harán efectivos sus derechos en la vía ordinaria.

Salvo mejor opinión, se considera que la pérdida, destrucción o deterioro de un protocolo no sucede con mucha frecuencia, porque el notario es el depositario y responsable de su uso y conservación.

Queda claro que la finalidad del protocolo, entre otras, es la conservación de los instrumentos públicos. Como contraparte a esto puede suceder que el protocolo se pierda, deteriore o destruya, por lo que ante esto el notario debe ponerlo en conocimiento del Juez de Primera Instancia Civil, para que ante él se lleven a cabo las diligencias necesarias para lograr la reposición.

El Código de Notariado en el artículo 92 establece: "Las personas que, según el Código de Procesamientos Penales, pueden denunciar un delito público, tienen también derecho de poner en conocimiento del juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo". Se hizo mención de este párrafo del citado artículo para aclarar que actualmente el Código de Procesamientos Penales ya no se encuentra vigente, sino que rige el Decreto 51-92 Código Procesal Penal, que en el artículo 297 establece que cualquier persona puede efectuar una denuncia, por lo que actualmente cualquier persona puede acudir ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil y ponerlo en conocimiento sobre la reposición del protocolo.

3.3.1. Trámite de la reposición del protocolo

Ya teniendo el juez conocimiento de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, el procedimiento que se debe seguir es el siguiente:

- El juez debe instruir la averiguación correspondiente, para determinar si no existió delito, y en su caso certificar lo conducente en contra de los responsables.
- Luego de la averiguación, el juez declarará procedente la reposición.
- El juez pedirá al Archivo General de Protocolos copias de los testimonios especiales enviados por el notario y que corresponden al protocolo que debe reponerse.
- Si el notario no hubiese enviado los testimonios especiales, debe el juez solicitarlos a los Registros Correspondientes (de la propiedad, mercantil, etc.) y citará a los otorgantes o cualquier interesado para que presenten los testimonios que tengan en su poder, mediante avisos que deberán ser publicados en el Diario Oficial y en uno de los de mayor circulación en el país, por tres veces durante un mes. Estos avisos deben contener el índice del protocolo, si existiere, y los nombres de los otorgantes.
- Si no fuera posible lo anterior, y las escrituras hubieran sido registradas, el juez solicitará al Registro de la Propiedad Inmueble certificaciones de los registros efectuados, o duplicados si existieren.
- Si aun faltaren algunas escrituras que reponer, el juez debe citar a los otorgantes, nuevamente (la ley no establece si de la misma manera en que se les citó la primera vez, pero si debería hacerse de esa forma) y consignará en acta los puntos sobre los que los instrumentos versaban. Si en ese momento los otorgantes no se pusieran de acuerdo, la ley establece que pueden hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Las copias de los testimonios, las certificaciones de los registros y las actas levantadas por el juez, en su caso, formaran el protocolo y con esto el mismo quedará repuesto.

3.4. Reposición y enmienda del protocolo en el derecho comparado

La enmienda de protocolo no tiene mayor regulación en el derecho comparado, según el criterio del ponente, se debe a que sobre este tema no existe mayor problema o dificultad cuando se cometa un error, pues al igual que en otros documentos, la forma de enmendar o subsanar dichos errores, es de manera práctica, mediante los testados, adiciones o enterrerrenglonaduras, o en su caso a través de la modificación o ampliación del instrumento o documento público.

Sin embargo al investigar y analizar algunas legislaciones extranjeras, pudimos establecer que lo que se regula de manera general y amplia es la reposición del protocolo notarial, por tal razón, se hace un breve análisis del derecho extranjero sobre el tema en cuestión y de esa manera llegar a conclusiones objetivas y hacer propuestas de solución al problema planteado.

3.4.1. Legislación costarricense

Con respecto a la reposición de protocolo, el Código Notarial de Costa Rica, lo regula en los artículos del 61 al 69. Además de esta normativa, también se ha emitido lineamientos para dicha institución y se encuentran en los artículos 12 a 136 de tales

lineamientos. Para una mejor comprensión se transcribirá los artículos relacionados al tema.

“Artículo 61°.- Aviso de extravío: Cuando el tomo de un protocolo en curso se extravíe, destruya, inutilice, sea sustraído o se deteriore, total o parcialmente, el notario debe dar cuenta inmediata, por escrito, a la Dirección Nacional de Notariado y detallará los hechos en un plazo máximo de tres días. La Dirección ordenará la reposición correspondiente y, de sospechar un delito, lo denunciará al Ministerio Público para que proceda conforme a la ley. Si el daño fuere únicamente parcial, las partes deterioradas se acompañarán con la solicitud de reposición.

Artículo 62°.- Reposición inmediata: Reportado el daño o extravío de hojas no utilizadas, la Dirección Nacional de Notariado ordenará reponerlas. Lo comunicará al proveedor de especies fiscales para que le expenda, al notario, las hojas por reponer. La reposición se hará constar mediante razón que consignará en el volumen, el cual se le devolverá al notario.

Artículo 63°.- Presentación de copias: Si la reposición fuere de instrumentos públicos, el notario debe presentar, junto con la solicitud, las copias de esos instrumentos, firmadas por él y hará constar que son fieles a los originales.

Artículo 64°.- Citación a interesados: En la reposición de tomos utilizados total o parcialmente, la Dirección Nacional de Notariado, por medio de tres avisos que se publicarán a costa del notario en un diario de circulación nacional, citará a todos los

interesados con el fin de que, dentro del mes siguiente a la publicación del último, presenten las reproducciones de los instrumentos públicos en su poder y se apersonen para hacer valer sus derechos.

Artículo 65°.- Reposición: Transcurrido el mes a que se refiere el artículo anterior, se ordenará la reposición de los instrumentos públicos. Se repondrán cronológicamente, con base en las copias aportadas por el notario y los interesados o las que la Dirección Nacional de Notariado, por su cuenta, haya obtenido de otras fuentes. En la razón inicial del tomo que se reponga totalmente o al iniciarse la reposición parcial, deberá dejarse constancia de que se trata de una reposición e identificarse debidamente el material utilizado para el fin. Para estos efectos, el notario, deberá aportar el archivo de referencia y las copias de instrumentos públicos, según los artículos 47 y 48 de este código. De incumplir esta disposición, se le sancionará conforme a lo estipulado en él.

Artículo 66°.- Tiempo de espera: Si la reposición no pudiere realizarse en un solo acto, deberá concederse un plazo de espera de seis meses contados a partir de la publicación del último aviso. Durante este período, se efectuarán las reposiciones que procedan con base en las reproducciones que vayan presentándose. Transcurrido ese lapso, la reposición se dará por concluida, mediante una razón en la cual se especificará el número de instrumentos repuestos y el de los pendientes de reposición. En todo caso, se dejará constancia de errores o diferencias que se observen en los documentos presentados y se dispondrá lo más conveniente para la reproducción correcta de los instrumentos. Las razones referidas serán firmadas por el titular de la dirección.

Artículo 67°.- Depósito de los tomos repuestos: Una vez practicada la reposición total o parcial o cuando se haya dado por concluida, los tomos se remitirán al Archivo Notarial para la custodia definitiva. Lo anterior no impedirá que la reposición sea complementada, si aparecieren nuevos materiales que lo permitan.

Artículo 68°.- Autorización para continuar cartulando: Mientras se practican las diligencias de reposición, si el notario lo solicitare, presentando, de no existir fuerza mayor que se lo impida, la totalidad de las copias de los instrumentos por reponer, la Dirección Nacional de Notariado podrá autorizar la entrega del siguiente tomo del protocolo. Los tomos sustraídos o extraviados, que aparezcan después de entregado un tomo nuevo, deberán presentarse a esa dirección para que dé por concluidos los trámites de reposición, cierre el tomo y lo envíe al Archivo Notarial.

Artículo 69°.- Gastos: Los gastos de la reposición correrán por cuenta del notario interesado, quien deberá colaborar eficientemente para llevarla a cabo. En caso de extravío del tomo de protocolo, daño o deterioro total o parcial se debe de dar aviso a la dirección dentro de los tres días siguientes a partir del momento en que tengamos conocimiento de ese acontecimiento. En dicho aviso se debe de detallar las circunstancias que provocaron el siniestro. En caso de daño parcial la solicitud debe de ir acompañada de la parte destruida. Durante la reposición del tomo de protocolo el notario podrá solicitar autorización para la entrega de otro tomo de protocolo. Cuando se extravía folios del tomo y estos no han sido utilizados. El notario dará aviso del extravío a la dirección y esta ordenara la reposición; esa reposición de folios sin uso se hace consignar por medio de una nota en el tomo. Si los folios extraviados o dañados han sido utilizados,

el notario deberá presentar, junto con la solicitud copias de los instrumentos firmados por él, dando fe que son idénticos a los originales (para eso se debe de tener el archivo de copias). Gastos corren por cuenta del notario”⁴⁵.

Además, en Costa Rica se cuenta con lineamientos generales para la prestación y control del ejercicio y servicio notarial, en donde se encuentra contemplado los lineamientos en torno al extravío, destrucción, inutilización y deterioro total o parcial del protocolo, sobre el tema señalan dichos lineamientos que: “La Dirección Nacional del Notariado a requerimiento y bajo la responsabilidad del notario público, repone folios no utilizados o reproducciones de instrumentos asentados en los folios utilizados.

Suspende la autorización del uso del tomo de protocolo hasta que no se consigne la razón mediante la cual se le autoriza a seguir utilizándolo o la autorización para que adquiera el tomo de protocolo siguiente. (artículo 78 Lineamientos generales para la prestación y control del ejercicio y servicio notarial).

El plazo para informar sobre el extravío, según dichos lineamientos es de 15 días a partir del momento en que observa esa situación, a efecto de que se proceda a iniciar el proceso de reposición. (El incumplimiento a esta disposición es sancionado con suspensión hasta por un mes, según el artículo 143 inciso d) del Código Notarial).

En la notificación, el notario ha de detallar los hechos ocurridos en relación con el extravío o la destrucción total o parcial del tomo de protocolo.

⁴⁵ www.monografias.com/trabajos71/derecho-notarial/derecho-notarial (29 de Agosto de 2010 8:10 pm).

Además de la solicitud, deberá adjuntar:

1. Declaración jurada protocolizada en donde se indique que el folio o folios no fueron utilizados.
2. Aportar la cantidad de papel de seguridad necesaria para reponer esos folios en blanco.
3. Aportar su tomo de protocolo para consignar la razón respectiva.

Se autoriza la compra de un nuevo tomo, en el cual se reproducirá la razón de apertura con la aclaración de que con él se repone el tomo extraviado o deteriorado.

El artículo 79 de los lineamientos generales para la prestación y control del ejercicio y servicio notarial regula que los requisitos para la reposición del protocolo notarial son los siguientes:

1. La solicitud de reposición con un detalle de los hechos ocurridos.
2. Archivo de copias de instrumentos públicos que establece el artículo 48 del Código Notarial.
3. Un juego de copias certificadas de los instrumentos que solicita reponer, obtenidas del archivo citado.
4. Asumir todos los gastos de la materialización de la reposición. (Publicación de edictos, microfilmación, empaste u otro, según el caso).

Por aparte, el artículo 81 de los mismos lineamientos regula acerca del material de reposición y el artículo 83 menciona sobre los archivos de referencia y copias de instrumentos públicos”⁴⁶.

Es importante señalar también que en Costa Rica cuentan con una directriz para la reposición del protocolo, la que a continuación transcribo literalmente, pues considero que será de mucha utilidad, para el propósito del presente trabajo:

“Directriz 2003-005; Diligencias de reposición de folios y tomos.

DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO.- San José, a las siete horas cuarenta minutos del seis de noviembre de dos mil tres.

R E S U L T A N D O:

1.- Que la Dirección Nacional de Notariado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del Código Notarial, tiene como finalidad la organización, vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional. **2.-**Que la Sala Constitucional se pronunció estableciendo, que de la relación de los numerales 24 inciso d), 140 y 143 inciso b) del Código Notarial, esta dirección, es un órgano administrativo desconcentrado de la jerarquía del poder judicial, en cuanto a su competencia exclusiva pero, sometida a ese poder, en todos los otros aspectos no comprendidos en dicho núcleo de atribuciones, definiendo ese tribunal la atribución conferida por el Código Notarial a este despacho, como una verdadera potestad reglamentaria en aspectos propios de la función notarial

⁴⁶ **Ibíd.**

(Voto 8741-99, de las 10:00 horas, del 12 de noviembre de 1999). Es así como dentro de las atribuciones conferidas a esta dirección por el citado numeral 24, se encuentra la posibilidad de emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, así como la de resolver gestiones o cuestiones planteadas respecto de la función notarial, claro está en el ámbito de su competencia. **3.-** Que el Capítulo III, del título III del Código Notarial, establece en sus numerales 63 a 69, lo relativo a la reposición de tomos de protocolo; sin embargo, estima necesario esta dirección, desarrollar el contenido de dicha normativa, a fin de lograr uniformidad y establecer un procedimiento óptimo en la tramitación de las solicitudes de reposición total o parcial de protocolos, en beneficio del propio notario y de la función notarial. Lo anterior dado el carácter de documentos públicos e históricos que tienen los tomos de protocolo de los notarios públicos. Por ello en apego a la atribución conferida por el artículo 24, incisos d) y m), citados, se emite el siguiente lineamiento; y,

C O N S I D E R A N D O:

I.- El artículo 61 del Código Notarial, dispone el deber del notario de informar por escrito, en forma detallada y en un plazo máximo de tres días a esta dirección, el extravío, destrucción, inutilización, sustracción o deterioro de su tomo de protocolo, ya sea cuando se requiera reponer la totalidad del protocolo o se esté en presencia de una reposición parcial, es decir de uno o varios folios del mismo. Lo anterior a fin de iniciar la respectiva reposición y así recuperar el texto de los instrumentos contenidos en la matriz, en aras de preservar el contenido de los volúmenes completos, brindar seguridad jurídica y proteger las actuaciones protocolares de los notarios. Tomando en cuenta los anteriores aspectos,

previo a tener por iniciadas las diligencias de reposición de protocolo, deberá constar solicitud expresa del fedatario, en la cual detalle en forma precisa y clara los hechos que expliquen los motivos que generan dicha solicitud, con indicación de la fecha en que sucedieron.

II.- En caso de reposición de folios no utilizados, el notario además de la solicitud de reposición deberá presentar una declaración jurada protocolizada en la cual indique cuál es el folio o folios que solicita reponer y que se encontraban sin utilizar, es decir que en los mismos no se autorizó instrumento alguno, aportando además una copia certificada del folio anterior y posterior al o los que se solicita reponer y copia certificada por el Departamento Archivo Notarial del Archivo Nacional, del índice donde se reportaron los instrumentos contenidos en éstos últimos. En este tipo de reposiciones, al no existir instrumentos públicos que reponer, no se exigirá la publicación del aviso que dispone el artículo 64 del Código Notarial, ya que la misma se realizará bajo responsabilidad del notario que afirma que se trata de folios no utilizados, igual procedimiento se seguirá en aquellos casos donde lo que se encontraba en el folio o folios que se solicita reponer, son textos de escrituras que no fueron autorizadas por el notario y fueron reportadas en el respectivo índice como "NO CORRE", al no existir instrumento público alguno que reponer. Lo anterior sin perjuicio de que si el fedatario, aportara copia de los folios a reponer o, el texto contenido en los mismos, se ordene su reposición. Este tipo de reposición, de acuerdo con lo establecido por el numeral 62 del Código Notarial, se hará constar en el volumen, mediante una razón.

III.- Ahora bien, cuando se trate de reposición de folios utilizados, ya sea de la totalidad del tomo, o de parte de él, es decir de instrumentos públicos, debe el notario,

necesariamente, presentar junto con la solicitud, un juego de copias legibles de todos los instrumentos públicos contenidos en dichos folios y copias de los índices notariales donde se reportaron dichos instrumentos, estos últimos, certificados por el Departamento de Archivo Notarial; si se tratare de reposición total, la copia certificada de índices, deberá comprender desde la fecha de autorización del tomo, hasta el presentado a la fecha de la solicitud. Asimismo, deberá adjuntarse declaración jurada protocolizada en la cual se indique hasta qué folio se encontraba utilizado el volumen y los que estaban sin utilizar. Al pie de cada una de las copias de instrumentos públicos que se aporte, se consignará, bajo responsabilidad del notario, la constancia de ser copia fiel del original. La exigencia de aportar los índices presentados al Departamento de Archivo Notarial, deviene del control que los mismos ejercen sobre el ejercicio de la función notarial, al constituir un documento complementario del protocolo, es decir un reflejo del mismo, por lo que los instrumentos a reponer serán los que el fedatario haya reportado en los índices y que se encontraban en los folios o tomo a reponer. Sobre los índices notariales la Sala Constitucional señaló:

Es claro que el deber de entregar los referidos índices está basado en motivos de marcado interés público, referentes a la preservación de la seguridad en las relaciones jurídicas. La intangibilidad de la información contenida en tales índices hace que los mismos constituyan una garantía para las partes otorgantes, razón por la cual resulta más que razonable exigirles la presentación de tales documentos en forma periódica y puntual..." (Voto 2002-5737, de las 16:26 horas, del 12 de junio de 2002).

Por lo anterior, además del deber que tiene el notario de cumplir con la presentación oportuna del índice notarial debe verificar previo a su entrega, el cumplimiento de los

requisitos impuestos por el Archivo Notarial, así como que la información reportada en el mismo, sea fiel del protocolo, es decir que es verdadera y completa ya que, como se indicó líneas antes, el índice constituye el instrumento descriptivo de éste y cualquier error en que se incurra eventualmente afectará la reposición.

IV.-De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 63 del Código Notarial, en las reposiciones de folios utilizados, deben presentarse copias de los instrumentos públicos; por su parte, el numeral 65 de ese cuerpo normativo, establece que el fedatario debe aportar en las reposiciones de protocolo, el archivo de referencias y las copias de instrumentos públicos, según los artículos 47 y 48 de dicho cuerpo de leyes. El citado artículo 48, indica que el fedatario debe conservar en sus archivos, una copia firmada por él, de todos los instrumentos públicos que autorice, motivo por el cual, de la necesaria relación de normas, se desprende que son precisamente estas copias las que resultan admisibles para efectos de reposición parcial o total de protocolos. Dicho archivo debe llevarse en forma diaria, actualizada, siendo entonces lo óptimo y recomendable, que dichas copias de escrituras, se obtengan de la propia matriz, por constar en ésta la firma de las partes otorgantes, testigos o comparecientes, así como la autorización del notario, por razones de seguridad para éstos y para el propio fedatario, al constituir documentos de carácter histórico y probatorio en procesos judiciales, administrativos o disciplinarios. Por lo anterior, en la medida de sus posibilidades, el archivo de copias que señala el numeral 48 citado, deberá conformarse con copias obtenidas de la propia matriz y llevarse al día, a fin de que eventualmente para una reposición, sean éstas las que se presenten ante esta Dirección.

En aquellos casos, donde alguno de los folios que se solicita reponer, contenga únicamente una parte del instrumento, deberá presentarse copia certificada completa del

mismo a fin de conservarlo en el expediente. Siendo el objeto de estas diligencias, reponer instrumentos públicos contenidos en los folios o tomos de protocolo, no se admitirán para tales efectos, la presentación de ulteriores testimonios de los mismos, al tener dicho acto extraprotocolar otros fines además de que, para su expedición éstos deben cotejarse con la matriz que, al momento de tramitarse el expediente, no existe en el tomo de protocolo respectivo. El archivo de referencias y el de copias de escrituras serán devueltos al notario cuando este despacho lo estime conveniente.

V.- Respecto a los deberes notariales impuestos a los fedatarios por el Código Notarial, en los numerales 47 y 48, debe tenerse presente que el archivo de referencias, que indica el artículo 47, se conforma con todos aquellos documentos o comprobantes relacionados con las escrituras matrices y que, por disposición legal deben quedarse en su poder, ejemplos de este tipo de documentos los encontramos en los numerales 84, 90, 105 y 107, párrafo final, 109 y 110 párrafo segundo, de dicho código y artículo 24 del Código de Familia. Pese a lo anterior, el fedatario queda facultado para conservar en dicho archivo, todo aquél documento que a su criterio considere conveniente a fin de respaldar el acto o contrato que autorice. Todos los documentos deben ir numerados por escritura, con foliatura consecutiva y llevarse al día, por cuanto como se indicó, serán requeridos en toda solicitud de reposición, excepto, por razones obvias, en los casos de reposición de folios sin utilizar.

Por otra parte, el archivo de copias de escrituras, debe conformarse con todos los instrumentos públicos que el notario autorice, esto sin perjuicio de que se conserve en el mismo, los documentos no autorizados, ya sea porque se les consignó "no corre" o que no fueron autorizados ante la negativa de una de las partes de firmar. Las copias deben

llevarse al día y cada una tiene que ser firmada por el notario, si en el archivo de referencias existen documentos o comprobantes que respalden el instrumento público, el fedatario en la copia del mismo (archivo de copias) deberá indicar el folio o folios donde se encuentran.

En la medida de lo posible, dicho archivo de copias como se indicó antes, debe constituirse utilizando como fuente la matriz. Al constituir la conformación de ambos archivos así como su presentación para efectos de reposición, deberes legales impuestos por la normativa vigente a todos los notarios públicos, su incumplimiento acarreará eventualmente la aplicación del régimen disciplinario notarial, igual situación se presentará cuando de la solicitud de reposición se refleje una inadecuada custodia del tomo de protocolo autorizado al fedatario. Los notarios públicos que actualmente mantengan en uso un tomo de protocolo autorizado con el antiguo régimen notarial, es decir con la Ley Orgánica de Notariado, deberán proceder en forma inmediata si no lo hubieran hecho, a conformar el archivo de copias de escrituras de dicho volumen; lo anterior en virtud de que si requirieran gestionar una reposición parcial o total del mismo, por alguno de los presupuestos contenidos en el artículo 61 del Código Notarial, se les exigirán los requisitos de la normativa vigente es decir del Código Notarial y la presente directriz.

VI.- En los casos de reposición parcial o total de folios utilizados, si la solicitud estuviera presentada en forma y se hubieran aportado las copias de instrumentos y de índices, la dirección, en la primera resolución, dará por iniciadas la diligencias de reposición, ordenará la publicación del aviso respectivo y autorizará la entrega del siguiente tomo de protocolo al notario o a continuar sus funciones cartularias, según el tipo de reposición de

que se trate, esto claro está, de no existir algún motivo que lo impida, como por ejemplo que el notario esté suspendido o no se encuentre al día en sus cotizaciones al Fondo de Garantía, entre otros.

En el primer caso, se pone a disposición del notario la nota respectiva para que adquiera su siguiente tomo de protocolo, en el segundo, se deja constancia en el mismo de la tramitación de la reposición, lo anterior a efecto de que si el notario concluye el volumen y requiere proceder con su depósito, en tanto transcurre el plazo del mes que señala el artículo 64 del Código Notarial, conste en el mismo, la tramitación de reposición y no se afecte las funciones cartularias del fedatario, quien deberá hacer referencia de la reposición, en la respectiva razón de cierre del volumen. Asimismo se informará al Departamento de Archivo Notarial, tomará nota el Registro Nacional de Notarios y se pondrá a disposición del interesado el aviso respectivo para su publicación, mismo que de acuerdo a la ley, debe ser publicado tres veces en un diario de circulación nacional, citando a todos los interesados, con el fin de que dentro del mes siguiente a la publicación del último aviso, se apersonen a hacer valer sus derechos y si tuvieran en su poder copias de instrumentos públicos autorizados por el notario que gestiona la reposición, las aporten a esta Dirección. Al disponer el numeral 64 del Código Notarial, que la publicación de los avisos debe realizarse en un diario de circulación nacional, no se admitirán como válidas las publicaciones que se efectúen en La Gaceta, así como en cualquier otro medio que no reúna los requisitos exigidos por ese numeral. En caso de no presentarse la solicitud completa, la dirección, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 68 del Código Notarial, no autorizará al notario para continuar sus funciones cartularias y de estimarlo pertinente, procederá a plantear la acusación correspondiente para la aplicación del régimen disciplinario.

VII.- De conformidad con lo establecido por el artículo 69 del Código Notarial, cuando se solicite la reposición total de un tomo de protocolo, el notario deberá cancelar el costo del empaste y la microfilmación del mismo, según los montos dispuestos por la Junta Administrativa del Archivo Nacional así como las especies fiscales respectivas. Publíquese la presente directriz en el Boletín Judicial, por una vez, tornándose de acatamiento obligatorio para todos los notarios públicos, un mes después de su publicación.

P O R T A N T O:

Todos los notarios públicos deberán ajustar sus solicitudes de reposición total o parcial de protocolos, a lo dispuesto en esta directriz. Publíquese por una vez en el Boletín Judicial, siendo de acatamiento obligatorio. **Licda. Alicia Bogarín Parra; Directora**⁴⁷

3.4.2. Legislación hondureña

Respeto a la legislación notarial de hondura, encontramos el Código del Notariado, dicha normativa regula en su sección novena, artículo 52 lo relativo a la pérdida, extravío, inutilización y reposición del protocolo, el citado artículo regula: “Cuando se pierda o inutilice en todo o en parte un protocolo o en su caso las fotocopias autorizadas del protocolo, el Notario dará cuenta inmediatamente a la Contraloría del Notariado para que instruya averiguación sobre el paradero o causa de la inutilización, así también respecto de la culpa que haya tenido el notario y la responsabilidad de terceras personas. Los Jueces de Paz letrados tienen las mismas obligaciones e iguales responsabilidades que los notarios en la guarda o conservación de los protocolos. Los Jueces de Paz, Agentes

⁴⁷ www.ulatina.ac.cr/~chrquepo/derechonotarial/direccionnacionaldenotariado/directriz2003-005-diligenciasdereposiciondefoliosytomos.htm (10 septiembre de 2:10 7:06 pm).

Diplomáticos y Consulares acreditados en el extranjero, al ser cesanteados en sus cargos, entregarán por inventario a sus sucesores el protocolo en que estén actuando. El Reglamento Especial que emita la Corte Suprema de Justicia determinará el procedimiento y demás aspectos relacionados con la pérdida, extravío, inutilización y reposición del protocolo.

3.4.3. Reposición de protocolo notarial en Puerto Rico

En Puerto Rico existe jurisprudencia sobre el tema, toda vez que en el año de 1999 el Tribunal Supremo emitió una resolución relacionado a la enmienda al reglamento notarial; 99TSPR 027 dentro del caso ER-99-02, que literalmente dice: “San Juan, Puerto Rico a 12 de marzo de 1999. En virtud de la facultad conferida por el artículo 61 de la Ley Notarial de Puerto Rico, Núm. 75 de 2 de julio de 1987, de aprobar reglamentación para hacer viable la ejecución de la referida ley, complementar sus disposiciones, y al amparo de nuestro poder inherente para regular la admisión y ejercicio del notariado, el 14 de julio de 1995 aprobamos el Reglamento Notarial de Puerto Rico.

Atendiendo las recomendaciones de la Oficina de Inspección de Notarias, conscientes de las dificultades por las que atraviesan muchos notarios de Puerto Rico tras el paso del reciente huracán Georges, se enmienda dicho reglamento para incluir la Regla 58A, la cual dispone un procedimiento de reconstrucción de protocolos y registro de testimonios y se hace formar parte de esta resolución.

Regístrese y publíquese. Lo acordó el tribunal y certifica la Secretaria del Tribunal Supremo. Isabel Llompert Zeno; Secretaria del Tribunal Supremo.

REGLA 58A - Reconstrucción de Protocolos y Registro de Testimonios

La reconstrucción de protocolos destruidos, deteriorados o desaparecidos total o parcialmente se ajustará a las siguientes reglas:

1. En caso de destruirse o desaparecer en todo o en parte un protocolo o registro de testimonio, el notario inmediatamente dará cuenta por escrito al Juez Presidente del Tribunal Supremo con copia a la Oficina de Inspección de Notarías y levantará un acta notarial para informar la gravedad de los daños y las causas de los mismos.
2. El Juez Presidente, a través de la oficina del (de la) director(a) de Inspección de notarías, ordenará la reconstrucción de los protocolos destruidos o perdidos a expensas del notario, ex-notario o su respectiva fianza notarial.
3. El notario procurará diligentemente reponer en lo posible lo inutilizado, destruido o perdido.
4. Citará a las partes interesadas en cada documento para investigar si poseen copias certificadas, copias simples o cualquier otro documento que se relacione con los mismos. Investigará en los Registros de la Propiedad, oficinas de otros notarios o cualquier otro lugar que estime pertinente.
5. Con las copias y cualquier otro documento obtenido redactará un documento en sustitución del original destruido o perdido, siempre y cuando los comparecientes del mismo firmen dicho documento. Disponiéndose que, aquellos notarios que tengan en su oficina los medios modernos para digitalizar las escrituras una vez autorizadas, podrán reproducir las escrituras extraviadas del archivo original y convertirlas en original

obteniendo las firmas e iniciales de los otorgantes y la firma, sello, signo y rúbrica del notario.

6. De no ser posible la obtención de las firmas de los otorgantes, se utilizarán en sustitución del original destruido, las copias certificadas o la reproducción en papel de la escritura digitalizada debidamente legalizada por el (la) director(a) de la Oficina de Inspección de Notarías. Dicha legalización se realizará cotejando el signo, firma y rúbrica del notario, utilizando para ello otros protocolos del mismo. El (la) director(a) extenderá una certificación al dorso de la copia certificada del documento, expresando que se hace para los efectos de protocolización en sustitución del original.

7. Agotados todos los medios para la reconstrucción total de los protocolos, el notario procederá entonces a la entrega del expediente al (a la) director(a) de la Oficina de Inspección de Notarías para su examen final y recomendaciones al Tribunal Supremo. Si las gestiones para reconstruir hubieren resultado infructuosas, procederá el notario a desglosar en un acta notarial todas las gestiones realizadas, acompañada de documentos fehacientes, y que a pesar de éstas no ha sido posible la reconstrucción. El Juez Presidente del Tribunal Supremo, por conducto de la Oficina de Inspección de Notarías, autorizará al notario a proceder conforme a lo dispuesto en el inciso 9.

8. De aprobar el Tribunal Supremo el expediente y ordenar su encuadernación, procederá el notario a encuadernar los documentos que han de sustituir a los originales destruidos y los demás documentos del expediente.

9. De faltar algún documento público de numeración intermedia se colocará en sustitución de los que falten una hoja en la que se hará constar que los números intermedios desaparecieron o se inutilizaron. La hoja se colocará en el lugar correspondiente al

número o números inutilizados y podrá emplearse una sola hoja para varios números o instrumentos de numeración sucesiva.

10. En cuanto a los derechos arancelarios, se establece que si el protocolo destruido o desaparecido no había sido aprobado, vendrá obligado el notario a cancelar en el documento que sustituyó al original las estampillas establecidas por Ley, a sus expensas, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Notarial. En el supuesto de protocolos previamente aprobados, se limitará el notario a seguir el inciso 7 anterior. El Tribunal Supremo mediante resolución determinará a su discreción si exime o no al notario de cancelar las estampillas establecidas por ley.

11. Estas normas son igualmente aplicables a la reconstrucción de Registros de Testimonios en todo lo que no sea lógicamente inaplicable.

12. Igual procedimiento deberán seguir los Archiveros Notariales cuando resulten destruidos, deteriorados o desaparecidos en todo o en parte protocolos que estén bajo su custodia.

3.5. Comentario

La norma legal costarricense respecto a la reposición es similar a la existente en el artículo 92 del Código de Notariado de Guatemala, la diferencia es que en este país se debe dar aviso a una autoridad administrativa y en Guatemala ante una autoridad judicial, específicamente ante un Juez de Primera Instancia, sin indicar de que ramo, pero de acuerdo al contexto del artículo 93 del mismo cuerpo legal, se puede interpretar que se da ante un juez de materia penal, este aviso inclusive lo puede dar cualquier persona ante el tribunal indicado, con el objeto de que este órgano inicie la averiguación que corresponde,

otra diferencia notable es que la ley de Costa Rica fija un plazo máximo para que el notario de el aviso, bajo pena de sanción si no cumple con lo mismo, esto en nuestra legislación no está contemplado.

La legislación costarricense, regula en su artículo 62, la reposición inmediata, esto se da cuando el daño o extravío es de hojas no utilizadas, señala dicha norma que en ese caso, la Dirección Nacional de Notariado ordenará reponerlas, lo comunicará al proveedor de especies fiscales para que le expenda, al notario, las hojas por reponer. La reposición se hará constar mediante razón que consignará en el volumen, el cual se le devolverá al notario, lo que hay que hacer notar en esta norma es de que se trata de hojas no utilizadas, algo que el Código de Notariado de Guatemala no tiene contemplado.

Dado a lo señalado y como se puede notar en la legislación citada, existen en Costa Rica dos procedimientos de reposición, una que sobre la destrucción, extravío, sustracción, deterioro del protocolo notarial como tal y otra cuando se extravía folios del tomo y estos no han sido utilizados. En este caso se regula que el notario dará aviso del extravío a la dirección y esta ordenará la reposición.

De la lectura del artículo 65 del Código Notarial de Costa Rica, se establece que para efectos de reposición el material a utilizar es el contenido en el archivo de copias de instrumentos públicos que el artículo 48 de ese cuerpo normativo impone llevar, como un deber al notario, esto tampoco está regulado en Guatemala, pues aquí el notario no lleva ningún archivo de copias, por lo que se utiliza las copias de los testimonios especiales, o los duplicados de los registros.

Haciendo una relación de normas entre los artículos citados y el artículo 63 de este Código, que define como requisito junto a la solicitud de reposición, la presentación de las copias de los instrumentos, firmadas por el notario, haciendo constar que son fieles a los originales, queda claro que la fuente primaria para reposición son las copias que el notario debe tener en el archivo de copias. El criterio aludido se sustenta aún más, cuando el artículo 65 establece la aplicación del régimen disciplinario a quién incumpla con la presentación de dicho archivo al momento de tramitar la reposición.

CAPÍTULO IV

4. La necesidad de incluir dentro del procedimiento de reposición la pérdida o destrucción de una hoja o pliego de papel sellado especial para protocolo

Como hemos señalado, en la regulación guatemalteca respecto al tema notarial, el Código de Notariado establece la forma de enmendar los errores de forma, dentro del protocolo, lo cual se realiza mediante testados, adiciones o entrerrenglonaduras, que para surtir efectos deben ser salvados conforme a la ley al final del instrumento público y antes de que éstos sean firmados. De igual forma si se comete errores como alterar la numeración cardinal de los instrumentos, la foliación o el orden de la serie, incluso dejar una hoja en blanco o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo se puede enmendar el error debiendo en este caso el notario acudir ante un Juez de Primera Instancia del ramo civil, quien al constatar el error y en vista de las razones expuestas, podrá acordar la enmienda: En la práctica, tal como se mencionó anteriormente, no existe tramite específico, para enmendar el error, sino se hace mediante un procedimiento simple, el cual fue detallado en el capítulo III de este trabajo.

Además de la enmienda, el Código de Notariado también prevé en caso de pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, la reposición del mismo, esto se da mediante un proceso el cual también fue expuesto claramente en el capítulo anterior.

Es decir el ordenamiento notarial guatemalteco regula la enmienda del protocolo en caso de cometer un error al momento de su faccionamiento, incluyendo cuando se deja

una hoja sin utilizar, y la reposición cuando se pierda, destruya o deteriore el protocolo, ojo, la ley regula protocolo y no hojas de papel especial para protocolo.

Ahora bien, cuando se habla de un proceso de reposición, solo se trata de pérdida, destrucción o deterioro del protocolo notarial, sea de manera parcial o total, ante esta norma, es importante recordar que doctrinariamente protocolo notarial es: “un instrumento habilitado por el estado para el ejercicio de la función notarial, por virtud de tres factores inapreciables: 1) la garantía de perdurabilidad; 2) la garantía de autenticidad; y 3) el medio de publicidad”⁴⁸, en términos legales es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolización, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley.

De lo anterior se deduce que solo se puede reponer, ya sea por pérdida, destrucción o deterioro el protocolo notarial, es decir, solo se pueden reponer los documentos debidamente faccionados y autorizados, asimismo solo se puede enmendar los errores cometidos dentro de un instrumento público, cuando se deja una página en blanco o la inutilización de una hoja o pliegos de protocolo.

Sin embargo, no es común pero si ha sucedido que en las notarías se pueda destruir, deteriorar o perderse una hoja o pliego de papel especial para protocolo que no han sido utilizados, como se establece en el número de expediente 556-09 voluntario de enmienda y reposición de protocolo, ante Juez de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo del Departamento de Sacatepéquez, en donde el Licenciado Edgar Augusto Sec

⁴⁸ Neri, **Ob. Cit.** Pág. 383.

Quexel, afirma que debido a un descontrol administrativo de parte de su asistente, extravió una hoja del protocolo, el cual no había sido utilizado.

Ahora bien, que sucede si se pierde o extravía una hoja o un lote del papel de protocolo, actualmente no existe trámite para enmendarlo ni para reponerlo, toda vez que tal como lo regula la legislación y de acuerdo a un análisis, no se encuentra regulado en la ley, ni la enmienda, ni la reposición de dichas hojas, pues al tenor de la ley, estas son hojas de papel especial de protocolo, pero aun no forman parte del protocolo notarial.

Lo anterior ha provocado que algunos notarios aplicando analógicamente el artículo 96, quieran enmendar dicha situación, pero su deseo de corregir el problema es frenado por los operadores de justicia, pues al acudir a los juzgados de primera instancia civil, algunos rechazan las solicitudes, argumentando que esto debe ser tramitado ante el Ministerio Público, por ser pérdida de una hoja de papel sellado de protocolo, además, señalan que no están facultados por la ley, para realizar dicho procedimiento.

No obstante esta situación, cuando se presentan ante el Ministerio Público, a presentar la denuncia, indican que esta institución no da trámite cuando es perdida de una hoja de papel especial de protocolo, pues de acuerdo a su criterio, no existe delito que perseguir, pues no ha sido autorizado ningún instrumento público.

Lo anterior produce una incertidumbre legal con respecto a las hojas de papel especial para protocolo que se puedan perder, extraviar o destruir, sin que hayan sido usados, pues el Juez de Primera Instancia Civil rechaza la solicitud de enmienda, fundamentándose en el artículo 96 del Código de Notariado, señalando que dicha norma

no le faculta tramitar la enmienda de la pérdida o destrucción de una hoja de papel especial para protocolo, si bien es cierto hay que señalar que algunos juzgados han admitido dichas enmiendas, aplicando analógicamente el artículo 96 del cuerpo legal citado; lo que a mi parecer no es conveniente, toda vez que de esa manera puede haber arbitrariedades al momento de aplicar la norma jurídica citada.

4.1. Análisis de la enmienda o reposición de una hoja de papel sellado especial para protocolo por pérdida o destrucción, robo y hurto

El objetivo básico del presente trabajo es encontrarle solución al problema planteado, como lo es la incertidumbre existente de qué hacer ante la pérdida o destrucción de una hoja de papel especial para protocolo, en el caso del deterioro no considero que exista mayor problema, pues en todo caso, existe dicha hoja y por lo tanto puede enmendarse.

4.2. Análisis sobre la enmienda de una hoja de papel sellado especial para protocolo por pérdida o destrucción, robo y hurto

Para encontrar la solución en cuestión creo importante hacer un pequeño análisis de la regulación existente en torno a la procedencia de la enmienda, para el efecto volvemos a citar el artículo 96 del Código de Notariado que regula: “Cuando en el protocolo se incurriere en los errores siguientes de forma: alterar la numeración cardinal de los instrumentos, la de la foliación o el orden de la serie; dejar una página en blanco o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo, el notario acudirá a un Juez de Primera

Instancia del orden civil, el cual al constatar el error y en vista de las razones expuestas por el notario, podrá acordar la enmienda, levantándose al efecto un acta, certificación de la cual se agregará entre los comprobantes del protocolo”.

De la lectura del citado artículo, se puede determinar que en ningún momento está contemplado la pérdida o destrucción de una hoja de protocolo, por lo que tal como lo señalan los jueces de primera instancia civil, ellos no están facultados para tramitar como enmienda dicha situación. Además aquellos jueces que lo realizan están atribuyéndose facultades que la ley no permite, provocando incertidumbre y posibles arbitrariedades, pues si se pierde o se destruye una hoja, no se puede comprobar si fue utilizado o no.

4.3. Análisis sobre la reposición de una hoja de protocolo por pérdida o destrucción, robo y hurto

De igual manera, es importante hacer un análisis en torno a la regulación existente, respecto a la procedencia de la reposición de protocolo, para el efecto citaremos nuevamente los artículos 90 y 91 del Código de Notariado que establecen: “El notario, al enterarse de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, dará aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio para los efectos de la reposición. Las personas que según el Código de Procedimientos Penales (actual Código Procesal Penal), pueden denunciar un delito público, tienen también derecho de poner en conocimiento del juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo” y “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”.

De estos artículos se interpreta que la reposición de protocolo procede en los casos de pérdida, destrucción del protocolo, nótese, se refiere al protocolo, que como ya lo señalamos, es distinto a la hoja de papel especial para protocolo, por lo tanto; se puede determinar que tampoco está contemplado la pérdida o destrucción de una hoja de papel especial para protocolo que no ha sido utilizada, es decir que, al igual que en la enmienda, los jueces competentes, no están facultados para autorizar la reposición de dichas hojas y aquellos que lo autorizan están ejerciendo facultades que la ley no permite.

4.4. Análisis de caso concreto

En relación a los casos concretos, quiero hacer mención del caso 56-2009, oficial tercero, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia Civil del departamento de Sacatepéquez, en este proceso el Notario Edgar Augusto Sec Quexel, presentó una enmienda por pérdida de una hoja de papel especial para protocolo no utilizada, solicitud presentada mediante memorial dirigido al Juez en mención, en donde solicitó que se enmiende dicho error.

No obstante los argumentos señalados, el juez en cuestión resolvió que se rechaza la solicitud, fundamentando su decisión en el artículo 96 del Código de Notariado, señalando que dicha norma regula la enmienda del protocolo cuando el notario altera la numeración cardinal de los instrumentos, la de la foliación o el orden de la serie; dejar una

página en blanco o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo, no así la pérdida de una hoja de papel especial para protocolo no utilizada.

Ante tal situación, el Licenciado Sec Quexel, acudió a la Fiscalía del Ministerio Público de Sacatepéquez, para presentar la denuncia y no dejar en suspenso dicho problema, sin embargo, en dicha Fiscalía le dijeron que ellos no pueden recibir ese tipo de denuncia, porque tienen instrucciones que por pérdida de documentos no pueden iniciar una investigación, sin embargo, comenta el Licenciado Sec, que debido a su insistencia, la jefe de dicha Fiscalía accedió a recibir la denuncia, pero le indicó que no iniciarán ninguna investigación.

Lo anterior deja en un estado de inseguridad jurídica al sistema notarial y al notario mismo, toda vez que cuando por circunstancias ajenas a su voluntad, ocurre la pérdida o destrucción de una hoja o lote de papel especial para protocolo, lo cual repercute en la sociedad, pues tales documentos pueden ser mal utilizados por personas inescrupulosas, siendo necesario promulgar una reforma al Código de Notariado.

4.5. Legislación comparada sobre enmienda o reposición por pérdida o destrucción de una hoja de papel sellado especial para protocolo no utilizada

Tal como lo vimos en el capítulo III del presente trabajo, la legislación de otros países no hace mayor mención sobre la enmienda de protocolo, menos sobre la enmienda por pérdida o destrucción de una hoja de papel especial para protocolo no utilizada, pero en el tema de reposición, nos llama la atención el Código Notarial de Costa

Rica, que en su artículo 62 regula: "Reposición inmediata: Reportado el daño o extravío de **hojas no utilizadas** (el subrayado es mío), la Dirección Nacional de Notariado ordenará reponerlas. Lo comunicará al proveedor de especies fiscales para que le expenda, al notario, las hojas por reponer. La reposición se hará constar mediante razón que consignará en el volumen, el cual se le devolverá al notario.

Como se puede notar en esta norma, trata de la reposición por extravío o destrucción de **hojas no utilizadas**, no de protocolo únicamente, lo cual da certeza jurídica a la función notarial y regula un procedimiento para reponer dichas hojas, sin que se tenga que aplicar analógicamente otra norma legal.

La norma en cuestión me parece interesante, la cual debe ser introducida a nuestro ordenamiento notarial, mediante una reforma al Código de Notariado, toda vez que como quedó evidenciado, en Guatemala no fue contemplada la reposición por pérdida o destrucción de hojas no utilizadas

Además de lo anterior, es importante señalar que dicha legislación cuenta con lineamientos para la prestación y control del ejercicio y servicio notarial, dentro de estos, se encuentra establecido que el plazo para informar sobre el extravío, según dichos lineamientos es de 15 días a partir del momento en que se observa esa situación, a efecto de que se proceda a iniciar el proceso de reposición y el incumplimiento a esta disposición es sancionado con suspensión hasta por un mes, lo cual obliga al notario a realizar la reposición lo antes posible, lo cual no sucede en Guatemala, ya que al no regularse plazo

para informar sobre la destrucción o pérdida, muchos notarios no lo realizan y transcurren años sin que tramitan dicha reposición.

Otro aspecto de relevancia y que debe tomarse en cuenta es que en la notificación o aviso que el notario de al juez competente, ha de detallar los hechos ocurridos en relación con el extravío o la destrucción, incluyendo en su solicitud una declaración jurada en donde se indique que folio o folios no fueron utilizados.

En Costa Rica al notario no se le autoriza la compra de un nuevo tomo (en Guatemala lote de hojas), en el cual se reproducirá la razón de apertura con la aclaración de que con él se repone el tomo extraviado o deteriorado.

Ahora bien, que trámite usar para la reposición de hojas no utilizadas, suena también interesante la Directriz 2003-005; Diligencias de reposición de folios y tomos de Costa Rica, esta directriz establece dos procedimientos, uno respecto a la reposición de protocolo y el otro la reposición de hojas no utilizadas.

Como se señaló, el artículo 61 del Código Notarial de Costa Rica dispone el deber del notario de informar por escrito, en forma detallada y en un plazo máximo a la Dirección Notarial el extravío, destrucción, inutilización, sustracción o deterioro de su tomo de protocolo, ya sea cuando se requiera reponer la totalidad del protocolo o se esté en presencia de una reposición parcial, es decir de uno o varios folios del mismo, mediante los procedimientos señalados en dicha norma.

De igual manera se encuentra el procedimiento en caso de reposición de **folios no utilizados**, el notario además de la solicitud de reposición deberá presentar una declaración jurada en la cual indique cuál es el folio o folios que solicita reponer y que se encontraban sin utilizar, es decir que en los mismos no se autorizó instrumento alguno, aportando además una copia certificada del folio anterior y posterior al o los que se solicita reponer y copia certificada por el Departamento Archivo Notarial del Archivo Nacional, del índice donde se reportaron los instrumentos contenidos en éstos últimos.

En este tipo de reposiciones, al no existir instrumentos públicos que reponer, no se exigirá la publicación del aviso ya que la misma se realizará bajo responsabilidad del notario que afirma que se trata de folios no utilizados, igual procedimiento se seguirá en aquellos casos donde lo que se encontraba en el folio o folios que se solicita reponer, son textos de escrituras que no fueron autorizadas por el notario y fueron reportadas en el respectivo índice como CANCELADAS, al no existir instrumento público alguno que reponer. Lo anterior sin perjuicio de que si el fedatario, aportara copia de los folios a reponer o, el texto contenido en los mismos, se ordene su reposición. Este tipo de reposición, se hará constar en el volumen, mediante una razón.

4.6. Propuesta de solución

De acuerdo a lo analizado en el presente capítulo y tomando en cuenta que el Código de Notariado regula que únicamente se puede enmendar el protocolo cuando se incurriere en los errores de forma como lo es alterar la numeración cardinal de los instrumentos, la de la foliación o el orden de la serie, así como dejar una página en blanco

o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo, sin incluir la pérdida o destrucción de una hoja de papel especial para protocolo no utilizado y que al analizar la regulación sobre la reposición de protocolo, que regula la misma sólo en casos de pérdida, destrucción o deterioro del mismo, es decir de instrumentos públicos, actas de protocolización y documentos autorizados, sin incluir también las hojas no utilizadas, considero necesario y urgente insertar mediante una reforma al Código de Notariado una norma que permita reponer las hojas de papel especial de protocolo, cuando éstas se extravíen o se destruyen sin que sean utilizadas, al igual que los instrumentos públicos que no nacen a la vida jurídica por ser cancelados, toda vez que se ha podido comprobar que en la práctica cuando se pierde o extravía una hoja o un lote del papel de protocolo, no existe trámite para enmendarlo ni para reponerlo.

No es común la pérdida o destrucción de una hoja de papel especial para protocolo, menos de un lote, pero siendo el notario humano, corre el riesgo de dicha situación, y al no tener una salida legal, en muchas ocasiones se corren en arbitrariedades o negligencias que producen efectos jurídicos negativos a la sociedad que busca en ellos seguridad y certeza jurídica.

Como quedó señalado, al no contar con una regulación sobre el tema, se produce una incertidumbre con respecto a las hojas de protocolo que se puedan perder, extravíar o destruir, sin que hayan sido utilizadas, pues el Juez de Primera Instancia Civil rechaza la solicitud de enmienda y los demás órganos jurisdiccionales rechazan la solicitud de reposición, rechazo que como se ha venido analizando tiene razón de ser, pues la legislación no los faculta para enmendar o reponer las hojas no utilizadas, toda vez que la

regulación vigente establece que sólo se puede reponer el protocolo, lo cual deja en incertidumbre al notario que sufre dicha situación, pues no encuentra una salida legal que le permita resolver la problemática señalada.

Por la razón expuesta y tomando como referencia la legislación costarricense, soy del criterio que es imperativo y urgente introducir al Código de Notario una reforma con similitud a la legislación notarial del hermano país centroamericano, en tal sentido, como aporte a la problemática se plantea el siguiente proyecto de reforma al Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.

4.7. Proyecto de reforma del artículo 90 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República

DECRETO ____-2011

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común y que también tiene el deber de garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

CONSIDERANDO:

Que es necesario fortalecer la seguridad y certeza jurídica en el ejercicio del notariado, mediante un mejor control de las obligaciones de los notarios, para lo cual es conveniente introducir reformas y modificaciones a las disposiciones contenidas en el Código de Notariado, cuya aplicación está a cargo de la Corte Suprema de Justicia y del Archivo General de Protocolos.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA

La siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO DE NOTARIADO, DECRETO 314 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

ARTÍCULO 1: Se reforma el artículo 90 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, el cual queda así:

Artículo 90: El notario, al enterarse de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, sea total o parcial, o de una hoja de papel especial para protocolo no utilizada, dará aviso al Juez de Primera Instancia Penal de su domicilio para los efectos de la reposición, en un

plazo máximo de 15 días. Las personas que, según el Código de Procedimientos Penales, pueden denunciar un delito público, tienen también derecho de poner en conocimiento del juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo.

ARTÍCULO 2: Se adiciona el artículo 91 bis al Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, el cual queda así:

Artículo 91 Bis: Si la reposición se tratare de hojas de papel especial para protocolo no utilizadas, reportado el daño o extravío al juez competente, previo declaración jurada del notario de no haberse utilizado las hojas, ordenará reponerlas, lo comunicará al proveedor de especies fiscales para que le expendan al notario las hojas por reponer. La reposición se hará constar mediante acta faccionada por el juez respectivo, la cual deberá agregarse como atestado al protocolo.

ARTÍCULO 3. Vigencia. La presente ley entrara en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS VEINTE DIAS DEL MES DE JULIO DEL DOS MIL ONCE.

PRESIDENTE

SECRETARIO

SECRETARIO

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

CONCLUSIONES

1. El notario es el funcionario público investido de fe pública, para hacer constar negocios jurídicos, declaraciones de voluntad, hechos que presencie y circunstancias que le consten, redactando el instrumento público adecuado para ese fin, propiciando así la seguridad jurídica, pero esta no se cumple al no existir un procedimiento específico para la reposición de una hoja de papel sellado especial para protocolo por pérdida, destrucción o robo.
2. El protocolo es un instrumento habilitado por el Estado en el cual se registran escrituras matrices, actas de protocolización y razones de legalización de firma, instrumentos públicos que deben ser redactados en hojas de papel sellado especial para protocolo como requisito esencial, cumpliendo así con los principios notariales de publicidad, autenticidad y perdurabilidad.
3. El Código de Notariado estipula procedimientos específicos para subsanar errores, como lo son errores de forma dentro del protocolo a través de la enmienda; de igual forma regula la reposición en el caso de pérdida o destrucción del protocolo, pero en el caso de pérdida, destrucción o robo de una hoja de papel sellado especial para protocolo no utilizada, actualmente no existe un procedimiento concreto que enmiende dicha situación.
4. De conformidad con la ley, únicamente se puede enmendar y reponer el protocolo notarial, es decir aquellos instrumentos públicos debidamente autorizados y

cancelados por el notario y que forman parte del protocolo, excluyendo cualquier enmienda o reposición de una hoja de papel sellado para protocolo no utilizada, cuando ésta se pierda o destruya.

5. Actualmente la ley no contempla la reposición de una hoja de papel sellado especial para protocolo no utilizada, por pérdida, destrucción, robo y hurto del mismo, produciéndose con ello una incertidumbre jurídica.

RECOMENDACIONES

1. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debe velar mediante supervisiones constantes para que los notarios cumplan con su función autenticadora, así mismo debe de promover procedimientos que garanticen un mejor control sobre la actividad notarial, con el objeto de darle una mayor certeza jurídica a los instrumentos públicos que se autorizan.
2. El Archivo General de Protocolos debe crear los mecanismos y medios digitales que respalden la existencia de lotes de hojas de papel sellado especial para protocolo para garantizar la conservación, la perdurabilidad, autenticidad y publicidad de los instrumentos autorizados por el notario,
3. El Congreso de la República, debe hacer un análisis del Código de Notariado y determinar la necesidad de plantear una reforma al mismo, a efecto de incluir dentro del trámite de la enmienda o reposición de protocolo, la pérdida o destrucción de una hoja de papel sellado especial para protocolo no utilizada.
4. El Congreso de la República debe reformar el Código de Notariado en el sentido de regular la reposición de hojas de papel especial para protocolo no utilizadas, mediante un trámite sencillo, beneficiando tanto al notario en el ejercicio de la profesión, como a la población que solicite sus servicios profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**. 10ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa. 2001.
- BARRAGÁN, Alfonso M. **Manual de derecho notarial**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis. 1979.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix. 1998.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. México: Ed. Porrúa, S.A. 1988.
- CASONA, Armando N. **Los recursos administrativos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma. 1996.
- CHACÓN, Mauro y Montero Aroca, Juan. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Magna Terra. 2002.
- Definición aprobada en el primer congreso de Notariado, Buenos Aires, Argentina: 1948.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. 2ª. ed. Pamplona, España: Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1976.
- FERNÁNDEZ CASADO, Miguel. **Tratado de notaria**. Madrid, España. (s.e.) 1995.
- FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo Pérez. **Derecho notarial**. 2ª. ed. México, Ed. Porrúa. 1983.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Política y constitución en guatemala**. Guatemala: Ed. Publicación de la Procuraduría de los Derechos Humanos. 1994.
- GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Desalma. 1997.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. **Teoría general del proceso**. 8ª. ed. México: Ed. Harla. 1990.
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley. 1971.
- MICHELI GIAN, Antonio. **Curso de derecho procesal civil**. Vol. 2 Buenos Aires, Argentina: Ed. EJE. 1970.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 8ª. ed. Guatemala: Ed. Fenix. 2001.

NERI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones de Palma. 1980.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. Guatemala: Ed. Orellana, Alonso & Asociados. 2005.

OROZCO PAZ, Javier Cesar. **Inspección y revisión del protocolo de notario en la cabecera departamental de Chimaltenango en el año 1996**. Tesis de Licenciatura. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2001.

OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. México: Ed. Oxford. 2004.

Portal de Internet del Organismo Judicial www.oj.gob.gt

Real Academia de la Lengua Española © 2005 Espasa-Calpe, Versión electrónica

SALAS, Oscar. **Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá**. Costa Rica, C.A. Editorial Costa Rica. (s.f.)

Vázquez Alonso, Nicolás. Portal de Internet de la notaría de Puebla, México. www.geocities.com/notaria3puebla

www.monografias.com/trabajos71/derecho-notarial/derecho-notarial

www.ulatina.ac.cr/~chrquepo/derechonotarial/direccionnacionaldenotariado/directriz2003-005-diligencias_dereposiciondefoliosytomos.htm

www.elprisma.com/apuntes/derecho/derechonotarial/

www.gestiopolis.com/economia-2/historia-del-derecho-notarial.htm

Legislación

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

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

Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de gobierno, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto ley 107 del jefe de gobierno, 1963.

Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, 1961.

Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, 1970.

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, 1973.

Decreto Ley 113-83 Reformas al Código de Notariado, 1983.

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

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

Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, 1992.

Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, Decreto 72-2001 del Congreso de la República, 2001.