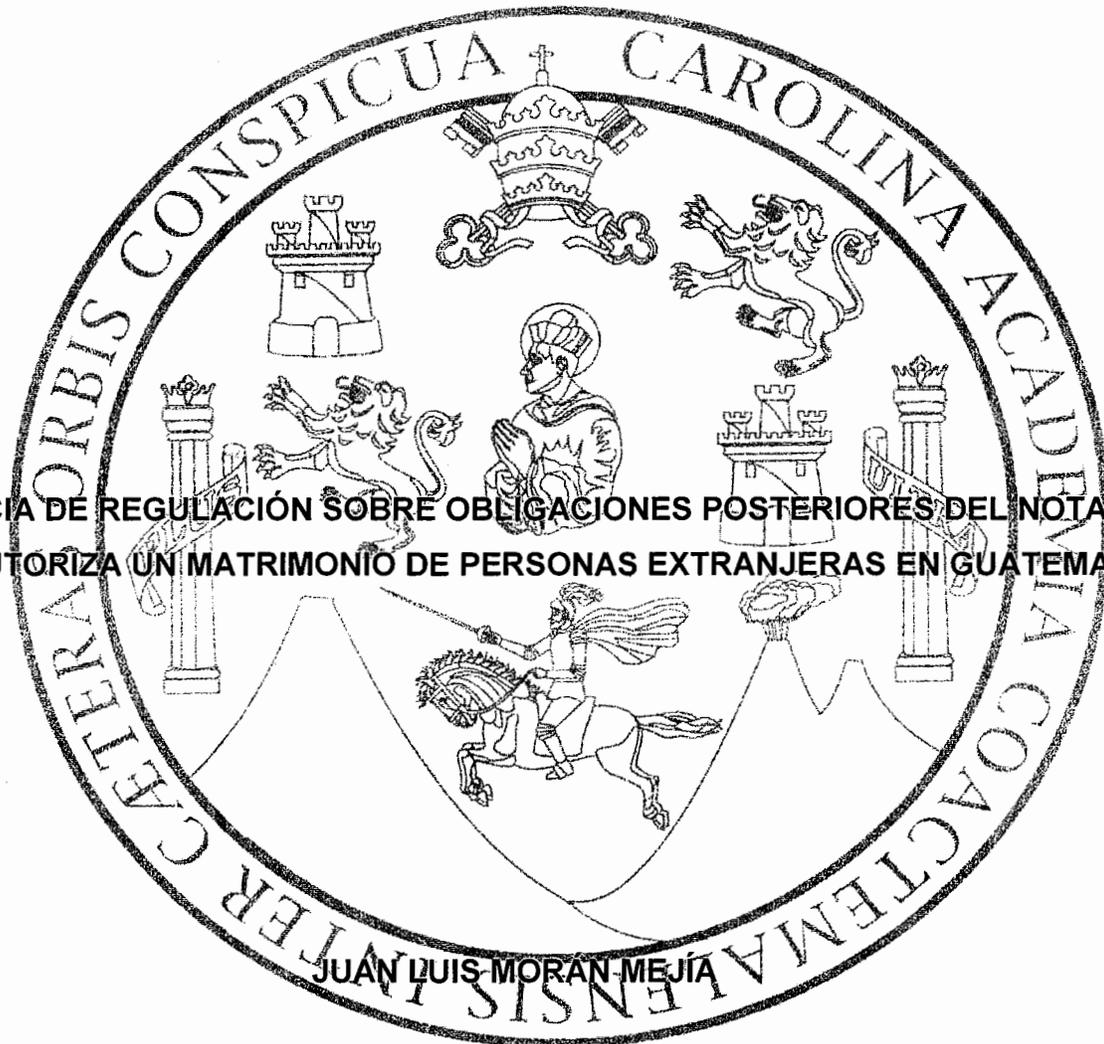


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO
QUE AUTORIZA UN MATRIMONIO DE PERSONAS EXTRANJERAS EN GUATEMALA**

JUAN LUIS MORAN MEJIA

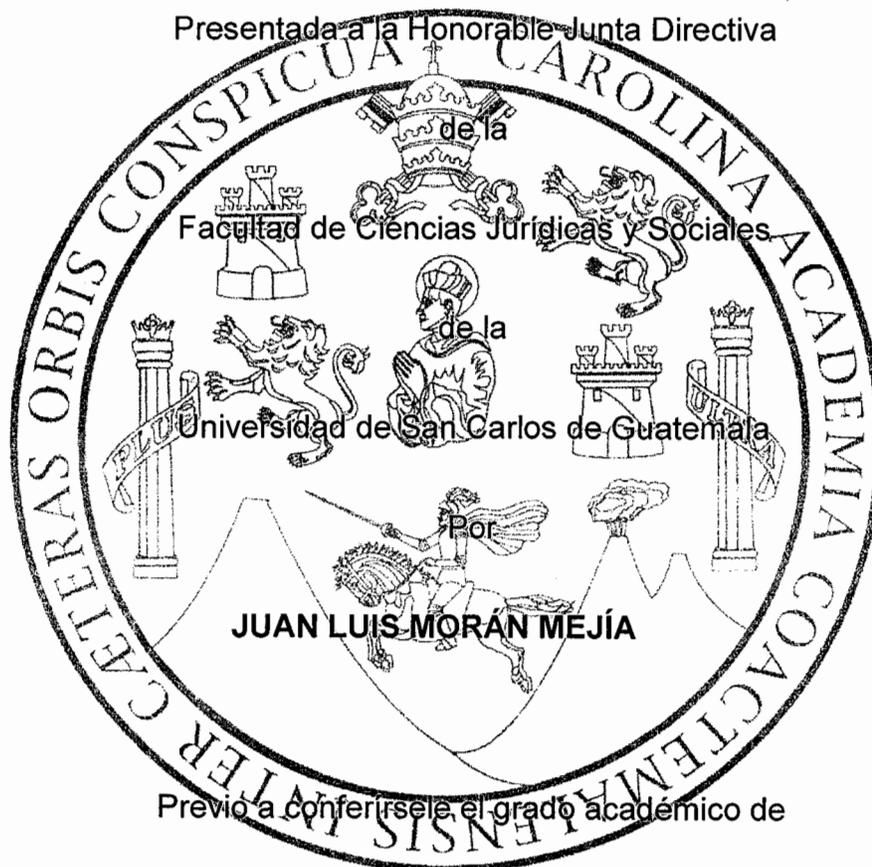
GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

**AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO
QUE AUTORIZA UN MATRIMONIO DE PERSONAS EXTRANJERAS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva



JUAN LUIS MORÁN MEJÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÒ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Edma Mariflor Irungaray
Vocal: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Secretario: Lic. Héctor Guevara

Segunda Fase:

Presidente: Lic. José Luis Portillo
Vocal: Licda. Carmen Patricia Muñoz
Secretario: Lic. Edwin Giovanni Castro

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).

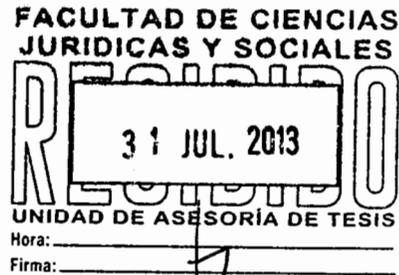
LIC. MANUEL ANTONIO LEON ABOGADO Y NOTARIO

8va. Avenida 15-70, Zona 1. Guatemala



Guatemala, 26 de julio de 2013

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castro Monroy:

En atención a la providencia de la Unidad de Asesoría de Tesis, se me nombró Asesor de Tesis del Bachiller **JUAN LUIS MORÁN MEJÍA**, carné 200821683, quién elaboró el trabajo de tesis intitulado: **AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO QUE AUTORIZA UN MATRIMONIO DE PERSONAS EXTRANJERAS EN GUATEMALA**, habiendo asesorado el trabajo recomendado, me permito hacer de su conocimiento que considero adecuado el contenido y la forma de la tesis a partir de lo siguiente:

a) **Contenido científico y técnico de la tesis:** Vale la pena mencionar, que la investigación no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación de teorías, análisis y aportes, tanto de orden legal como académica, por lo que su contenido científico y técnico es satisfactorio, ya que logra a través de él, comprobar el supuesto en el que basó su investigación.

b) **Enfoque metodológico:** al momento de realizar la revisión, he podido darme cuenta de la diversidad de métodos que fueron utilizados por el bachiller; evidenció en todo el capitulo la utilización del método lógico deductivo, pude observar también algo de metodología dialéctica, debido a que el fenómeno estudiado, describe un constante cambio y desarrollo con el correr de los años.

LIC. MANUEL ANTONIO LEON ABOGADO Y NOTARIO

8va. Avenida 15-70, Zona 1. Guatemala



c) **La redacción:** en el desarrollo del trabajo se demostró conocimiento y dominio de las normas de ortografía y redacción; es evidente también la emisión de sus propios comentarios, los cuales indudablemente dejan de manifiesto el interés de comprobar los supuestos de la investigación.

d) **Conclusiones y recomendaciones:** en cuanto a las investigaciones que a lo largo del trabajo realizo el bachiller concluyo en las razones por las cuales considera que es necesario establecer obligaciones posteriores al notario que autoriza un matrimonio en el que interviene una persona extranjera.

e) **Contribución científica:** La investigación, provee una serie de elementos relacionados con la temática de los conflictos, se estima que el tema es de mucha relevancia nacional, pues busca la medida para promover una mayor protección al matrimonio y a la familia.

f) **Bibliografía:** considero que la bibliografía utilizada en la elaboración del presente trabajo es específica, concreta y actualizada, lo cual proveyó a la investigación un carácter muy formal.

Por las razones mencionadas, considero que el trabajo de tesis de el bachiller **JUAN LUIS MORÁN MEJÍA** cumple con todo lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y emito Dictamen Favorable, por lo que recomiendo se continúe con el trámite establecido de conformidad con la ley.

Atentamente,

LIC. MANUEL ANTONIO LEON
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Manuel Antonio León
Colegiado: 4,633



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

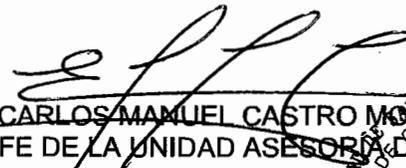
Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 01 de agosto de 2013.

Atentamente, pase a el LICENCIADO EDGAR ORLANDO NAJARRO VÁSQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante JUAN LUIS MORÁN MEJÍA, intitulado: "AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO QUE AUTORIZA UN MATRIMONIO DE PERSONAS EXTRANJERAS EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir 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, el cual establece: "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
SUBJEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/iyf.



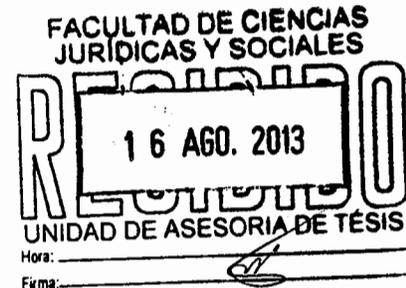
LIC. EDGAR ORLANDO NAJARRO VÁSQUEZ

ABOGADO Y NOTARIO

7av. 7-78 Zona 4, Of. 903, Edif. Centroamericano

Guatemala, 16 de agosto de 2013

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castro Monroy:

En atención a la providencia de la Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha uno de agosto de dos mil trece se me nombró Revisor de Tesis del Bachiller **JUAN LUIS MORÁN MEJÍA**, por lo que emito el dictamen siguiente:

- 1- **Del título de la investigación:** El estudiante Juan Luis Morán Mejía sometió a mi consideración la tesis intitulada "AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO QUE AUTORIZA UN MATRIMONIO DE PERSONAS EXTRANJERAS EN GUATEMALA", para la revisión respectiva. Examinando el tema se llegó a la conclusión tanto del suscrito como del estudiante, que se debe dejar el nombre propuesto al tema, por encontrarlo adecuado al plan de investigación.
- 2- **Opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis:** De la revisión practicada al trabajo de tesis relacionado, se puede extraer que el mismo cumple 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, relativos al contenido científico y técnico de la tesis, en virtud que el presente trabajo llena las expectativas deseadas y exigidas por dicho normativo, al haberse utilizado dichos aspectos al desarrollarse la investigación del caso.
- 3- **Respecto de la metodología y técnicas de investigación utilizadas:** Para el desarrollo del presente trabajo se utilizaron métodos y técnicas, adecuadas para este tipo de investigación, siendo estos: analítico y deductivo y así como técnicas bibliográficas y documental, para la indagación respectiva.

LIC. EDGAR ORLANDO NAJARRO VÁSQUEZ

ABOGADO Y NOTARIO

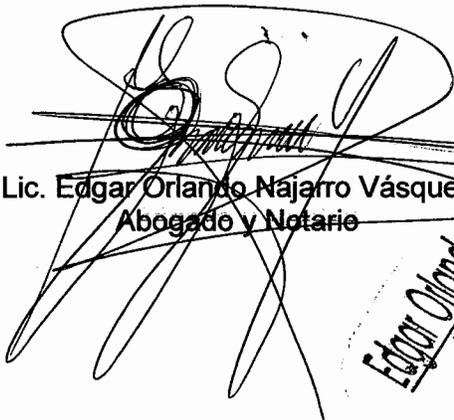


7av. 7-78 Zona 4, Of. 903, Edif. Centroamericano

- 4- **De la redacción utilizada:** Se observó que en toda la tesis se utilizaron y emplearon técnicas de redacción, ortografía y gramática adecuadas para este tipo de trabajos, así como fondo y forma según lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española.
- 5- **Respecto de la contribución científica:** Se puede observar que el trabajo desarrollado, observa el contenido científico que para este tipo de actividad se requiere, pues del estudio de todo el contexto se puede apreciar la importancia que posee.
- 6- **De las conclusiones y recomendaciones:** Se pudo establecer que el estudiante, hizo hallazgos dentro de su investigación, que a mi consideración son adecuados y que las recomendaciones y conclusiones, son congruentes con el trabajo realizado.
- 7- **De la bibliografía utilizada:** Finalmente se constató que en el desarrollo y culminación del informe final de la tesis, se utilizó doctrina de autores nacionales y extranjeros, así como que analiza legislación interna y de otros países, para el estudio del derecho comparado, por lo que a mi criterio son adecuados.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito revisor, derivadas del examen del trabajo en los términos anteriormente expuestos e individualizados y por las razones ya expresadas, 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, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis relacionado, realizado por el estudiante Juan Luis Morán Mejía y en consecuencia darse la opinión que el mismo se merece, debiendo continuar su trámite administrativo legal correspondiente, a efecto se emita la orden de impresión y se señale día y hora para la discusión en el correspondiente examen público. En tal virtud emito mi **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Atentamente,


Lic. Edgar Orlando Najarro Vásquez
Abogado y Notario

Edgar Orlando Najarro Vásquez
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JUAN LUIS MORÁN MEJÍA, titulado AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO QUE AUTORIZA UN MATRIMONIO DE PERSONAS EXTRANJERAS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/tyr.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque sin Él nada sería posible, por darme la vida, la fuerza y la sabiduría necesaria para alcanzar una meta más.
- A MIS PADRES:** Juan Luis Morán González y Blanca Alicia Mejía Marín, por su apoyo y amor incondicional, por darme un ejemplo de rectitud, honradez y superación. Los amo.
- A MIS HERMANOS:** Luis Emanuel, Luis Alberto, Aliss Noemí y Luis Eduardo, por todo su apoyo y amor.
- A MIS ABUELOS:** Luis Amadeo Morán Catalán, Candelaria González, Marina Marín, por su cariño, consejos y oraciones.
- A LAS FAMILIAS:** Pérez Morán, Ávila Pérez y Gallo Miranda por su cariño y apoyo incondicional.
- A MIS TÍOS Y
TÍAS:**
- A MIS PRIMOS Y
PRIMAS:**



A: Mis amigos que a lo largo de mi carrera me han brindado su amistad y apoyo incondicional, en especial. A Madelin Pamela Nájera Hernández, Donovan Gabriel Alejandro Sinay López, Daniel Enrique Gallo Miranda, Edgar Alfredo López Aroche y Dayra Marinova Monterroso González.

A: El personal docente y administrativo de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

EN ESPECIAL: A la gloriosa y tricenteraria Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme albergado en sus aulas, hasta convertirme en un nuevo profesional del Derecho.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho notarial.....	1
1.1 Definición	1
1.2 Evolución histórica	2
1.3 Derecho notarial en Guatemala.....	8
1.4 Fuentes del derecho notarial.....	14
1.5 Naturaleza jurídica.....	15
1.6 Características del derecho notarial	15
1.7 Elementos del derecho notarial.....	16
1.8 Autonomía del derecho notarial.....	16
CAPÍTULO II	
2. Notario.....	19
2.1 Definición.....	19
2.2 Requisitos para ejercer el notariado	20
2.3 Fe pública notarial.....	22
2.4 Sistemas notariales.....	23
2.4.1 Sistema latino	24
2.4.2 Sistema sajón.....	25
2.4.3 Diferencias entre notario latino y notario sajón.....	26
2.5 Facultades del notario.....	27



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Función notarial.....	29
3.1 Definición.....	29
3.2 Teorías que explican la naturaleza de la función notarial.....	30
3.2.1 Teoría funcionarista.....	30
3.2.2 Teoría profesionalista.....	31
3.2.3 Teoría ecléctica.....	31
3.2.4 Teoría autonomista.....	32
3.3 Formas de ejercer el notariado.....	32
3.3.1 Como actividad del Estado.....	32
3.3.2 Como ejercicio de una profesión liberal.....	33
3.3.3 Como un sistema mixto.....	33
3.4 Funciones que desarrolla el notario.....	34
3.4.1 Función receptiva.....	34
3.4.2 Función directiva o asesora	35
3.4.3 Función legitimadora.....	35
3.4.4 Función modeladora.....	35
3.4.5 Función preventiva	36
3.4.6 Función autenticadora.....	36
3.5 Finalidad de la función notarial.....	37
3.6 La imparcialidad.....	38



CAPÍTULO IV

	Pág.
4. El matrimonio.....	41
4.1 Definición.....	41
4.2 Teorías sobre el matrimonio.....	42
4.2.1 Como un contrato.....	42
4.2.2 Como una institución.....	43
4.2.3 Como un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo.....	43
4.3 Origen del matrimonio.....	44
4.4 Elementos.....	47
4.5 Consentimiento.....	48
4.6 La capacidad.....	49
4.6.1 Capacidad de goce.....	49
4.6.2 Capacidad de ejercicio.....	50
4.7 Fines del matrimonio.....	52

CAPÍTULO V

5. Clasificación del matrimonio.....	55
5.1 Matrimonio de personas mayores de edad	55
5.2 Matrimonio de personas menores de edad.....	56
5.2.1 La dispensa judicial.....	58
5.3 Matrimonio por mandato.....	59



Pág.

5.4 Matrimonio de militares.....	61
5.5 Matrimonio en artículo de muerte.....	62
5.6 Matrimonio de personas extranjeras.....	62
5.7 Matrimonio de personas que han estado casadas.....	64
5.7.1 Formas de acreditar el estado de soltería.....	64

CAPÍTULO VI

6. Ausencia de obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras	67
6.1 Matrimonio de extranjeros autorizado en Guatemala.....	68
6.2 Obligaciones y requisitos previos a la autorización de matrimonio y la inscripción del matrimonio en el territorio guatemalteco.....	70
6.3 Consecuencias jurídicas del matrimonio de un extranjero en Guatemala.....	73
6.4 Necesidad de regular obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras.....	76
6.5 Necesidad de regular una sanción al notario que incumpla con la obligación propuesta.....	79
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación titulado “Ausencia de regulación sobre obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras en Guatemala” se elabora con el objeto de realizar un estudio del notario como profesional del derecho y la participación que tiene al momento de autorizar un matrimonio, en especial un matrimonio en el que intervienen personas extranjeras.

El matrimonio es una institución social, reconocida dentro de la norma legal guatemalteca, el Estado se organiza para proteger a la familia, por ende para la protección del matrimonio siendo este una fuente de la familia.

En relación a la hipótesis planteada, durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, se infiere que se cumple, ya que se comprobó que en efecto la ley no establece obligaciones posteriores al notario cuando autoriza un matrimonio en el que intervienen personas extranjeras.

Los objetivos establecieron y determinaron la importancia de llegar a una modificación del ordenamiento jurídico, para regular obligaciones posteriores por parte del notario al autorizar un matrimonio de personas extranjeras en Guatemala, brindando una mayor protección al matrimonio como institución y por ende a la familia.

En el desarrollo del presente trabajo de investigación se utilizaron diferentes métodos de investigación tales como el método analítico, para determinar la necesidad de regular obligaciones al notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras en Guatemala, así como el método deductivo; siguiendo la técnica bibliográfica.



Para una mayor comprensión, el trabajo ha sido dividido en capítulos. En el primero se establece lo relativo al derecho notarial, desde su definición hasta sus avances históricos.

El segundo capítulo desarrolla lo relativo al notario como profesional del derecho, así como los requisitos que este debe satisfacer para obtener el título facultativo y ejercer la profesión.

En el tercer capítulo se estudia la función notarial, es decir todas las actividades que el notario desarrolla en el cumplimiento de su cometido, desarrollando las diferentes clases de función que efectúa.

En el cuarto capítulo se desarrolla una clasificación del matrimonio, constando diferentes clases de matrimonio, sus características y requisitos para autorizarlos.

Finalmente en el sexto capítulo se establece la ausencia de obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras en Guatemala, realizando una propuesta de regulación de obligaciones posteriores, así como la regulación de sanciones al notario que incumpla con dichas obligaciones propuestas.



CAPÍTULO I

1. Derecho Notarial

1.1 Definición

Para empezar a conocer sobre el tema es importante tratar sobre lo que es el concepto de derecho notarial o derecho notariado en cualquiera de sus acepciones, es importante profundizar para lograr un conocimiento integral del tema que se trata. El derecho notarial para el autor Oscar Salas: “El derecho Notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”

Enrique Giménez Arnau, define: “Es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”¹

La definición anterior fue modificada por Oscar Salas, quien indica: “El derecho notarial puede ser definido por el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”

En el Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino, que fue celebrado en París, Francia en 1954, se estableció:

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

¹ Giménez Arnau, Enrique. *Derecho notarial*, pág. 30

El Derecho Notarial, también, regula y estudia las funciones notariales, responsabilidad notarial, procesos notariales, instrumentos públicos notariales protocolares e instrumentos notariales extra protocolares².

1.2 Evolución histórica

En el presente apartado se pretende abarcar de forma simple, integra y completa la evolución de esta rama del derecho, el derecho notariado ha sido vital para la convivencia de la sociedad desde hace mucho tiempo, y si bien no se le llamaba “derecho notarial” existen antecedentes vitales para esta rama.

El notariado en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos.

Los notarios en la antigüedad no eran conocidos con ese nombre, sino por el de escribas. La función del notario tuvo gran relevancia principalmente en dos pueblos, el hebreo y el egipcio; que era en donde se les conocía con el nombre de escribas. Por lo general, los reyes y funcionarios públicos del pueblo hebreo no sabían leer y escribir, es por esta razón que se auxiliaban de los escribas para realizar sus funciones. Esta función fue colocándose paulatinamente dentro de las funciones de la administración pública de ese pueblo, lo cual es el antecedente más remoto de las funciones notariales que conocemos actualmente.

² Derecho notarial (Perú), <http://www.monografias.com/trabajos57/derecho-notarial-peru/derecho-notarial-peru.shtml#xdefin>. Consultado el 05 de abril de 2013. 16:30

En el pueblo hebreo se conocieron varias clases de escribas, de los que suele afirmarse que ejercían fe pública, sin embargo, no la ejercían de propia autoridad, sino que esta dependía de la persona de quien el escriba dependía.

Tal parece que la razón principal por la cual eran requeridos sus servicios era por sus conocimientos caligráficos, por tal razón no se considera al escriba hebreo como un verdadero notario. En estricto sentido, lo que daba eficacia a los actos era el testimonio que realizaban los escribas.

Lo anterior nos hace ver que las funciones fundamentales del escriba y el notario actual tienen gran parecido, ya que ambos redactan actos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización en que viven les permite.

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 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 de manera correcta los contratos; pero estos se auxiliaban a su vez del magistrado, el cual autenticaba los actos que realizaba el escriba sacerdote, lo hacía a través de la imposición del sello del magistrado, en virtud de lo cual el documento que era hasta entonces privado, se le daba el carácter de público.

Debido a que el papiro egipcio es lo más parecido a nuestro papel; más aún que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, se considera como el antecedente más antiguo de la forma de nuestros documentos.

En Grecia la función notarial predominó sobre la registradora, a diferencia de lo que sucedía en Roma, en Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para las convenciones internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, los cuales tenían diferentes denominaciones, las cuales eran: Apógraphos o Singraphos, a veces eran llamados Mnemones o Promnemones, todos estos nombres eran alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.

Los Singraphos eran considerados como verdaderos notarios, cuya principal función consistía en llevar un registro público.

Estos sujetos eran muy comunes en la ciudad de Atenas, en la cual no se otorgaba contrato alguno si no se inscribía en Registro Público llevado por ellos. Cada tribu contaba con dos de ellos, los cuales estaban más circunscritos a la familia o gentilicio y gozaban de grandes consideraciones y honores.

Los Mnemon, Promnemon, quienes también son conocidos con el nombre de Sympromnemon, eran considerados como los representantes directos de los precedentes griegos del notario; ya que eran estos quienes se encargaban de formalizar y registrar los tratos y documentos públicos, así como las convenciones y contratos privados.

El pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere, a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, en el cual se basa nuestro derecho actual. Tan es así, que los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia expresado por Ulpiano, que para la materia que estamos estudiando es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde por derecho.

El Maestro Rafael Preciado Hernández en su obra explica el dar a cada quien lo suyo como un valor intrínseco a la persona, estableciendo lo siguiente:

"y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe de acuerdo con su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo; pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo excluye toda discriminación en el trato a nuestros semejantes, sin razón objetiva suficiente".

Las funciones notariales en su origen romano carecían de la facultad de autenticación, al amparo del poder del imperio que se confiere al Pretor. A lo largo de la existencia del Derecho Romano hubo una multitud de personas a quienes de modo parcial estuvo encomendada la función notarial.

En Roma la función notarial estuvo atribuida y dispersa a multitud de oficiales públicos y privados, pero sin que todas las atribuciones de estas personas se reunieran en una sola. Se conocen cuatro personas que eran los más característicos de la antigua Roma y ejercían funciones del tipo notarial, y eran el escriba, el notarri, el tabularius y el tabellio.

Sin embargo el Maestro Giménez Arnau se refiere a diversos autores quienes hablan de personas conocidas como tabellio, cursor, amanuensiis, cognitor, acturarius, axeptor, logographis, numerarius, entre otros.

A la caída del Imperio Romano de Occidente, los pueblos bárbaros que la provocaron, no representaron ningún progreso ni aportaron ideas en el aspecto jurídico, por el contrario, no hay nada que establezca que entre la caída del Imperio Romano y los pueblos bárbaros se hubiera dado un progreso en este aspecto, y por consiguiente con relación a la materia notarial. Al darse la invasión de los bárbaros al Imperio Romano se logró la caída del mismo, y las instituciones jurídicas que funcionaban en Roma y que estaban en pleno desarrollo, fueron también invadidas por aquellas ideas que correspondían a un periodo incipiente de otra nueva civilización que eran los bárbaros.

En esta época no hay certidumbre sobre la historia del Notariado, pero se sabe que en la mayoría de los países europeos se produce un ambiente social encaminado a que los escribanos refuercen su papel en cuanto a la confianza que se les otorgaba. La carta notarial, así como las facultades del notario se van desarrollando paulatinamente a través de la historia; de otro modo no sería posible explicar que en el siglo XIII aparezca como representante de la fe pública y su intervención dé autenticidad a los documentos

Diversos historiadores, en base a estudios realizados comentan que se distinguen seis periodos en España en donde se da el nacimiento y la evolución del notariado. Según Otero y Valentín el primer periodo comprende desde la independencia de Roma hasta principios del siglo XIII.



En el año 600 surgen las 46 fórmulas visigóticas, que pertenecían al Primer periodo.

Estas fórmulas establecían cuáles eran los órganos necesarios para la formación de instrumentos públicos: los otorgantes y los testigos presenciales, que podían ser hasta doce. El escriba presenciaba, confirmaba y juraba en derecho lo cual implicaba un principio de fe pública, ya que el juramento solo se otorgaba para que la afirmación fuera creída por aquellos quienes no la escuchaban o no estaban presentes.

A partir de la Escuela de Bolonia, el notario queda perfilado definitivamente como jurista.

Es cierto que después vienen épocas de corrupción y que el funesto sistema de la enajenación de oficios dio lugar a que la profesión perdiera prestigio y categoría. Con todo, los verdaderos notarios se mantuvieron más cerca de su línea tradicional. Con relación a estos notarios, ha escrito De Castro, que el notario o escribano público fue considerado siempre como oficio de honor, a diferencia del escribano judicial víctima de la general sátira.

La Revolución Francesa, al acabar con el sistema funesto de los oficios enajenados, vuelven las cosas a su ser. A partir de la Ley de 25 Ventosa del año XI de la Revolución, el notario europeo recupera las calidades que transitoriamente había perdido. En España la Ley Orgánica del 28 de mayo de 1862, sienta las bases sobre las que hoy se asienta la profesión notarial y gracias a ella, el notariado español ha recuperado su prestigio y se ha colocado a la cabeza de los notariados modernos, según se reconoce con unanimidad. Inevitablemente la decadencia durante los siglos XVII y XVIII del notariado en España, tenía que repercutir sobre su imperio de ultramar, casi desde su nacimiento hasta la emancipación de los países hispanoamericanos.



Por fortuna la mayor parte de ellos han sabido superar la época de crisis, y también algunos notariados hermanos son honra y prestigio de la unión internacional.

1.3 Derecho notarial en Guatemala

En Guatemala en la Época Colonial al fundarse la ciudad de Santiago de Guatemala y en la Reunión del Primer Cabildo que tuvo lugar el 27 de julio de 1524, se faccionó la primera acta, actuando como primer escribano Alonso de Reguera. El nombramiento, recepción y admisión del Escribano Público, lo hacía el Cabildo. El trabajo del escribano público era en función de los contratos y las actuaciones judiciales, la colegiación de abogados y escribanos se dispuso en el Decreto Legislativo No. 81 del 23 de diciembre de 1851, que encargó su organización a la Corte Suprema de Justicia. Se creó la Ley de Notariado en la época de la Reforma Liberal (1877) junto al Código Civil, al de Procedimientos Civiles y la Ley General de Instrucción Pública.

Posiblemente los primeros vestigios de historia escrita, los encontramos en El Popul Vuh, también conocido con los nombres de Manuscritos de Chichicastenango, Biblia Quiche y el Libro Sagrado, demostración de que tenemos un patrimonio cultural valiosísimo.

Escribe Jorge Luján Muñoz: “Es casi seguro que la fundación de la ciudad de Santiago de Guatemala y la reunión del primer cabildo tuvieron lugar el día 27 de julio de 1524. En esta primera acta de cabildo aparece actuando el primer Escribano “Alonso de Reguera”. Tanto Reguera, como todos los miembros del cabildo, fueron nombrados por Pedro de Alvarado en su calidad de teniente gobernador y capitán general de don Fernando Cortés”.



“Alonso de Reguera continuó en el cargo hasta enero de 1529, pero mientras tanto sabemos que hubo otros escribanos, llamados públicos de la ciudad.” Se menciona a Juan Páez y a Rodrigo Díaz.

Resume el autor aludido: a) El escribano de cabildo no ejercía como escribano público; b) Sólo había un escribano público en la ciudad, en caso de ausencia debían nombrar otro; c) El nombramiento, recepción y admisión del escribano público lo hacía el cabildo.

El 28 de septiembre de 1528 se nombró otro escribano público, a Antón de Morales por Pedro de Alvarado, quien era Teniente Gobernador y Capitán General. “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.”

Continúa refiriendo Luján Muñoz: El 16 de Agosto de 1542 se expide real cédula aprobando el nombramiento del nuevo escribano de cabildo de Santiago de Guatemala, Juan de León. El siguiente escribano de cabildo fue Juan Vázquez Farinas, y luego por su ausencia fue nombrado Juan Méndez de Osorio el 26 de agosto de 1544.”. El autor expresa: En resumen, la etapa formativa del notariado en la ciudad de Guatemala repite las características básicas con que se dio el inicio de la profesión en otras regiones indianas. Los nombramientos los hace el cabildo o el gobernador de la provincia, siempre sujetos a la ulterior decisión real.



A pesar de lo pequeño de la naciente ciudad (un máximo de 150 vecinos) los escribanos tenían suficiente trabajo e ingresos. El de cabildo, gracias al registro de vecinos y el otorgamiento de solares y terrenos; y los públicos con las probanzas, contratos y actuaciones judiciales. Por otro lado, ya se detecta cierta acumulación de cargos (que luego va a ser tan notoria), pues el escribano de cabildo actúa en algunos casos también como público.

Mientras no existió audiencia en Guatemala, los exámenes de escribanos proveídos por el rey, debieron realizarse ante la de México. Con la llegada de los primeros escribanos con merced real, aunque al principio fuese por medio de diputados o tenientes que ejercían un cargo que se había otorgado a algún cortesano, se afirma la facultad del monarca para proveer estos cargos; lo cual poco a poco se fue ratificando, especialmente luego del establecimiento de la Audiencia de los Confines.

Por su parte el autor Oscar Salas, expone que: “el notario guatemalteco es el más antiguo en Centroamérica, ya que en 1543 aparece el escribano don Juan de León, cartulando en la ciudad de Santiago de Guatemala, como entonces se llamaba, pero además de antiguo le cabe el honor de haber mantenido desde el nacimiento mismo del Estado, las exigencias más rigurosas para su ingreso, siendo necesario el examen y recibimiento.

En primer lugar, el aspirante debía ocurrir a la municipalidad para que se le instruyeran las diligencias correspondientes, tras lo cual pasaba el expediente al jefe departamental quien, por sí mismo, y con citación y audiencia del síndico, debía seguir una información de siete testigos entre los vecinos de mejor nota por su probidad.

Estos vecinos eran examinados acerca del conocimiento que tenían del candidato, su moralidad, desinterés, rectitud y otras varias virtudes políticas que lo hagan acreedor a la confianza pública. El candidato debía probar, además ser ciudadano mayor de edad, en el goce de sus derechos civiles, con arraigo en el Estado y medios conocidos de subsistir.

Concluida esta prueba se pasaba de nuevo el expediente a la municipalidad que daría vista al síndico y con su impedimento y circunspecto análisis del expediente, acordaba su resolución con las dos terceras partes de los votos.

En el caso de obtener resolución favorable se pasaba ésta al Supremo Gobierno para la concesión del cargo.

Solamente entonces pasaba a la Corte Superior donde debía el aspirante presentar certificación de haber estudiado ortografía y gramática castellana, haber sido examinado por los preceptores de la academia y merecido buena calificación y certificaciones juradas de haber practicado dos años con un escribano de los juzgados municipales y otro con escribanos de los de primera instancia.

Después de ello, sufría un examen sobre cartulación, requisitos de los instrumentos públicos, testamentos, actas dotales, donaciones, circunstancias y número de testigos, práctica de inventario, trámites judiciales, términos probatorios, concurso de acreedores, valor y uso de papel sellado con todo lo demás que se crea corresponder al oficio. Y se concluía estableciendo: Sin la forma y requisitos exigidos y establecidos por las leyes, nadie podrá recibirse de escribano, ni ejercer este oficio en el estado. (Decreto legislativo del 27 de noviembre de 1834).



Apenas tres meses después, el 24 de febrero de 1835, un Decreto de la Asamblea Legislativa aclaró que los catedráticos de gramática castellana no estaban obligados a presentar la certificación de haber estudiado y aprobado esa materia y la de ortografía.

De igual manera los Abogados que hubieren sido facultados ampliamente para ejercer todos los ramos de la abogacía no estaban obligados a presentar a la Corte de Justicia certificaciones de haber practicado con los escribanos a que aludía la ley anterior, ni a someterse al examen exigido en la misma.

La rigurosidad con que se efectuaban estos exámenes, aparece evidente en el auto acordado de la Suprema Corte de Justicia del 4 de marzo de 1846, contenido de disposiciones relativas a la integración del Tribunal de Examen por tres escribanos o abogados recibidos y dispuso que, sí el solicitante es reprobado, lo informen con reserva, instando al mismo solicitante para que continúe sus estudios y práctica por algún tiempo más.

Como podemos ver si terminó con la venta de oficios, y los que habían adquirido la escribanía por compra, debían ser indemnizados y ya no seguirla ejerciendo. Encontramos también en el Decreto Legislativo del 27 de agosto de 1835, la autorización para que los jueces de circuito pudieran cartular; dicho decreto fue ampliado o aclarado por otro, también de la Asamblea Legislativa, el día 8 de agosto de 1837, en que se estableció que los escribanos judiciales que habían cartulado podían seguirlo haciendo, así como también los secretarios de las cortes de distrito. Finalmente, el Decreto del 30 de marzo de 1854, prohíbe cartular a los escribanos que desempeñaran algún cargo público.



Con respecto a la colegiación Salas expresa: “La colegiación de Abogados y Escribanos, fue dispuesta por el Decreto Legislativo No. 81, del 23 de diciembre de 1851, que encargó su organización a la Corte Suprema de Justicia. La vigilancia de la actuación notarial no fue descuidada. Ya la ley del 28 de agosto de 1832 dispuso que se visitaran los protocolos y, conforme a ella, la Corte Suprema, por acuerdo del 16 de marzo de 1852, ordenó a los jueces de primera instancia realizar tales visitas en los departamentos donde hubiera estos oficios y hacer que los mismos escribanos remitieran al propio Tribunal, dentro de los ocho primeros días del mes de enero, un testimonio del índice de los protocolos que hubieran autorizado del año anterior.”

En la historia del notario guatemalteco, ya hubo notariado de número, el motivo que lo impulsó fue: Darle la importancia debida, para que fuera desempeñado con pureza y rectitud. Así lo establece el Decreto 100 del 30 de marzo de 1854, que confirmó facultades al Presidente de la República para fijar el número de escribanos nacionales que reunieran los requisitos legales, él expendía el título y también podía recogerlo en caso de abuso. El Decreto mencionado limitó la competencia territorial al departamento de su domicilio, fuera del cual no podían cartular.

Vinculados al descubrimiento de América, se conocen algunos casos de notarios que de alguna manera intervinieron en el acontecimiento del descubrimiento y en las primeras manifestaciones de la conquista española. Un artículo publicado en la revista internacional del notario, indica que el primer hombre en ofrecerle su ayuda a Cristóbal Colón fue Don Luís de Santagel, funcionario de la corona de Aragón, que desempeño en 1481, el cargo de escribano de ración o jefe de la tesorería del rey Fernando Católico.



Sin embargo, a quien se señala como el primer notario de América fue Don Rodrigo de Escobedo, quien en ejercicio de sus funciones acompañó a Colón en su primer viaje y levantó una acta que da cuenta de la toma de posesión de la isla de Guanahani, en nombre de los Reyes, isla que el Almirante llamo San Salvador.

El primer documento notarial de América. El viernes 3 de agosto de 1492, cuando el futuro almirante de la mar, parte desde el puerto de palos de Moguer, en la carabela Santa María, capitaneada por el propio Cristóbal Colón, viene con Don Rodrigo de Escobedo, escribano de toda la armada, por ser el primero en pisar tierras americanas y haber tenido el honor de levantar el acta en la que requería a los indígenas que le manifestaran si tenían alguna objeción contra la ocupación que hacían de esos territorios en nombre de los reyes de España.

Actualmente la ley que nos sigue rigiendo es el Decreto 314 del Congreso de la República, que contiene el Código de Notariado, emitido en 1946, como antes apunte ha tenido algunas reformas incorporadas al mismo texto, en cumplimiento al Artículo 110 que establece: que cualquier incorporación, modificación que se le haga al mismo debe de cumplir con los requisitos de éste artículo.

1.4 Fuentes del derecho notarial

En Guatemala, la única fuente del Derecho notarial es la ley. Los notarios pueden hacer sólo lo que la ley les permite, la ley establece una serie de prohibiciones y sanciones a los profesionales del notariado, y que además hay una serie de limitaciones e incompatibilidades que el código de notariado y otras leyes especiales disponen para los que pretenden ejercer la función notarial.



Esta parte llamada la “organización del notario” que conforma ese conjunto de requisitos esenciales que una persona necesita para obtener la calidad de notario. Si bien las fuentes no se refieren únicamente a obtener la calidad de notario, la actuación del notario esta limitada y solo puede el notario hacer lo que la ley le permita, no tiene libre disposición sobre sus actuaciones, y es eminentemente responsable personal por las actuaciones que haga o incurra.

1.5 Naturaleza jurídica

“La naturaleza de éste derecho arranca precisamente de la naturaleza del notario (él notario público es el sujeto del derecho notarial), sin el cual a decir verdad no habría derecho notarial. Además la institución notarial es tan antigua que ofrece un vasto y dilatado campo de investigación ya no digamos para estudiar su más exacto y remoto origen, para descubrir las leyes de su evolución y su progreso.”³.

1.6 Características del derecho notarial

Según el doctor Nery Muñoz en su libro introducción al derecho notarial señala las siguientes:

Actúa entro de la fase normal del derecho, pues no hay derechos subjetivos en conflicto.

Confiere certeza y solemnidad jurídica a hechos y actos solemnizados en instrumento público.

³ Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Número 33, Pág. 87



Aplica el derecho objetivo a declaraciones de voluntad, concretando o robusteciendo derechos subjetivos.

Su naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división de derecho público privado

1.7 Elementos del derecho notarial

Organización legal del notario: Comprende el estudio legal de requisitos para ejercer el notariado, estando compuestas por normas de carácter administrativos.

Función notarial: Es la que realiza el notario y comprende las normas y principios que rigen su actuación. Artículo 264, 959 numeral 3 y 1957 del Código Civil.

Teoría formal del instrumento público. Es la técnica que se usa para la elaboración del instrumento público.

1.8 Autonomía del derecho notarial

El derecho notarial es autónomo porque no se origina de ninguna otra rama del derecho, siendo este independiente de las mismas. Aunque si se relaciona con otras ramas en virtud de su doble naturaleza jurídica al pertenecer tanto al derecho privado como al derecho público.

Con el derecho público, porque los notarios son depositarios de la función pública de fe dación que el Estado les ha otorgado por ser un profesional que ha cumplido con los requisitos establecidos por la ley, de tal manera que el notario en sus actuaciones hace uso de esta facultad que el Estado les ha otorgado.



Con el derecho privado, porque el notario ejerce esta función a solicitud y beneficencia de la persona en particular que le ha requerido sus servicios profesionales, tomando en consideración que en Guatemala se sigue el sistema del notariado latino por lo que éste desempeña su ejercicio profesional sin presión del Estado.





CAPÍTULO II

2. Notario

2.1 Definición

En Guatemala, el notario es un profesional universitario encargado de una función pública, facultado, para hacer constar hechos que presencie y circunstancias que le consten, a solicitud de parte interesada o por mandato legal, así mismo para tramitar y resolver asuntos de naturaleza no contencioso; entiéndase lo relativo a la jurisdicción voluntaria.

En nuestro país no existe una definición específica de notario sin embargo el Código de Notariado en su Artículo 1, lo define así: “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”. Desglosando la definición anterior, el notario tiene fe pública, la cual constituye un principio del derecho notarial, así también la investidura jurídica que el Estado delega en el notario, con la cual el notario robustece los actos, contratos, hechos y circunstancias que hace constar en los instrumentos públicos que autoriza.

En el primer congreso del Notario Latino Celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948, se definió oficialmente al notario de la siguiente manera: “El Notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública que consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”.



Sin embargo nuestro ordenamiento jurídico Penal, Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 1 inciso 2º de las disposiciones generales establece: “para efectos penales: se entiende por funcionario público a los notarios cuando se trate de delitos que cometan con ocasión o con motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión”.

2.2 Requisitos para ejercer el notariado

El notario en Guatemala requiere cumplir con determinados requisitos habilitantes para ejercer la función notarial, los cuales están contenidos en el Artículo 2º del Código de Notariado, y que pueden dividirse en requisitos de carácter civil, académico y administrativo, en los que se establece que para ejercer el notariado se requiere:

Ser guatemalteco natural, ésta denominación desapareció por la expresión guatemalteco de origen, en la Constitución Política de 1985, que en su Artículo 144 preceptúa, son guatemaltecos de origen los nacidos en el territorio de la república de Guatemala.

Ser mayor de edad, de conformidad con la legislación guatemalteca son mayores de edad las personas que han cumplido 18 años de edad, así lo establece el Artículo 8 del Código Civil, Decreto Ley 106, del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia.

Domiciliado en la República, refiriéndose esta norma a que el notario puede ejercer libremente el notariado en cualquier lugar de la República de Guatemala, ya que no impone limitaciones con respecto al territorio.

Del estado seglar, esto significa que el notario no debe ser ministro de ningún culto.



Así también se citan los siguientes requisitos académicos: la obtención de título facultativo, esta norma obliga al aspirante a poseer un título universitario que garantice su conocimiento en el campo del Derecho, que lo faculte como tal para ejercer el notariado.

Puede obtenerse en cualquier universidad de la república, así mismo, si este se obtuviera en el extranjero, se debe cumplir con la incorporación del mismo, según el Artículo 87 de la Constitución Política de la República de Guatemala, este proceso es llevado a cabo por la Universidad de San Carlos de Guatemala a través del Consejo Superior Universitario, siendo esta la única universidad facultada para incorporar profesionales de universidades extranjeras.

Por otro lado, se citan los siguientes requisitos de orden administrativo que el notario debe cumplir para poder ejercer, dentro de los mencionados requisitos existen los siguientes:

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

Ser de notoria honradez.

Colegiarse, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 90.

En consecuencia, los requisitos habilitantes son los que el notario debe cumplir para poder ejercer el notariado latino en Guatemala, sin ellos sería imposible ejercer dicha profesión.



2.3 Fe pública notarial

Casi todo lo que se ha dicho sobre la fe hace referencia a la fe en su acepción de simple creencia en lo que no se ve. Podemos asegurar que quienes hablan de fe casi siempre contemplan la fe religiosa, que es un don. Cuando se recibe ese don, se tiene fe, y si la gracia no nos es dada, es inútil forzar el espíritu.

La fe divina es, objetivamente un conjunto de verdades reveladas por Dios, subjetivamente, es el acto de fe. En el caso de la fe pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan.

En realidad, todo el sistema de la fe pública se tuvo que crear, dado el número y la complejidad de las relaciones jurídicas, que la mayoría de los ciudadanos no puede presenciar; y los actos necesitan ser creídos para ser aceptados.

Así, se creó la idea de investir a una persona de una función autenticadora, de modo que al expedir un documento, pudiera decirse que estaba presente el Estado mismo, el concepto de fe pública se convirtió en una necesidad de carácter jurídico, que nos obliga a estimar como auténticos los hechos o actos a ella sometidos: es una verdad oficial que todos están obligados a creer El autor Sanahuja, citado por Luis Carral y De Teresa, hace los siguientes razonamientos:

“Si la fe pública es la garantía que el Estado da de que ciertos hechos que interesan al derecho son verdaderos, resulta que:



1º. Los actos creadores del derecho, o sea de las normas jurídicas, son objeto de la fe pública legislativa;

2º. Las resoluciones mediante las cuales el poder público somete un hecho determinado a la norma jurídica, son objeto a la fe pública judicial;

3º. Los actos por los que el poder público ejecuta el derecho estatuido en las normas o declarado en las resoluciones, es objeto de la fe pública administrativa; y

4º. Los hechos previstos en la norma jurídica general, que ponen en movimiento a ésta y de los cuales derivan derechos, obligaciones y sanciones, son objeto de la fe pública notarial”.

En conclusión, la fe pública es la garantía que el Estado da a ciertos hechos que interesan al derecho, para que sean dotados de veracidad y se tengan como ciertos.

En otro orden de ideas; es un principio del derecho notarial, que consiste en la presunción de veracidad, que revisten los actos y contratos autorizados por un notario. Este principio en nuestra legislación está regulado en el Artículo 1 del Decreto 314 del Congreso de la República, que contiene el Código de Notariado, que 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”.

2.4 Sistemas Notariales

Los estudiosos del derecho notarial han establecido teorías en cuanto a los sistemas notariales, estableciendo una serie de sistemas. Sin embargo los sistemas que más sobresalen son: El sistema latino y el sistema sajón.

2.4.1 Sistema latino

El Notario de tipo latino tiene un origen sumamente antiguo anterior a la era cristiana, que se remonta al pueblo Hebreo, al Egipcio y al Griego y más adelante al Derecho Romano, cuya influencia es la más importante en la mayoría de los sistemas jurídicos.

No obstante su antigüedad, el notario de tipo latino ha sido objeto de una larga y firme evolución y modernización con lo que se ha logrado el predominio de este sistema en la mayoría de los países del mundo, en los que se requiere que el notario sea un profesional del Derecho, dotado de capacitación especializada en la materia y que con su intervención se logra la seguridad jurídica para quienes reciben sus servicios, así como para toda la comunidad.

Su función primordial consiste en elaborar, perfeccionar, conservar y reproducir todos los instrumentos en que consta su actuación, es decir, las escrituras y actas notariales.

El Notario de tipo latino debe además ser siempre imparcial para garantizar la equidad en los negocios jurídicos que se otorguen ante él y es también un auxiliar del fisco, por lo que se refiere al pago de los impuestos y derechos que se generan por las escrituras.

- **Características**

Entre las características más destacadas del sistema latino podemos mencionar las siguientes:

El Notario debe pertenecer a un colegio profesional.

La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal.



El ejercicio puede ser cerrado o abierto. El cerrado tiene limitaciones territoriales y se le conoce como notariado de número o numerario; el abierto, que es el que se usa en Guatemala, no tiene limitaciones dentro del territorio nacional.

Es obligatorio ser profesional universitario para ejercer el Notariado.

Desempeña una función pública pero es independiente.

El Notario es un profesional del Derecho, sin embargo alguna de sus actuaciones son las de un funcionario público.

Es obligatoria la existencia de un protocolo notarial donde se deberán asentar todas las escrituras autorizadas

- **Funciones**

Dentro de las funciones que desarrolla el notario como profesional del derecho en el sistema latino, podemos citar las siguientes:

Una función pública delegada por el Estado.

Da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en presencia del Notario.

Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal, al faccionar el instrumento público.

2.4.2 Sistema sajón

Al notario sajón se le conoce como anglosajón, y es utilizado en países como Estados Unidos (excepto Louisiana), Canadá (excepto Québec); Suecia, Noruega, Dinamarca e Inglaterra.

- **Características**

El Notario es considerado un fedatario o fedante, debido a que la actividad realizada por éste, se concreta a dar fe de la firma o firmas de un documento.

No brinda asesoría a las partes, ya que no entra a orientar sobre la redacción del documento.

El Notario debe tener necesariamente una cultura general y algunos conocimientos legales, no es obligatorio que tenga un título universitario.

Se debe contar con una autorización temporal para el ejercicio del Notariado, susceptible de renovarse.

Es necesario prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio.

No se utiliza la colegiación profesional y no se lleva protocolo notarial.

2.4.3 Diferencias entre notario latino y notario sajón

Notario latino:

Abogado o Licenciado en Derecho.

Con ciertos impedimentos por lo que se garantiza su imparcialidad.

Redacta el acto y ello lo hace auténtico, veraz y en algunos casos solemne.

El documento se presume cierto.

Existe colegiación obligatoria.



Debe contener los instrumentos que autoriza dentro de un protocolo.

El valor formal del acto jurídico se obtiene con la actuación notarial.

Notario sajón:

No se requiere ninguna profesión.

No hay impedimento para desempeñar otras profesiones.

La veracidad no se refiere al contenido del documento sino a las firmas, aunque el contrato sea privado.

No hay presunción de certeza del documento, sólo de las firmas.

No existe colegiación.

El valor formal se obtiene con la actuación judicial

2.5 Facultades del notario

El Notario está dedicado al servicio del bien y la paz de la ciudad, al respeto y cumplimiento del Derecho y es también un auxiliar de la administración de justicia. Por ello además de los oficios notariales, el Notario puede desempeñar actividades que no causen conflicto o dependencia con la dación de fe y con su imparcialidad, tales como:

Cargos académicos, docentes y de dirección de instituciones académicas, de beneficencia pública o privada, o de colaboración ciudadana.

Cargos gratuitos en toda clase de asociaciones, sociedades o instituciones cuyos fines no sean lucrativos.



Cargos de tutor, curador o albacea.

Cargos de secretario de sociedades o asociaciones.

También puede ser árbitro, secretario arbitral, mediador jurídico y Conciliador

El Notario puede intervenir, patrocinar y representar a los interesados en procedimientos judiciales en los que no haya contienda o en trámites y procedimientos administrativos.



CAPÍTULO III

3. Función notarial

3.1 Definición

Se define como la actividad que realiza el notario en el ejercicio de su profesión, desde el momento en que es requerido por el paciente, hasta la creación del instrumento público, a todo este conjunto de actividades se le denomina el que hacer notarial.

La función notarial tiene por fin proveer certeza, seguridad, valor jurídico y perpetuidad al documento notarial, a su objeto y contenido, sin embargo para obtener estos fines es indispensable contar con la figura del notario como principal conducto de experiencia y pericia jurídica y además del medio u objetivo, que en este caso sería el instrumento público para la realización de éstos fines.

La función notarial tiene un carácter precautorio, el notario debe ayudar, atender, colaborar y auxiliar a aquellas personas que así lo soliciten en tanto se trate de cuestiones jurídicas o actos en los que el notario intervenga.

Así también la función notarial posee características que la hacen única, ya que el notario debe actuar imparcialmente, con igualdad, guardar el secreto profesional, y tener ética profesional, así también la función notarial puede ser ejercida fuera del territorio de Guatemala, ya que el notario en Guatemala es un profesional liberal y puede desarrollar su actividad en el extranjero. Tal y como lo establece la ley del Organismo Judicial, regulando la facultad que el notario tiene para ejercer en el extranjero.

3.2 Teorías que explican la naturaleza de la función notarial

Existen algunas teorías que tratan de explicar la naturaleza de la función notarial siendo éstas: teoría funcionarista, profesionalista, ecléctica y autonomista, las cuales a continuación se exponen para una mejor comprensión.

3.2.1 Teoría funcionarista

Explica que el Estado le confiere al notario la fe pública y la representación del mismo, como consecuencia de ello el notario adquiere la categoría de funcionario público. En la antigüedad el rey era el que concedía autorización a escribanos para desempeñar esta función, a raíz de esto se considera al notario funcionario del Estado.

Esta teoría se encuentra inmersa en nuestra legislación penal en el Artículo 1 numeral 2 de las disposiciones transitorias del Código Penal, cuando explica que el notario es reputado funcionario público, así como alusión que se le denomina así, cuando en el ejercicio de la función notarial cometa actos tipificados como delitos en nuestro ordenamiento jurídico penal, que merezcan formación de causa y proceso penal, ya que constituye un agravante y además defrauda la confianza que el Estado deposita en el notario, lo cual constituye un impedimento para el ejercicio.

Es así como los funcionaristas sostienen una función pública de carácter complejo, en nombre del Estado, teniendo esta una posición especial dentro de la organización Administrativa y jurídica, pero no olvidando que son siempre funcionarios públicos.

En conclusión la teoría funcionarista establece que todas las actuaciones que el notario realiza las hace en nombre del Estado.



3.2.2 Teoría profesionalista

En contraposición a la teoría antes citada se encuentra la profesionalista, sus exponentes niegan ser funcionarios públicos y destacan por sobre todo el valor de la profesión libre y lo más importante, es el carácter social.

Esta teoría determina que para ejercer la función notarial se requiere que el Estado designe a la persona que según éste se encuentra apta para ello se diferencia de la teoría antes mencionada en que el notario debe ser una persona que posea formación y preparación académica, jurídica y técnica, considerando que en el momento de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, es una actividad eminentemente profesional y técnica, no bastando la calidad de funcionario público conferida por el Estado para realizarla.

Teoría que se encuentra plasmada en el Artículo 2 del Código de Notariado, inciso 2, al establecer como requisito habilitante para ejercer el notariado, el título facultativo obtenido en la República o su incorporación a la ley.

3.2.3 Teoría ecléctica

Concilia las teorías anteriores, de acuerdo a esta teoría, el Notario ejerce una función pública sui generis, puesto que el Estado le delega fe pública, además trabaja independientemente, concibe al notario como un profesional del derecho.

Esta teoría establece que el notario no trabaja para la administración pública, sin embargo la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta.

3.2.4 Teoría autonomista

Nery Muñoz, explica “Esta teoría exige que el notariado se ejerza como profesión liberal, independiente. El notario resulta siendo un oficial público, no funcionario, que ejerce en las normas y según los principios de la profesión libre, esto lo hace autónomo”.

Considerado como oficial público, a raíz de que debe aplicar y observar la ley y como profesional libre, ya que es receptor directo de la voluntad de los particulares quienes le pagan estipendios por su auxilio. Asimismo menciona a Francisco Martínez Segovia, quien sostiene que hablar de la teoría autonomista es concebir al notario de una forma nueva, independiente, autónoma, al desarrollar la función notarial.

3.3 Formas de ejercer el notariado

Sabemos que la función notarial engloba una serie de procesos y actividades que el notario realiza como profesional, sin embargo dentro de la función notarial se encuentran tres formas de ejercer el notariado, siendo estas las siguientes: como una actividad del Estado, como ejercicio de una profesión liberal y como un sistema mixto. A continuación se explica brevemente cada una de ellas para una mejor comprensión del tema.

3.3.1 Como actividad del Estado

Dentro de los profesionales del derecho, existen personas dedicadas a ejercer la función de jueces, procuradores, fiscales, quienes deben poseer la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.



Estos funcionarios están dedicados a trabajar para el Estado y no a título personal, sin embargo la parte negativa de esta actividad se encuentra en que existe un límite, ya que los notarios no pueden ejercer mientras se encuentren prestando sus servicios para el Estado, pero reciben un sueldo por parte de éste y por desempeñar la función a la cual fueron asignados.

Sin embargo existen varias excepciones a esta limitación y es que dentro de los funcionarios públicos al servicio del Estado que pueden ejercer el notariado, se encuentran:

El escribano de la cámara de gobierno.

Los cónsules, diplomáticos.

El Director del Archivo General de Protocolo.

3.3.2 Como ejercicio de una profesión liberal

En esta actividad la característica consiste en que el notario no tiene vínculos con el Estado, por lo que puede desarrollar la función notarial dentro de su oficina; es requerido por los clientes en su bufete profesional, y lo más importante en esta relación con el cliente, es que se pactan los estipendios a cobrar según el arancel de notarios respectivo.

3.3.3 Como un sistema mixto

Este sistema incluye las posturas anteriormente descritas, ya que el notario ejerce una función notarial mixta, es decir, trabaja medio tiempo en instituciones del Estado y la otra parte del día realiza sus actividades como un profesional independiente.

3.4 Funciones que desarrolla el notario

La persona interesada en los servicios del notario, acude a su notaría, en su primera cita, realiza los planteamientos, sus inquietudes y todas las alternativas de interés. El notario atiende, escucha y trata de conocer y comprender las circunstancias necesarias, con la finalidad de dar respuesta de solución a la inquietud de las partes y de sus alcances. Pueda que existan matices que es preciso aclarar, de los que pudieran resultar consecuencias que los clientes no previeron.

En el desempeño de su profesión el notario realiza una serie de actividades dentro de las cuales se encuentran:

Receptiva.

Directiva o asesora.

Legitimadora.

Modeladora.

Preventiva.

Autenticadora.

Función receptora

3.4.1 Función receptiva

Esta actividad es conocida como función receptiva en virtud de que el notario lo que realiza, es recibir de sus clientes la petición y la argumentación que debe sustentar el acto o contrato que requiere del notario la autorización correspondiente.



3.4.2 Función directiva o asesora

Esta actividad se manifiesta, en que el notario, después de escuchar a sus clientes, interpreta su voluntad tratando en lo posible, de descubrir su interés, deseos y motivos que los impulsaron a acudir a su notaría, tratando de satisfacer dentro del ámbito jurídico. En conclusión, una vez el Notario escucha la solicitud de sus clientes, interpreta sus intenciones, aconseja, dirige y asesora sobre el acto o negocio que pretenden celebrar.

3.4.3 Función legitimadora

Es la actividad que se manifiesta en la verificación o comprobación de requisitos previos al otorgamiento y autorización notarial, entre ellas, verificar la identidad de los otorgantes por los medios legales, acreditar la representación de quien actúa en nombre de otro, etcétera. En nuestro medio, téngase presente que la función legitimadora, está regulada en el Artículo 29, numeral 5º. Del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.

3.4.4 Función modeladora

Las partes expresan su deseo al notario, éste califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho, demostrando la calidad de jurisconsulto que posee.

Redacta cada una de las cláusulas que integran el instrumento público en base a la información y necesidades de los requirentes.

“El notario modela la voluntad de las partes, cuando facciona o elabora en el protocolo el instrumento público. Al desarrollar esta actividad o función modeladora le está dando forma a la actividad de las partes, encuadrándolas a las normas que regulan el negocio y lo hace, como se dijo al redactarlo en el protocolo el notario en esta función pone en práctica su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como en la práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, conoce cuales son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes.

3.4.5 Función preventiva

“La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declara como verdadero aquello que no es cierto, de suerte que prevalezca el orden jurídico y la buena fe”.

Al respecto sostiene en su obra, el autor guatemalteco, Nery Roberto Muñoz: “La función preventiva, ésta la desarrolla el notario, cuando previene problemas, cuando se adelanta a ellos, cuando previene cualquier posible dificultad que pueda sobrevenir, debe evitar el conflicto posterior. Siempre se contrata de buena fe, esperando que todo salga tal como se planteó, pero si se da un incumplimiento de una de las partes, debe prevenirse que sucederá en tal situación. El notario previene problemas”.

3.4.6 Función autenticadora

Es la actividad de conferir autenticidad y validez jurídica al acto autorizado por el notario, a través de su firma y sello.



Téngase presente que: “La autorización como lo ha expresado la doctrina española es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial”.

Es el acto de autoridad del notario quien ejerce sus facultades de fedatario público, la eficacia jurídica al acto de que se trate, permite, en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.

3.5 Finalidad de la función notarial

La función notarial tiene diferentes finalidades, de su estudio se pueden determinar tres finalidades principales, tales como:

Proporcionar seguridad jurídica y veracidad a los actos, contratos y manifestaciones de voluntad, que el notario autoriza al momento de plasmar su firma y sello, cumpliéndose esta por el hecho de que el notario es depositario de la fe pública delegada por el Estado.

Como segunda finalidad tiene proporcionar un valor probatorio al instrumento, que es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario, entre partes y frente a terceros; lo que se adquiere al cumplir con los requisitos de forma, tanto generales, esenciales, especiales y requisitos de fondo, que al estar presentes no habría probabilidad de redargüir de nulidad el instrumento público, dejando sin efecto el mismo. Esta característica se encuentra inmersa en el Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 186 y como tercera finalidad se encuentra la perpetuidad del instrumento público, que se le da a los actos a través de diversos medios legales y materiales, para garantizar la reproducción auténtica del acto y su perdurabilidad a través del tiempo.



3.6 La imparcialidad

Imparcialidad según el Diccionario de la Real Academia Española supone “Falta de designio, anticipo o de prevención a favor o en contra de alguien “, lo que nos trasmite un concepto del tema que, desde luego, no está equivocado, pero supone bastante menos de lo que pretende la aplicación del mismo a la función notarial de tipo latino actual. Quizás por darlo por supuesto el asunto de la imparcialidad del notario no se desarrolla en la forma en que hoy es requerido este factor que tanto caracteriza a nuestra profesión, a tal punto, que muchos lo consideran como uno de los pilares fundamentales de nuestra institución.

También es necesario aclarar que la “imparcialidad” no tiene la misma importancia en toda la función notarial, tal como lo admite la doctrina notarial en general.

Pensemos en la actividad habitual del escribano, y al analizarla llegaremos a la conclusión de que se trata de una función casi esencialmente jurídica, en la que la “autenticación o dación de fe”, vinculada al ejercicio de la función pública relativa a la “verdad oficial” en los documentos notariales, es y será muy importante por mandato recibido de la ley, pero es absolutamente impracticable y casi inútil para los ciudadanos, si no reconocemos su esencia jurídica, desde que nace el requerimiento, pasa por el “control de legalidad” y continua en cada uno de los fines que persigue cada uno de los requirentes, culminando en el resultado que se ha pretendido.

La imparcialidad no afecta por igual a toda la función notarial, porque todo lo relativo con la autenticidad entendemos que se rige más por el “principio de verdad “, que debe surgir de toda actuación documental del escribano.



El que falta a la verdad comete normalmente una falta más grave que el que es parcial en beneficio de una de las partes.

En consecuencia, hay intervenciones profesionales donde prima el principio de que el autorizante reproduce en el documento el fruto resultante de la percepción directa que le han transmitido sus sentidos, y resulta muy difícil, y sería muy grave, que se apartara de ese camino para brindar una versión deformada por el favoritismo hacia una de las partes, porque ya estaríamos en el campo de la patología notarial.

En la realización de las actas notariales, donde hay un gran predominio de ejercicio de la fe pública, queda normalmente poco margen para una desviación de la imparcialidad, aunque no podemos dejar de imaginar casos como presiones a los peritos de cualquier profesión que intervienen a solicitud del requirente, o declaraciones de testigos que, al realizarse sin el debido contralor procesal, pueden hasta psicológicamente desviarse de la versión original de los hechos.

Pero convengamos que esas situaciones no van a ser comunes ni pueden provocar el daño que la falta de imparcialidad puede generar en los contratos bilaterales o plurilaterales a que nos vamos a referir de inmediato.





CAPÍTULO IV

4. El matrimonio

4.1 Definición

La palabra matrimonio es definida en el diccionario Ossorio y Florit, el cual indica “vocablo que tiene su etimología en las voces latinas matris y munium, que unidas significan oficio de la madre, aunque con más propiedad se debería decir carga de la madre, porque es ella quien lleva el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto”. El filósofo Alejandro Almanza, si bien acepta estas raíces, las traduce así: “Defensa de la madre, porque por el matrimonio afirma tiene la madre quien la defienda”.⁴

Guillermo Cabanellas citando a Planiol y fiel al concepto civilista, da al matrimonio la siguiente definición “El matrimonio es un conjunto por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión que la ley sanciona y ellos no pueden romper a voluntad”.

Dentro de los estudiosos del derecho y de ésta institución se encuentra el gran jurisconsulto romano Modestino, quien define el matrimonio de la manera siguiente: La unión del varón y de la hembra, consorcio de toda la vida, y comunicación del derecho divino y humano; basado en la comunidad de condición social y de creencia religiosa. Podemos observar que si bien se utilizan diferentes términos, ambas definiciones tienen ciertas similitudes, estableciendo la característica principal de que es la unión de hombre y mujer.

⁴ Beltranena de Padilla, **Ob. Cit.** Pág. 1

Manuel Somarriva Undurraga define al matrimonio como:

“Institución compuesta por un conjunto de reglas esencialmente imperativas, cuyo fin es dar a la unión de sexos, a la familia, una organización y moral que corresponda a la vez a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del hombre como también a las directivas dadas por la noción del derecho”.⁵

Nuestra legislación en el Código Civil, en su Artículo 78, define al matrimonio de la siguiente manera: El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliares entre sí.

4.2 Teorías sobre el matrimonio

Diversos autores han establecido la naturaleza jurídica del matrimonio, sin embargo, legalmente se ha enfocado al matrimonio de la siguiente manera: como un contrato, como una Institución, como un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo.

4.2.1 Como un contrato

En el Artículo 1517 del Código Civil, se establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

La tesis contractual ha sido objeto de muchas críticas, ya que se sostiene que no se dan propiamente en el matrimonio las características esenciales del contrato, ya que en el matrimonio hay obligaciones morales, y no son solo patrimoniales, y que la entrega recíproca de dos personas no puede jamás ser objeto de contrato.

⁵ Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho de familia. Tomo I. Pág. 316

Esta teoría que considera al matrimonio como contrato, en resumen, no se ajusta a la realidad, ya que es importante destacar que no se enmarca en la frialdad o formalidad de un contrato la base de la familia.

4.2.2 Como una institución

Se puede establecer acertadamente que esta es la doctrina más aceptada por los autores. Al definir el matrimonio "como estado jurídico, representa una situación especial de reglas compuestas por el Estado, que forman un todo... una vez dada su adhesión, su voluntad ya es impotente, y los efectos de la institución se producen de modo automático".

Nuestra legislación, considera al matrimonio como una institución social, como lo establece el Artículo 78 del Código Civil. Siendo esta la postura más acertada ya que llega a la esencia de lo que es el matrimonio, pasando por lo contractual y formal, con el elemento subjetivo o el ánimo de permanencia y su fin primordial vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos, así como el auxilio recíproco.

4.2.2 Como un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo

Es un criterio bastante formalista establecer que el matrimonio es un acto jurídico mixto o un negocio jurídico complejo. Algunos autores sostienen que el matrimonio es un acto mixto, en el sentido que no sólo se constituye por el consentimiento de los cónyuges, sino también por la intervención de un funcionario que lo autoriza. Por consiguiente, tiene mucha importancia la participación de un funcionario público en la constitución o declaración del matrimonio, y la omisión de esta declaración haría inexistente al matrimonio desde el punto de vista jurídico.

Esta teoría, es puramente formal, que no logra llegar a lo esencial o al fondo de la naturaleza jurídica del matrimonio, ya que no es solamente un negocio jurídico más.

4.3 Origen del matrimonio

Durante el tercer siglo de nuestra era se produjo, en Occidente, el pasaje de una sociedad en la que el matrimonio no era de ningún modo una institución creada para toda la sociedad, a una sociedad en la que se da por sentado, como natural que el matrimonio es una institución fundamental para todos.⁶

Nuestra tradición jurídica nos obliga a partir de la regulación ofrecida por el derecho romano. La tradición romanista contemplaba una regulación aplicable únicamente a quienes ostentasen el estatus de ciudadanos romanos.

Es decir, los derechos y obligaciones dimanantes de la institución sólo alcanzaban a quienes tenían una determinada categoría social, siendo según Ulpiano "...la unión de varón y mujer consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano". Pese a esta definición, que encierra la intención de un matrimonio aparentemente indisoluble y vinculado con la moral, debe decirse que el matrimonio romano podía finalizar con el divorcio y se basaba en un claro contrato matrimonial.

Con la expansión del cristianismo, el matrimonio se convierte en una institución a la que definitivamente se la considera indisoluble, dirigida a la procreación y educación de los hijos, elevándose a la categoría de sacramento.

⁶ Veyne, Paul (1984), **Familia y amor durante el alto Imperio Romano**. Pág. 31.

La Biblia ofrece la versión clásica y acostumbrada en el mundo occidental. Dios hizo que Adán se quedara dormido, le sacó una costilla y creó a la mujer para acompañarlo. Sin embargo también figura en la Biblia el siguiente pasaje: "Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; hombre y mujer los creó. Dios los bendijo y les dijo: "Sean fecundos y prolíficos, llenen la tierra y domínenla" (Génesis capítulo I, versículos 27-28).

Dependiendo del momento histórico, las órbitas de las tres grandes religiones del mundo (Cristianismo, Judaísmo e Islam) han acomodado una de las dos versiones para fundamentar la obediencia debida de la mujer al varón dentro del matrimonio (argumentando que Dios lo quiso así) o han ensalzado la igualdad de los dos miembros de la pareja por igual.

Sin embargo no todo momento histórico pasa por estas tres grandes religiones. Otras culturas tuvieron mucho que decir acerca del matrimonio, los egipcios, por ejemplo consideraban a los dos miembros de la pareja igualmente relevantes, lo que tiene mucho parecido con las uniones de pareja actuales. Al contrario de los griegos, que sostenían la versión no igualitaria entre los dos sexos.

En la mayoría de las civilizaciones antiguas como la de los sumerios, el matrimonio era simplemente un contrato privado entre el padre o tutor de la mujer y un varón. Este podía rechazar y dar por finalizado el contrato cuando se le antojase y de forma unilateral, ellas no tenían voz ni voto. La mayor parte de las sociedades de Oriente Medio no consideraban a la mujer como un adulto jurídicamente hablando, sino que eran dependientes de sus padres.



No es necesario ir tan lejos en la historia para reconocer estos rasgos en nuestras sociedades, en España y muchos países de Latinoamérica las mujeres requerían hasta hace muy poco del permiso de sus maridos para, por ejemplo, abrir una cuenta bancaria o comprar un automóvil.

Los antiguos judíos practicaban la poligamia de forma natural, hasta la Biblia habla de Abraham, Sara y su concubina Agar; Isaac y Rebecca, Jacob y Raquel, los mormones toman hoy estos ejemplos para justificar la práctica de la poligamia en Estados Unidos.

Al parecer los romanos tenían una forma bastante brusca de conocer mujeres. Quizá la expresión "asalto" utilizada en algunos países latinos para nombrar una fiesta repentina de encuentro entre los dos sexos venga de la tradición romana de hacer una fiesta, invitar a los vecinos y secuestrar a sus hijas en el sitio. Esto se llamaba "raptó consentido" y los gitanos aún lo practican actualmente, una derivación muy conocida en Estados Unidos y el mundo moderno actual es el "fugarse" para estar juntos, "eloping".

La segunda opción matrimonial para los romanos era el "Coemptio" o "compra recíproca". Es decir: ambos esposos simulan comprarse mutuamente con regalos. Usada por las clases plebeyas que no requerían de grandes contratos económicos porque, en realidad, lo único que tenían era el uno al otro. Además la mayoría de los plebeyos se casaban a una edad promedio de 20 años para las mujeres y 30 los hombres. Se casaban por amor y no por imposición paterna.

Por el contrario y desgraciadamente para las mujeres que se encontraban en mejores condiciones económicas, una tercera forma mucho más seria y solemne era la "Confrarreatio" entre las familias patricias.

Es la primera forma de unión de derecho privado y, además, de carácter religioso puesto que era santificada por las autoridades eclesiásticas. Es decir el matrimonio religioso y civil de hoy en día.

Cuando se derrumba el Imperio Romano, a fines de la Edad Antigua, la Iglesia Católica Medieval toma las riendas de la ética y la moral en Occidente. Comienzan los tiempos del oscurantismo sexual y los tabúes estrictos dentro de la pareja.

El matrimonio es concebido como una unión de iguales ante Dios (aunque no ante la ley humana). Se impone la monogamia formal, aunque aparece el amancebamiento de amantes. También se proscribía la consanguinidad, aunque las familias reales siguen practicándola de forma inusitada y endogámica. Otra reforma de la Iglesia fue declarar el matrimonio como indisoluble "Lo que ha unido Dios que no lo separe el hombre", "Hasta que la muerte los separe", divorcio y repudio quedan en el olvido. Tal es así que Enrique VIII de Inglaterra tuvo que escindirse de la religión católica y crear una nueva para poder hacer su voluntad y casarse seis veces.

4.4 Elementos

Según el Código Civil y apegados a la definición legal que expresamente nos indica el código podemos establecer una serie de elementos, dentro de los principales se encuentran:

Institución de naturaleza jurídica civil.

Institución de orden civil.

Es un contrato.

Es heterosexual.

Esta formado como un principio monogámico.

La perpetuidad.

4.5 Consentimiento

Como elemento fundamental del negocio jurídico según lo establece el Artículo 1254 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106, El consentimiento es un concepto jurídico que hace referencia a la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones. Su principal marco de actuación es el derecho civil y, en especial, el derecho de obligaciones y de contratos, en dónde el consentimiento juega un papel fundamental en el marco de la autonomía de la voluntad.

Para poder prestar un consentimiento que sea jurídicamente válido es necesario cumplir determinados requisitos:

En general, es necesario tener suficiente capacidad de obrar, se puede decir que no pueden prestar su consentimiento los menores de edad o incapacitados. Sin embargo, puede darse el caso de que la incapacidad de prestar consentimiento sólo abarque a una serie de actos jurídicos, y no a otros.

Además, el consentimiento no es válido cuando se ha emitido bajo la influencia de alguno de los posibles vicios del consentimiento: Error grave en la apreciación de los hechos de forma que sin que se hubiera producido ese error no se hubiera producido el consentimiento.

Violencia o intimidación: Cuando se arranca el consentimiento mediante el empleo de la fuerza o la intimidación.

Dolo: Cuando la contraparte ha inducido a error al otro contratante con el fin de arrancar el consentimiento.

4.6 La capacidad

Es la aptitud derivada de la personalidad, que toda persona tiene para ser titular, como sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas.

Algunos autores utilizan la palabra capacidad como sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Pero esta aptitud en que consiste la capacidad jurídica se extiende en dos manifestaciones:

Aptitud del sujeto por la mera tenencia y goce de los derechos, y

Aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos jurídicos de la vida en general.

4.6.1 Capacidad de goce

Esta es una capacidad pero referida a la mera tenencia y goce de los derechos. Esta clase de capacidad la poseen todos los hombres por el mero hecho de serlo y poseer la personalidad, es superior al arbitrio legislativo y por ende, ilegislable, no pudiendo tampoco desconocerse o limitarse por el legislador. La capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, es la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico, asimismo, se presume una capacidad pasiva, ya que toda persona es capaz de adquirir cualquier clase de derechos.



- **Características**

Común para todos los hombres.

Independiente de la conciencia humana.

Independiente en todas las personas.

Comprende todos los derechos inherentes de todas las personas.

Es inseparable.

No puede limitarse.

Es abstracta.

Es un atributo de la personalidad.

Es una e indivisible.

Es irreductible.

Es la facultad que las normas jurídicas reconocen a la persona individual para poder adquirir deberes y derechos. Esta capacidad se adquiere, como excepción, desde el momento de la concepción del nuevo ser y se mantiene como única hasta que se cumpla la mayoría de edad.

4.6.2 Capacidad de ejercicio

También conocida como capacidad de obrar o de actuación. Es la capacidad de dar vida a los actos jurídicos, de realizar acciones que producen efectos jurídicos.

Los efectos jurídicos pueden darse ya sea produciendo la adquisición de un derecho u obligación, ya su transformación o extinción e incluso su persecución en juicio.

Es la capacidad de ejercer nuestros derechos y cumplir nuestras obligaciones en forma directa. Se adquiere con la mayoría de edad. De ello deducimos que los menores de edad gozan de derechos, pero es con la mayoría de edad que pueden ejercitarlos por sí mismos, salvo las excepciones que la ley registra.

A la capacidad de ejercicio también se le ha denominado capacidad plena, ya que la persona puede ser titular de derechos y deberes, pudiendo ejercitarlos de forma directa.

- **Características**

Puede faltar o limitarse.

No es igual en todas las personas.

Es múltiple y varía porque está condicionada a diversos supuestos de hecho.

Su ejercicio depende de la voluntad de la persona.

Ejercita los derechos que le corresponden por sí mismo.

- **Causas que determinan la capacidad de ejercicio**

Existen las causas naturales que son aquellas que proceden de la naturaleza individual del hombre, por ejemplo: edad, enfermedad, sexo, etc. Es decir aquellas causas provocadas por el simple hecho de ser persona racional y que se obtiene con el transcurso del tiempo.

Así mismo existen casusas jurídicas, éstas tienen su origen en cualidades mismas del hombre, su convivencia o coexistencia en sociedad, profesión, nacionalidad, domicilio, residencia, parentesco, religión, etc.

- **Causas que modifican la capacidad**

Existen determinadas causas o circunstancias que ya sean de origen natural o de origen jurídico pueden modificar la capacidad de una persona, dentro de las cuales existen:

1. Edad.
2. Sexo.
3. Nacionalidad
4. Enfermedad
5. Profesión

4.7 Fines del matrimonio

Para establecer la finalidad del matrimonio existen diversas maneras y conclusiones las cuales no son coincidentes, pues mientras para algunos el principal fin es la procreación, para otros la ayuda mutua, moral y material de los cónyuges, y para otros lo es la satisfacción sexual, Sin embargo la legislación guatemalteca establece una serie de finalidades que persigue el matrimonio, dentro de las cuales se toman en cuenta cada una de las ya mencionadas, tales como la procreación, la convivencia y el auxilio mutuo.



Es importante hacer mención que esas tres finalidades especialmente la procreación y la satisfacción sexual puede también lograrse fuera del matrimonio, llegando a la conclusión que el matrimonio tiene un fin social que consiste en servir de fundamento al grupo familiar que es la base de una forma de organización de la comunidad.

Otro punto, aunque este sí puede ser sujeto a discusión, es que el fin del matrimonio es necesariamente la perpetuidad humana y la creación de la familia, célula social. Para lograr esto se necesita la participación de un hombre y una mujer.



CAPÍTULO V

5. Clasificación del matrimonio

5.1 Matrimonio de personas mayores de edad

El procedimiento por el cual dos personas heterosexuales mayores de edad de conformidad a lo establecido en el código civil pueden contraer matrimonio, es un procedimiento único regulado en el Código Civil de Guatemala, donde para contraerlo basta con sus documentos de identificación, capitulaciones matrimoniales, examen de salud, y la autorización de un ministro de culto, un notario y el Alcalde o Concejal.

La legislación guatemalteca regula una serie de requisitos que los interesados deben satisfacer previo a autorizarse el matrimonio por el funcionario facultado para el efecto.

Entre los requisitos que se solicitan para autorizar el matrimonio de conformidad con el Artículo 97 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que:

La constancia de sanidad es obligatoria para el varón, y también para la mujer cuando lo solicite el contrayente. Será extendida por la Dirección General de Sanidad o por un facultativo, haciendo constar que la persona examinada no padece de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación. No están obligadas a presentar certificado de sanidad las personas que residan en lugares que carecen de facultativo y las que, al solicitar el matrimonio, ya hubieren tenido relaciones de hecho que hagan innecesario dicho certificado.

La ley establece que el notario debe de señalar día y hora para la celebración del acto matrimonial y en la ceremonia de celebración dará lectura a los artículos 78 y del 108 al 114 del código civil; y además recibirá de cada uno de los contrayentes su consentimiento de tomarse respectivamente como marido y mujer y en seguida los declarará unidos en matrimonio.

5.2 Matrimonio de personas menores de edad

La aptitud legal para contraer matrimonio libremente, se determina por la mayoría de edad de los interesados como lo establece el Artículo 8 del Código Civil, la misma se adquiere a los dieciocho años de edad. La mayoría de edad da origen a la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles. En consecuencia, los mayores de edad tienen absoluta libertad de contraer matrimonio, sin requerir previa autorización, consentimiento o permiso de nadie.

Sin embargo tienen aptitud física, porque están aptos para el concubito, el varón mayor de dieciséis años de edad y la mujer mayor de catorce. Para que dichas personas menores de edad, puedan contraer matrimonio, es necesario que medie la correspondiente autorización o permiso de quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos o la tutela en su caso.

El Código Civil no contempla motivos o causas en que fundar el disenso. En otras legislaciones los padres no están obligados a motivar el disenso, si ellos dicen no, tal negativa se tiene que acatar y el matrimonio no se celebra. El disenso se da únicamente para los abuelos o los tutores, en todo caso es el juez quien tiene la última palabra; a través de lo que es la dispensa judicial.



Tales razones no pueden ser otras que las taxativamente señaladas, como que los futuros contrayentes carecieren de medios económicos de subsistencia y no dispongan, además, de como proporcionarlos; o que cada uno de ellos padeciere de alguna enfermedad grave incurable y contagiosa. Sobre este caso en particular el Código civil de Guatemala es más avanzado, ya que en caso de oposición, aunque fuere de los padres del menor, corresponde al juez decidir.

El Código Procesal Civil y Mercantil establece en el Artículo 425, lo siguiente: "Si antes de otorgar la licencia (el juez) prestaren su consentimiento el padre, la madre, los abuelos o el tutor, en su caso, del que la haya pedido, se sobreseerá el expediente".

Existen determinados casos en los que el Código civil guatemalteco exige la presentación de documentos, dentro de los cuales citamos tres casos especiales:

1. Menores de edad (Artículo. 94 Código Civil), en que se debe presentar la autorización autenticada de sus padres o tutores, esta presentación puede realizarse al momento del acto de celebración del matrimonio o bien con días de anticipación, de cualquier manera el notario o funcionario autorizante está obligado a hacerlo constar dentro del acta respectiva.
2. En el caso de no comparecer acompañados de aquellos las certificaciones de las partidas de nacimiento o en su defecto certificación de la calificación de edad declarada por el juez.
3. Contrayente que fue casado, debe presentar la certificación de la resolución de divorcio.

5.2.1 La dispensa judicial

Inicialmente debe quedar establecido que la palabra dispensa: “Es la liberación que se hace a favor de una persona del cumplimiento de alguna carga u obligación”.⁷

Establece la Ley sustantiva civil, que en el caso de no poder obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de ellos; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez. Artículo 83 del Código Civil.

Si existe desacuerdo entre los padres, o negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el Juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren motivos razonables, esto de conformidad con el Artículo 84 del citado cuerpo legal, por supuesto, la apreciación del juez es subjetiva, puesto que él está alejado e ignorante de situaciones o circunstancias que a su juicio pueden resultar irrelevantes, pero que a los directamente interesados resultan de especial trascendencia.

En síntesis, la dispensa judicial es el modo de suplir el consentimiento de los padres o tutores para contraer matrimonio, en el caso de los menores que conformidad con el Código Civil, tienen capacidad para contraer matrimonio.

El procedimiento para que se otorgue la dispensa judicial, cuando los que ejercen la patria potestad o en su caso quienes ejercen la tutela del menor se nieguen a otorgar la autorización correspondiente, se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el Libro Cuarto, o sea de los procesos especiales, Título I, relativo a Jurisdicción Voluntaria. Artículo 425, en la siguiente forma:

⁷Pallares, Eduardo, Diccionario de derecho procesal civil, pág. 232.



Artículo 425. Dispensa judicial. En los casos en que, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, puede el juez suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores para que pueda contraer matrimonio un menor, la solicitud de éste se tramitará en forma de incidente con intervención del Ministerio Público, (hoy Procuraduría General de la Nación), y del opositor. Rendida la prueba, el juez, previos los informes que crea convenientes, concederá o negará la licencia. La resolución es apelable. Si antes de otorgar la licencia prestaren su consentimiento el padre, la madre, los abuelos, o el tutor, en su caso, del que la haya pedido, se sobreseerá el expediente.

5.3 Matrimonio por mandato

Para empezar atendiendo a cual es la naturaleza de este tipo de matrimonio se debe tener claro en que consiste el mandato, esta figura jurídica se puede definir como:

“Un contrato civil otorgado por una persona denominada mandante a otra persona denominada mandatario, a través del cual autoriza al mandatario para realizar determinadas acciones en nombre suyo, éstas actividades pueden consistir en llevar a cabo uno o más negocios determinados, por ejemplo, comprar una casa, administrar sus fincas agrícolas. Es aquel requerido expresamente por la ley para poder verificar ciertos actos jurídicos; para hipotecar, por ejemplo, atribuciones que no se le reconocen al mandatario en fórmulas amplias, pero inconcretas al respecto”⁸.

La Ley del Organismo Judicial (Decreto Número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala), regula a los mandatarios judiciales, la normativa se encuentra regulada en el Título VI, Capítulo I, contenida en los Artículos del 188 al 195.

⁸Cabanellas, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual, pág. 288



“Las personas hábiles para gestionar ante los tribunales, que por cualquier razón no quiera o no puedan hacerlo personalmente, o las personas jurídicas que no quieran concurrir por medio de sus presidentes, gerentes o directores pueden comparecer por medio de mandatarios judiciales, a cualquier acto siempre que tenga conocimiento de los hechos objeto del proceso. En caso de las sociedades constituidas en el extranjero, sus representantes que tengan facultades judiciales deberán sustituirlas en un abogado, para comparecer al juicio, si no tienen esa profesión” (Artículo 188 de la Ley del Organismo Judicial).

El mandato debe conferirse en escritura pública para los asuntos que se ventilen en forma escrita y su testimonio deberá registrarse en el Archivo General de Protocolos de la Presidencia del Organismo Judicial y en los registros que proceda conforme a la ley. Los mandatarios judiciales por el sólo hecho de su nombramiento, tendrán las facultades suficientes para realizar toda clase de actos procesales.

La naturaleza del mandato judicial estriba en la representación que se ejercita frente a un órgano jurisdiccional, teniendo únicamente las facultades que en la escritura respectiva se determinen, siendo eminentemente de carácter jurisdiccional para actuar ante el mismo, siendo actor o demandado, representado a cualquiera de ellos.

En conclusión el matrimonio por mandato es aquel que se autoriza entre dos personas, dentro de las cuáles una de ellas actúa en representación de otra, debidamente facultada a través de un instrumento público denominado mandato, como ya se ha indicado este debe otorgarse en escritura pública, la cual autorizará un notario y dicho profesional deberá inscribir el instrumento público en el registro de poderes.



Al momento de la autorización del matrimonio, el notario deberá hacer constar tal circunstancia en el acta respectiva. Haciendo comparecer al mandatario, pero estableciendo que éste actúa en representación del mandatario respectivo.

5.4 Matrimonio de militares

El Ejército de Guatemala, es una institución destinada a mantener la independencia, la soberanía y el honor de Guatemala, la integridad del territorio, la paz y la seguridad interior y exterior. Es único e indivisible, esencialmente profesional, apolítico, obediente y no deliberante. Está integrado por fuerzas de tierra, aire y mar. Su organización es jerárquica y se basa en los principios de disciplina y obediencia.

El Ministerio de la Defensa Nacional, es el ente rector y a quien corresponde formular las políticas o lineamientos para hacer que se cumpla el régimen jurídico relativo a la defensa de la soberanía nacional y la integridad del territorio. Es a su vez el órgano de comunicación entre el Ejército de Guatemala y los demás organismos del estado, con atribuciones operativas, administrativas y político estratégicas.

El Código Civil le reconoce la capacidad de celebrar el matrimonio entre personas que presten sus servicios dentro de la institución siempre que se den ciertos parámetros.

El Artículo 107 del Código Civil establece: Los militares y demás individuos pertenecientes al Ejército, que se hallen en campaña o en plaza sitiada, podrán contraer matrimonio ante, el jefe del cuerpo o de la plaza, siempre que no tengan ningún impedimento notorio que imposibilite la unión. Dentro de quince días de terminada la campaña o levantado el sitio, se enviara el acta original del matrimonio.

5.5 Matrimonio en artículo de muerte

In articulo mortis es una locución latina que significa "a punto de morir" y es muy usada en derecho y teología para definir acciones en el trance final del individuo hacia la muerte. Antiguamente era una condición sine qua non para recibir el Sacramento de la Extrema unción hasta que se universalizó en el Concilio Vaticano II.

El matrimonio en artículo de muerte tal y como lo indica el Artículo 105 del Código Civil, es aquel que puede ser autorizado en caso de enfermedad grave de uno o de ambos contrayentes, sin observar las formalidades legales ordinariamente requeridas, siempre que no exista ningún impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos, debiéndose constituir el funcionario en el lugar donde sea requerido, entendiéndose que la expresión, sin observarse las formalidades establecidas, no ha de considerarse en toda su laxitud, puesto que determinadas formalidades son de carácter necesario, no determinó con claridad el matrimonio en artículo de muerte.

Con respecto a nuestro ordenamiento legal vigente, se establece en forma clara lo que es el matrimonio en artículo de muerte, distinguiéndolo de lo que son los matrimonios ordinarios, ahora bien, debemos de tomar en cuenta que dentro de lo que es esta clase de matrimonios excepcionales, la ley da la facultad al funcionario autorizante de omitir aquellos requisitos que considere que no son necesarios.

5.6 Matrimonio de personas extranjeras

Acá abarcamos dos situaciones, una es la validez del matrimonio celebrado en el extranjero que para el efecto el código civil establece lo relativo al mismo.



El matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, producirá todos sus efectos en la República, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por algunas de las casusas que determina este código.

Los requisitos para contraer matrimonio generalmente son:

1. Certificación de nacimiento.
2. Documento de identificación.
3. Constancia de sanidad.
4. Certificación de soltería

Estos dos documentos deben venir firmados por el embajador o cónsul de Guatemala en el país de origen del contrayente, así como por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala.

Certificación médica de ambos contrayentes.

Publicaciones de edictos.

Celebrar capitulaciones matrimoniales con notario guatemalteco, sólo en el caso de que el contrayente sea extranjero y la contrayente guatemalteca.

Protocolizar con notario guatemalteco los documentos provenientes del exterior, de conformidad con la ley.

El hecho de contraer matrimonio civil en esta institución municipal no significa que la estadía del extranjero en Guatemala es legal y que puede quedarse de por vida en el país. Por el contrario, su situación migratoria debe ser tramitada ante las autoridades de Migración guatemaltecas.

5.7 Matrimonio de personas que han estado casadas

Ésta es una clasificación más de la institución del matrimonio y se da cuando una persona que ha estado casada o unida de hecho con tercera persona y desea contraer un nuevo matrimonio, y para el efecto debe acreditar legalmente la disolución del matrimonio anterior.

5.7.1 Formas de acreditar el estado de soltería

Cuando se va a autorizar un matrimonio en el que interviene una persona que ha estado casado anteriormente debe probar fehacientemente que el vínculo jurídico que lo unía a otra persona ha sido disuelto.

Esta situación puede ocasionarse por viudez o por divorcio, los medios legales para acreditar dicho estado de soltería puede probarse principalmente de la siguiente manera:

1. Certificación de divorcio. Como es bien sabido únicamente un juez competente puede autorizar la disolución del vínculo jurídico que nace del matrimonio, es decir, únicamente un juez competente puede autorizar el divorcio. El estado de libertad, puede probarse con la certificación de la resolución judicial.



2. La persona interesada en contraer matrimonio y que se ha divorciado, debe probar y garantizar el cumplimiento de prestar alimentos en el caso que hubieran procreado en el matrimonio anterior.

3. Certificación de defunción. Al momento que una persona fallece, debe inscribirse su defunción en el Registro civil del Registro Nacional de las Personas, el registrador civil extiende certificación de esta inscripción y ésta certificación es prueba suficiente para acreditar la soltería del cónyuge supérstite.





CAPÍTULO VI

6. Ausencia de obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras

El matrimonio de personas extranjeras en Guatemala es una clasificación del matrimonio como institución social, que con el transcurso del tiempo por razones ya sean de turismo, empleo, etc. Personas extranjeras que residen en Guatemala contraen matrimonio con personas guatemaltecas, incrementando cada vez más la cantidad de casos de autorización de este tipo de matrimonio.

En la legislación guatemalteca no se encuentran reguladas obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio en el que intervengan personas de diferentes nacionalidades.

Únicamente establece una serie de requisitos u obligaciones que el notario debe cumplir previo a autorizar dicho matrimonio. Dichas obligaciones previas serán estudiadas posteriormente.

Como se puede observar en el título del presente trabajo de investigación, el fondo del mismo es la ausencia de obligaciones posteriores por parte del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras en Guatemala, con el estudio y análisis de los diferentes cuerpos normativos guatemaltecos, efectivamente se puede establecer la ausencia de dichas obligaciones, mismas que en el transcurso del presente trabajo se desarrollarán y se propondrán.



6.1 Matrimonio de extranjeros autorizado en Guatemala

Es importante estudiar el tema de la nacionalidad dentro de este apartado, la nacionalidad como punto de partida y protección de una persona amparada por un estado, la cual puede ser transmitida o no por un acto jurídico como lo es el matrimonio.

En muchos países, el tema de la nacionalidad se regula a través del derecho civil y esta materia se considera dentro del Derecho Internacional Privado.

En otros estados en cambio, especialmente en Latinoamérica, se ha establecido la tradición de incluir en la Constitución los preceptos fundamentales sobre la misma por lo cual pasa a engrosar el estudio del Derecho Constitucional.

La nacionalidad es una situación social, cultural y espacial en la que influyen numerosos elementos que definen el escenario político y organizacional de un grupo determinado de personas.

Por ser la nacionalidad un hecho social, no puede ser estudiado como un concepto aislado, y no puede entenderse de manera unilateral, por lo que requiere ser entrelazada con muchos otros conceptos de la materia sociológica, de manera que el tema pueda acercarse lo más posible a un concepto palpable.

La Constitución Política de la República de Guatemala: describe en el Artículo 144: Nacionalidad de origen. Son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero.



Se exceptúan los hijos de funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados. A ningún guatemalteco de origen, puede privársele de su nacionalidad.

Guatemala concede la nacionalidad de origen con base al ius soli y al ius sanguinis, es decir a los nacidos en el territorio nacional, naves o aeronaves guatemaltecas además a los hijos de padre o madre guatemaltecos nacidos en el extranjero. Artículo 144 Constitución Política de la República de Guatemala.

En Guatemala esta regulado en su ordenamiento jurídico civil, el matrimonio de un extranjero con mujer Guatemalteca, si bien no se pronuncia sobre un caso análogo en cuanto al hombre guatemalteco con una mujer extranjera.

Sin embargo, esto nos da la pauta según el código que la mujer previo cumplimiento de una serie de requisitos impuestos en el ordenamiento jurídico puede contraer el matrimonio.

El ordenamiento Jurídico Guatemalteco en materia civil, protege a la mujer al momento de establecer los requisitos para contraer matrimonio, pues le solicita que se publiquen edictos el cual anuncie el matrimonio este para otorgar una seguridad jurídica del acto a efectuarse así como por integración de ley, los documentos debidamente legalizados por las autoridades correspondientes del país donde tenga su nacionalidad el hombre extranjero dejando una opción para que la mujer adopte esa nacionalidad.

Existe cierta diferencia en la legislación guatemalteca al establecer únicamente lo relativo al matrimonio de una mujer guatemalteca, más no así de un guatemalteco que contrae matrimonio con una extranjera.



6.2 Obligaciones y requisitos previos a la autorización de matrimonio y la inscripción del matrimonio en el territorio guatemalteco

El Artículo noventa y seis del Código civil, decreto ley ciento seis establece:

El contrayente que fuere extranjero o guatemalteco naturalizado, deberá comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado. Previamente a la celebración del matrimonio se publicarán edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por el término de quince días, emplazando a quienes sepan de algún impedimento para el mismo.

Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edictos, éstos perderán su efecto legal.

Para autorizar un matrimonio en Guatemala, la persona extranjera debe presentar su pasaporte válido y certificado de nacimiento. Además, personas que hayan tenido matrimonios anteriores deben presentar evidencia de la disolución de los mismos, por ejemplo, certificado de divorcio o certificado de defunción del cónyuge anterior. Cualquier documento que no sea de Guatemala presentado para el matrimonio ante el registro debe ser autenticado por un Cónsul Guatemalteco.

Las leyes guatemaltecas requieren prueba de capacidad legal para contraer matrimonio certificado por una autoridad competente que no exista ningún impedimento para casarse.

Misma que podrá acreditarse con la certificación de nacimiento extendida por el registro civil correspondiente.



Los requisitos o documentos que el interesado debe presentar para la autorización del matrimonio son:

1. Documento de identificación. Para el efecto el interesado puede presentar su pasaporte o bien el documento personal que corresponda.
2. Certificación de nacimiento. Extendida por el Registro Civil o el Registro de Personas, según el país que se trate.
3. Certificación de soltería. Esta certificación al igual que la certificación de nacimiento la extiende el Registro civil que corresponda.
4. Constancia de sanidad. Ésta consiste básicamente en un certificado médico que haga constar que el interesado no padece de enfermedad infecto contagiosa o que imposibilite la procreación.
5. Publicación de un edicto en el diario oficial. Esta publicación tiene por objeto hacer del conocimiento de la población sobre el matrimonio que está próximo a autorizarse, para el efecto quién sea afectado por éste, pueda presentar su oposición y de esta manera evitar la autorización del matrimonio.
6. Celebrar capitulaciones matrimoniales con notario guatemalteco, sólo en el caso de que el contrayente sea extranjero y la contrayente guatemalteca, cabe mencionar que las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse previamente a la autorización del matrimonio y deberán hacerse constar en escritura pública.



7. Protocolizar con notario guatemalteco los documentos provenientes del exterior, de conformidad con la ley del organismo judicial, cumpliendo con todos los requisitos que establece dicho cuerpo normativo.

Es importante mencionar la obligación que tiene en este caso el notario de enviar un aviso al Archivo General de Protocolos, dentro del plazo establecido en la ley, bajo pena de sanción en caso de incumplimiento con dicha obligación.

Los documentos que con anterioridad se detallan deben estar firmados por el embajador o cónsul de Guatemala en el país de origen del contrayente, así como por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala. A esta serie de legalizaciones que los documentos deben cumplir son los denominados pases de ley, cuyos requisitos están regulados en la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

Además si fueren documentos redactados en idioma distinto del idioma español, éstos deberán ser vertidos al idioma español, por traductor jurado, debidamente autorizado de conformidad con la Ley del Organismo Judicial.

El notario está obligado a cumplir con cada una de las disposiciones anteriores, con el objeto de garantizar la plena validez del matrimonio que autoriza, la observancia de estos requisitos previos es indispensable para demostrar que no existan impedimentos entres los contrayentes.



6.3 Consecuencias jurídicas del matrimonio de un extranjero en Guatemala

Las consecuencias se pueden considerar como los efectos que producen en sí el matrimonio como institución jurídica y la repercusión y trascendencia que tiene dentro de una sociedad políticamente organizada.

Hay que recordar que el hombre es un ente social y sobre todo que necesita de los demás para convivir, con lo que da origen a una dependencia mutua en mayor o menor grado.

La sociedad guatemalteca es más que el conjunto de personas individuales, que dentro de la circunscripción geográfica que ocupa Guatemala están unidos al Estado por un vínculo políticamente organizado, vínculo que como ya se ha estudiado con anterioridad denominamos como nacionalidad.

Por lo anterior es necesario analizar una de las causas que señala el Derecho Internacional Privado como la naturaleza cosmopolita del ser humano.

El Código Internacional Privado, regula de alguna manera lo relativo a los matrimonios que se autoricen fuera del país correspondiente a una persona, es decir a los matrimonios que las personas celebren en el extranjero, éste establece que para que sea válido se deben cumplir con los requisitos de ley del país en que se autorice y que para que éste sea válido en el país del cual son nacionales no deberá contrariar el ordenamiento jurídico de dicho país. Calos Larios Ochaita en su libro de Derecho Internacional privado establece en relación al ser humano y su naturaleza social:



El ser humano es un ser sociable, un ser que se relaciona con sus semejantes. Por otra parte es un ser inteligente y esencialmente inventivo.

Su naturaleza lo inclina a tratar de mejorar y éste deseo de mejorar lo ejercita a través de sus relaciones en todos los territorios, se relaciona en todos los territorios, se relaciona comercialmente y civilmente. Y a veces se involucra también plenamente.

Su deseo de mejorar lo lleva a relacionarse no solo con las personas que poseen su misma nacionalidad, sino también con aquellos que son extranjeros. Al relacionarse puede hacerlo dentro o fuera de su territorio de origen, de su domicilio de residencia. Hoy en día los medios de transporte le facilitan el desplazamiento en busca de mejoras.

Los medios técnicos de comunicación lo llevan a establecer relaciones de toda índole, las cuales tocan a diferentes jurisdicciones. A pesar de todo, un hecho permanece, y es el de que los derechos adquiridos sea como fueren permanecen y son respetados en todas las jurisdicciones.

En ese orden de ideas Guatemala como Estado políticamente organizado, tanto en sus leyes vigentes, entiéndase leyes fundamentales ordinarias, como tratados internacionales suscritos por diferentes Estados, ha considerado y establecido la posibilidad de que existan matrimonios en el que intervengan personas extranjeras con personas guatemaltecas, estableciendo de esta manera condiciones para la autorización de dicha institución con motivo del matrimonio de un extranjero, con una persona de nacionalidad guatemalteca.

En consecuencia dadas las formalidades y requisitos que exige nuestra legislación para que una persona individual (hombre o mujer) guatemalteca contraiga matrimonio, éste es legalmente válido. Las consecuencias de este matrimonio no tienen repercusión negativa dentro de nuestra sociedad, siempre y cuando la conducta se ajuste a la normatividad que rige dentro del Estado y no se transgreda la misma.

En ese orden de ideas Guatemala como Estado políticamente organizado, en sus leyes vigentes, tanto fundamentales ordinarias, como tratados internacionales suscritos por diferentes Estados, ha legalizado las diferentes situaciones que pueden suscitarse, con motivo del matrimonio de un extranjero, con una persona de nacionalidad guatemalteca. Dentro de algunas consecuencias jurídicas que nacen del matrimonio en el que interviene una persona extranjera en Guatemala podemos encontrar:

1. Nace el vínculo jurídico del matrimonio entre los cónyuges. Como cualquier matrimonio debidamente autorizado por funcionario legalmente facultado para el efecto, trae como consecuencia el nacimiento del vínculo jurídico entre hombre y mujer unidos legalmente en matrimonio.
2. Se da origen a una nueva familia. El matrimonio tiene como fin el ánimo de permanencia y el fin de estar juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí, al establecer la procreación y educación de los hijos, representa el nacimiento del núcleo familiar entre los cónyuges y sus hijos.
3. Se deben establecer capitulaciones matrimoniales, de conformidad con la legislación guatemalteca existe la obligación de otorgar capitulaciones matrimoniales.



4. Los contrayentes pueden adquirir la nacionalidad de su cónyuge. De conformidad con la legislación el cónyuge que así lo desee puede obtener la nacionalidad de su esposo o esposa según sea el caso, tal circunstancia deberá hacerse constar en el acta notarial de matrimonio en la que se hace constar la autorización del matrimonio contraído.

5. Los hijos nacidos dentro del matrimonio gozan de una doble nacionalidad. Esta es una consecuencia directa del hecho que ambos cónyuges posean diferentes nacionalidades, ya que por una lado poseen la nacionalidad de la madre y por el otro la nacionalidad del padre.

Esta última consecuencia es explicada más a profundidad con la teoría del ius sanguinis en relación a la nacionalidad, ya que la misma establece que las personas tienen derecho a poseer la nacionalidad de los padres en relación al derecho de sangre que los une a sus padres.

6.4 Necesidad de regular obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras

En el artículo noventa y seis del Código civil, citado con anterioridad, se encuentra una serie de requisitos y obligaciones que el notario debe cumplir previo a la autorización del matrimonio de personas extranjeras o guatemaltecos naturalizados, sin embargo con la lectura, estudio y análisis se puede establecer que no hay una regulación expresa que establezca alguna obligación posterior a la autorización del mismo.



Una vez se ha comprobado la falta de regulación sobre obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio en el que intervienen personas extranjeras, cabe establecer la necesidad de regular dichas obligaciones, para garantizar una mayor protección a la institución del matrimonio, adicionándolas al mismo artículo.

Regulando así dentro del artículo noventa y seis del código civil, para una mayor protección del matrimonio como una institución social y como origen de la familia, a la familia misma, las siguientes obligaciones posteriores del notario:

1. Enviar un aviso a la oficina consular del país correspondiente. Esto con el objeto de informar al Registro civil del país correspondiente sobre el matrimonio que ha autorizado y en el que interviene una persona nacional de dicho país, de tal manera que al momento de conocer sobre el matrimonio que se ha autorizado, o que ha contraído la persona se registre dicho matrimonio modificando directamente su estado civil en el registro civil correspondiente.

2. Razonar el pasaporte de la persona extranjera. Como bien es sabido el notario tienen la obligación de razonar la cédula de vecindad en el caso de los guatemaltecos, y siendo el pasaporte el documento que identifica al extranjero, también debería establecerse la obligaciones por parte del notario de razonar dicho documento.

Esto con el objeto que dicho matrimonio conste el documento de identificación extranjero y al momento de identificarse con este, se pueda observar y establecer claramente el estado civil del mismo.



Las obligaciones anteriores se proponen en virtud que es necesario que exista un registro en los países correspondientes sobre los matrimonios que sean autorizados en Guatemala, en relación a las personas que intervengan, es decir, que el país correspondiente debe tener conocimiento sobre el matrimonio que su nacional ha contraído.

Con el objeto de modificar el estado civil de la persona correspondiente, para el efecto que la persona al regresar a su país no se encuentre en estado de soltería o libertad y pueda contraer un nuevo matrimonio dentro de su territorio. Evitando de esta manera una duplicidad en el estado civil.

Dicho aviso debería contener los datos que hagan referencia al matrimonio y a las personas que intervengan en el, tales datos podrían ser como mínimo:

1. Oficina consular a quien va dirigido.
2. Lugar
3. fecha.
4. Notario autorizante
5. Datos personales de los contrayentes.
6. Nacionalidad.
7. Firma y Sello.

6.5 Necesidad de regular una sanción al notario que incumpla con la obligación propuesta

Con el objeto de garantizar el cumplimiento de la obligación que se propone con anterioridad, es necesario establecer una sanción al notario que autorice un matrimonio en el que intervenga una persona de nacionalidad extranjera y que incumpla con la obligación de remitir el aviso a la oficina consular.

Dicha sanción podría consistir en una multa que ha de interponerse al notario que incumpla con sus obligaciones, en primer caso; en caso de incumplir una vez más ésta podría aumentarse en una tercera parte y en caso de reincidencia el notario podría ser sancionado incluso con inhabilitación temporal, una vez subsanadas sus omisiones podrá ser habilitado.





CONCLUSIONES

1. El notario en ejercicio de su función pública y de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico guatemalteco, está legalmente facultado para autorizar matrimonios, así como el matrimonio en el que interviene una persona extranjera.
2. El matrimonio es una institución social, la cual recibe la protección jurídica de los Estados, porque representa la formación de la familia y del mismo se originan una serie de derechos y obligaciones, para ambos cónyuges.
3. Para la autorización de matrimonio de personas extranjeras y para su validez es necesario acompañar la documentación obligatoria y requerida por la ley.
4. La aplicación de las leyes vigentes y positivas al matrimonio tanto de nacionales, como de extranjeros, proporcionan las directrices para conocer los efectos jurídicos de esta institución.
5. Es necesario establecer obligaciones del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras en Guatemala, así como es necesario establecer una sanción al notario que incumpla con las obligaciones que se proponen en el presente trabajo de investigación, con el objeto de garantizar su efectivo cumplimiento.





RECOMENDACIONES

1. Para un mayor conocimiento sobre el notario como funcionario público, así como la función que éste realiza, es aconsejable su estudio desde sus inicios hasta la época contemporánea.
2. El notario como funcionario facultado legalmente para autorizar un matrimonio debe observar cada uno de los requisitos establecidos en la ley para garantizar la plena validez del mismo.
3. El matrimonio de personas extranjeras toma un carácter internacional debido a la intervención de personas con diferentes nacionalidades, por lo que es recomendable estudiar esta clasificación desde un punto de vista internacional.
4. El Congreso de la República como ente facultado para reformar las leyes, debe reformar el Artículo noventa y seis del Código Civil, adicionando las obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras así como una sanción en caso de incumplimiento.
5. El aviso que se propone dentro de las obligaciones posteriores del notario que autoriza un matrimonio de personas extranjeras tiene por objeto que el país del cual es nacional la persona extranjera, tenga conocimiento sobre el matrimonio que ésta persona ha contraído, por lo que dicho aviso debe contener toda la información necesaria, entiéndase como mínimo los datos de ley para



identificarlos y en cuanto a la sanción a interponer, ésta debe incrementarse proporcionalmente cada vez que el notario incumpla, con el fin de evitar la reincidencia en la omisión del notario.



BIBLIOGRAFÍA

CARRAL, Luis. **Derecho Notarial y Registral**. México: Editorial Porrúa, 2005.

Diccionario de la Real Academia Española. (s.l.i.): Real Academia Española, 2001.

ESCOBAR GRAMAJO, María Fabiola. **Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 118 inciso 4 del Código Civil, Decreto Ley 106, en la desigualdad del matrimonio de los cónyuges extranjeros**. Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012.

GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de Derecho Notarial**. Argentina: Editorial Depalma, 1997.

JIMENEZ PÉREZ, Mirna Patricia. **Consecuencias jurídicas sociales del matrimonio de extranjeros Guatemala**. Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El matrimonio civil autorizado por notario y por ministro de culto**. Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1981.

PÉREZ CASTELLANOS, Marco Tulio. **Análisis jurídico de la función notarial**. Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009.

SAVRASKY, Moisés Guerra. **Función y responsabilidad notarial**. Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1962.



Legislación:

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

Código Civil, Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

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

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