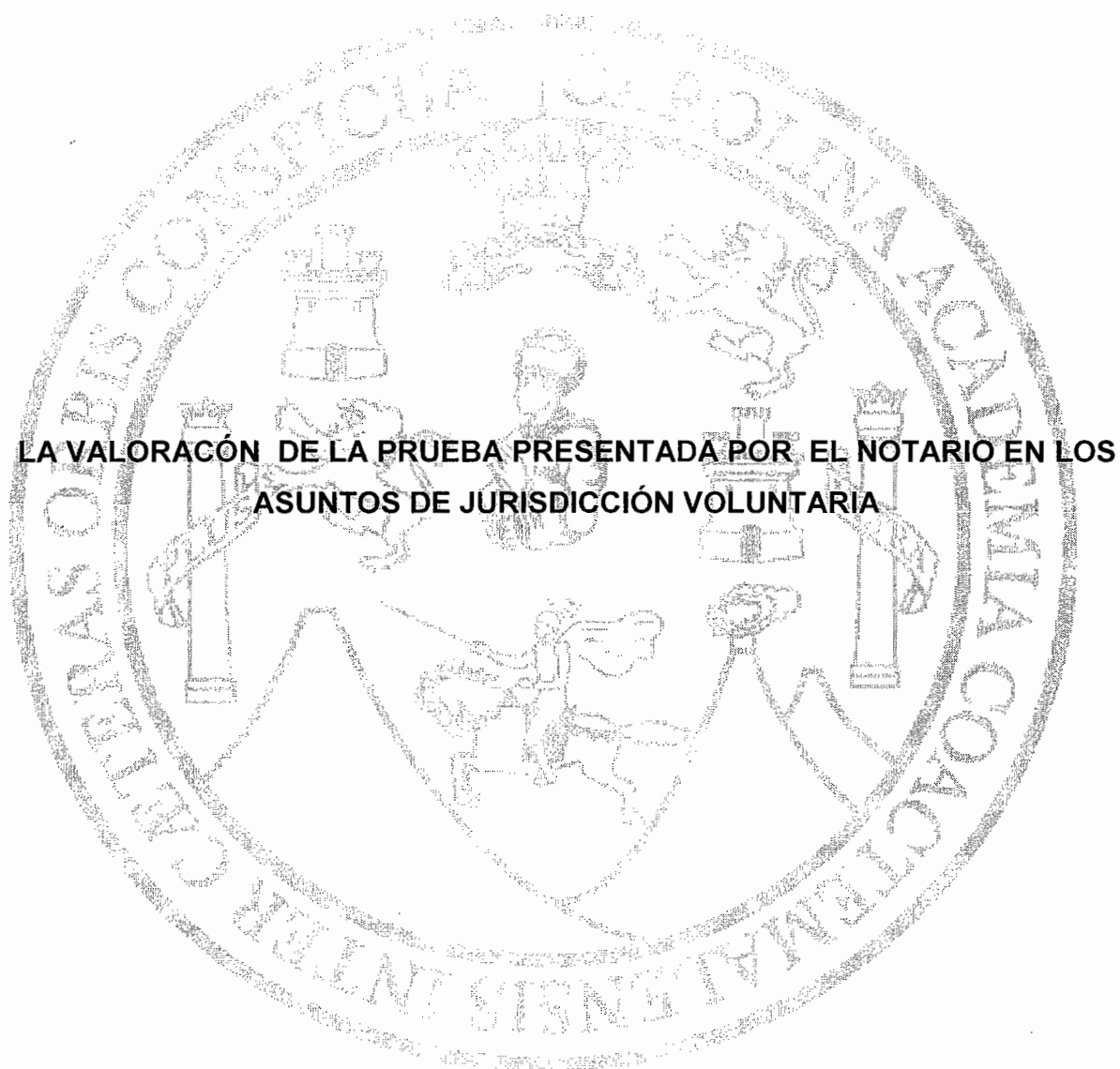


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR EL NOTARIO EN LOS
ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

KARLA ISABEL MENÉNDEZ ORELLANA

GUATEMALA, ABRIL DE 2015

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

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR EL NOTARIO EN LOS
ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KARLA ISABEL MENÉNDEZ ORELLANA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril 2015

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

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta :	Licda.	Bélgica Anabella Deras Román
Vocal:	Lic.	Bayron René Jiménez Aquino
Secretaria:	Licda.	Ninfa Lidia Cruz Oliva

Segunda Fase:

Presidenta :	Licda.	Iliana Noemí Villatoro Fernández
Vocal:	Lic.	Ovidio Rosales Dávila
Secretario:	Lic.	José Luis Portillo Recinos

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).



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 02 de noviembre de 2012.

ASUNTO: KARLA ISABEL MENÉNDEZ ORELLANA, CARNÉ No. 200816315, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20121298.

TEMA: "LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR EL NOTARIO EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA."

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado DANIEL MAURICIO TEJEDA AYESTAS, Abogado y Notario, colegiado No. 9,219.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.

Licenciado
Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
Abogado y Notario



Guatemala 19 de enero de 2015

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Distinguido Dortor:

En atención a la providencia emitida por la Unidad a su cargo, de fecha 02 de noviembre de dos mil doce, en la que se me nombró ASESOR del trabajo de tesis de la bachiller KARLA ISABEL MENÉNDEZ ORELLANA, intitulado **“LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR EL NOTARIO EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”**, y que oportunamente procedí a asesorar el trabajo de tesis y me complace informarle lo siguiente:

- a) La elaboración del trabajo se realizó bajo mi inmediata asesoría y en su oportunidad sugerí correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré en su momento, eran necesarias para una mejor comprensión y presentación del tema desarrollado en la investigación de mérito, habiéndose enfocado la misma desde la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con disciplina.
- b) En cuanto a la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia adecuada, para un buen entendimiento, así como la utilización del método deductivo e inductivo, analítico, racional/reflexivo, crítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documenta.
- c) La redacción del trabajo asesorado fue elaborada de manera sencilla y clara para la fácil comprensión de los lectores que se interesen con este tema.
- d) El presente trabajo de investigación es de suma importancia porque se hace un análisis jurídico y doctrinario de la prueba que el notario debe

Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
Abogado y Notario

Licenciado
Daniel Mauricio Tejada Ayestas
Abogado y Notario



de valorar en los asuntos de jurisdicción voluntaria para que se abuse de la Fe pública que el Estado le ha otorgado y que los familiares en los casos de disposición o gravamen de menores, ausentes e incapaces se sientan seguros que se realizara ningún tramite sin estar debidamente comprobado que se necesita hacer.

- e) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- f) El trabajo realizado, contenido en cinco capítulos comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas y la redacción son congruentes con los temas tratados en la investigación, es por ello que al cumplirse con los requisitos establecidos en el Artículo 32 de la Normativa para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Exámen General Público, resulta procedente dar el Presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular me suscribo atentamente,

Lic. Daniel Mauricio Tejada Ayestas
Abogado y Notario

Lic. Daniel Mauricio Tejada Ayestas
Asesor de Tesis, Colegiado 9,219



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



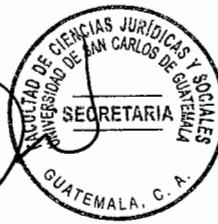
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 16 de marzo de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante KARLA ISABEL MENÉNDEZ ORELLANA, titulado LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR EL NOTARIO EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 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/srrs.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]

Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme sabiduría para poder alcanzar mi sueño y porque nunca me abandona. Gracias Dios.
- A MIS PADRES:** Carlos Menéndez e Isabel Orellana, por darme los mejores consejos y guiarme por el buen camino y porque lo único que deseo en esta vida, es que se sientan orgullosos de mí.
- A MIS ABUELOS:** Adela Corado, Eduardo Menéndez (Q.E.P.D.), Ángela Romero y Jesús Orellana (Q.E.P.D.). Les agradezco su amor, empeño y dedicación; y por darme los mejores padres del mundo.
- A MIS HERMANOS:** Melvin (Q.E.P.D.), Omar, Esdras, Merlin, Obed y Dinita. Especialmente a Adela por su apoyo en el transcurso de mi carrera.
- A MIS TIOS Y PRIMOS:** Por todo el cariño y el apoyo que me han brindado en el transcurso de mi vida.
- A MIS SOBRINOS:** Que mi éxito sea un ejemplo en sus vidas para alcanzar sus sueños.
- A MIS AMIGOS:** A todos por su Cariño y apoyo, y por convivir momentos de felicidad y estar allí en los momentos más difíciles. Agradezco su amistad.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Por compartir sus conocimientos y enseñarme a ser una profesional de éxito.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme ser parte del equipo de triunfadores.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El notario y su función notarial	1
1.1. Origen del derecho notarial	1
1.2. El notario en Guatemala.....	4
1.3. Caracteres del notario.....	6
1.4. Concepto de notario	9
1.5. Características de notario.....	10
1.6. Principios fundamentales del desarrollo del notario y su función.....	11
1.7. Fuentes de derecho notarial.....	15
1.8. La función notarial	15
1.9. Intervención del notario en los asuntos de jurisdicción voluntaria	17
1.10. Regulación legal.....	18
1.10.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....	18
1.10.2 Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.....	19
1.10.3 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República	20
CAPÍTULO II	
2. Jurisdicción voluntaria.....	21
2.1. Antecedentes Históricos.....	21
2.2. Antecedentes Históricos de la jurisdicción voluntaria en Guatemala.....	22
2.3. Características.....	23
2.4. Principios fundamentales	24



2.5.	Naturaleza jurídica.....	26
2.6.	Definición legal.....	27
2.7.	Leyes que contienen los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	27
2.7.1	Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria	27
2.7.2	Asuntos contenidos en el Decreto-Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.....	30
2.7.3	El Decreto-Ley 125 Ley de Rectificación de Área.....	30
2.8.	Procesos de jurisdicción voluntaria.....	31
2.8.1	Disposición y gravamen de bienes de menores.....	31
2.8.2	Disposición y gravamen de bienes de ausentes.....	33
2.8.3	Disposición y gravamen de bienes de incapaces.....	39
2.8.4	Reconocimiento de preñez o parto.....	41
2.9.	Procedimiento de disposición o gravamen de bienes de menores, incapaces o ausentes.....	43
2.10.	Procedimiento de reconocimiento de preñez o parto.....	44

CAPÍTULO III

3.	La Procuraduría General de la Nación y su intervención en los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	47
3.1.	Antecedentes históricos de la Procuraduría General de la Nación.....	47
3.2.	Concepto de Procuraduría General de la Nación.....	49
3.3.	Definición de Procuraduría General de la Nación.....	50
3.4.	Fundamento de la Procuraduría General de la Nación cuando emite su opinión en los casos de jurisdicción voluntaria.....	51



- 3.5. Funciones y atribuciones de la Procuraduría General de la Nación.....51
- 3.6. Funciones de la Procuraduría General de la Nación.....53
- 3.7. Funciones consultora de la Procuraduría General de la Nación.....53
- 3.8. El carácter vinculante del dictamen de los asuntos de jurisdicción voluntaria.....54
- 3.9. Asuntos de jurisdicción voluntaria en que interviene la Procuraduría General de la Nación.....55
 - 3.9.1 Dictamen en la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.....55
 - 3.9.2 Ausencia y muerte presunta.....57
 - 3.9.3 Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.....59
- 3.10. Regulación Legal.....60
 - 3.10.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....60
 - 3.10.2 Ley Orgánica del Procuraduría General de la Nación Decreto 512 del Congreso de la República.....61
 - 3.10.3 Ley Organica del Ministerio Público, Decreto número 40-94 del Congreso de la República.....62

CAPÍTULO IV

- 4. La valoración de la prueba que realiza en notario en los asuntos de jurisdicción voluntaria.....65
 - 4.1. Antecedentes de la prueba.....65
 - 4.2. Concepto de prueba.....65
 - 4.3. Naturaleza jurídica de la prueba.....66



Pág.

4.4. Fines de la prueba.....	67
4.5. La carga de la prueba.....	68
4.6. Clasificación de la prueba.....	69
4.7. Procedimiento probatorio.....	69
4.8. Reglas de valoración de la prueba.....	70
4.8.1 Libre convicción.....	71
4.8.2 La prueba en conciencia.....	72
4.8.3 La prueba tasada.....	73
4.8.4 La sana crítica razonada.....	74
4.9. Medios de prueba señalados por nuestra legislación.....	75
4.9.1 Declaración de parte.....	75
4.9.2 Declaración testimonial.....	75
4.9.3 Prueba documental.....	76
4.9.4 Prueba de expertos.....	77
4.9.5 Reconocimiento judicial.....	78
4.9.6 Medios científicos.....	79
4.9.7 De la prueba de presunciones.....	79
4.10. La valoración de la prueba como acto de descentralización del notario.....	79
4.11. Apreciación de la prueba por parte del notario.....	80
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

La jurisdicción voluntaria constituye una serie de asuntos que tienen su procedimiento, reconocido y amparado por la ley, en los que no hay litis y que de manera potestativa, a requerimiento del o los promovientes, puede tramitarse en forma judicial o notarial. La forma notarial es la que los notarios como auxiliares de los órganos jurisdiccionales, están facultados a través de su fé pública para tramitar a rogación de parte, los procedimientos que están regulados en el Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley Regulada de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y en el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto-Ley 107.

Existen asuntos de jurisdicción voluntaria en los cuales la prueba juega un papel importante, y aparece como una etapa en su procedimiento, estos asuntos son la disposición y gravámenes de bienes de menores, incapaces y ausentes y el reconocimiento de preñez o parto. La prueba tiene sus cuatro momentos o etapas y estos son el ofrecimiento (es el anuncio de la prueba), proposición o petitorio (es la solicitud de la admisión del medio de prueba) diligenciamiento (es el desarrollo de la prueba ejemplo cuando se escuchan los testigos) y valoración (es la que hace el juez al momento de dictar sentencia), la valoración cuenta con reglas que se van a aplicar de acuerdo a la regulación legal de la materia.

El fin de la presente investigación fue establecer si está regulado en la legislación, un método, para realizar la valoración de la prueba en los asuntos de jurisdicción voluntaria tramitados por el notario que tienen establecida la etapa probatoria, y en qué se basa el notario para valorar y decir que es suficiente, por tal razón existe la necesidad de establecer un método para el notario y cuando realice la etapa de la valoración de la prueba se tenga la certeza que se cumplió con lo requerido, y así ayudar a la buena realización de dichos procedimientos.

El Artículo 12 del Decreto número 54-77 de Congreso de la República establece que el notario mandará a recabar la prueba propuesta y practicará, de oficio cuantas diligencias sean convenientes. Pero en ningún momento establece los requisitos que debe de llenar para realizar dicha valoración que el notario manda a recabar.



El presente trabajo de tesis constan de cuatro capítulos: el capítulo I, describe el derecho notarial y su función; el capítulo II, trata sobre la jurisdicción voluntaria; en el capítulo III, hace mención de la intervención que tiene la Procuraduría General de la Nación en los asuntos de jurisdicción voluntaria; y por último, el capítulo IV, que se refiere a la valoración de la prueba que realiza el notario en los asuntos de jurisdicción voluntaria.

En dicha investigación se ha señalado como método los siguientes: método inductivo: la inducción es un método de conocimiento, que parte de datos o casos particulares hasta llegar a formular principios o reglas de valide y método deductivo: método de investigación que parte de un principio o regla general para estudiar un caso y encontrarle una posible solución; igualmente se trató de tomar en cuenta el método histórico: trata de la experiencia en forma descriptiva, su objeto es aplicar los métodos del pensar reflexivo a los problemas sociales todavía sin resolver, por medio del descubrimiento de tendencias pretéritas, acontecimientos, hechos y actitudes; la técnica de investigación utilizada fue la bibliográfica.



CAPÍTULO I

1. El notario y su función notarial

1.1 Origen del derecho notarial

El desarrollo de la institución notarial, ofrece en todas las épocas, situaciones comparativas de sumo interés. En un principio los notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrollaron y adquirieron la fe pública; al inicio, en forma indeleble, más tarde consolidada y legislativamente aceptada.

Como precedente del notario se encuentra que, entre los hebreos existían variedades de clases de escribae, de los cuales, pese a no ser muy bien considerados en el cargo, suele afirmarse que ejercían fe pública, en un sentido moderno y daban autoridad a los actos que suscribían, aunque esta fe no fue prestada de un modo material y con la propia autoridad del sello de escribano, si no por la fe que dimanaba sin delegación del escribano de la persona de quien este dependían. En cambio si se trataban, de escribas del pueblo, su misión era aún menos jurídica, ni aun en lo externo, pues parece ser que se limitaban a prestar sus conocimientos caligráficos, y el documento para ellos redactados no tomaba fuerza ninguna de la intervención de los escribas.

En el Código de Hammurabí, es donde menos fuerza se encuentra, los autores que defienden la permanencia histórica del notariado, ya que si bien si encuentran vestidas de la prueba testifical, nada de eso parece indicar la existencia de organismos o personas específicamente encargadas de intervenir en la redacción de los contratos ni de preparar las pruebas de su celebración.



Por lo que en Grecia se refiere, es un hecho histórico la existencia de oficiales públicos encargados de redactar los contratos de los ciudadanos y, al decir de los autores antiguos de derecho notarial, su ministerio era considerado tan necesario que Aristóteles, en el año de 360 Antes de Cristo afirma que dichos oficiales existían en cada pueblo civilizado.

“Se puede afirmar que el siglo VI de la era Cristiana, por primera vez, existe una relación positiva del notariado, debido a Justiniano que en su enorme obra de Compilación y Legislación, conocida como corpus juris civiles, dedica en una parte a la regulación la actividad del notario tabellio, al protocolo y otorga el carácter de fidedigno con pleno valor probatorio al documento por él redactado. Este personaje era un conocedor de las leyes, redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba el documento a las partes; su actuación era obligatoria y respondía ante las autoridades, si el documento por el confeccionado era nulificado por ilicitud”¹

En Roma hubo una serie de personas que redactaban documentos y según Fernández Casada, fueron conocidas como “Notarii”, “scriba”, “tabelione”, “tabulari”, “amanuenses”, “refrandarii”, “cancelarii”, “diástoleos”, “consensuales”, “libalenses”, “merarii”, “epistolares”, “consilarii” y “congnitores”². Los textos legales del derecho Romano en sus diversas épocas permitían hablar de una multitud a quienes de modo parcial está encomendada la misión notarial. Esta variedad no prueba en definitiva, si no que la función notarial está dispersa y atribuida a variados oficiales públicos o privados sin que originalmente se reúnan todas las atribuciones en una sola persona.

¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*, pág. 1

² *Diccionario de la Real Academia Española. Tomo I, pág. 634*



Se debe tener presente, la evolución del notariado romano, las transformaciones operadas en el transcurso de la historia en Roma en la forma contractual de este derecho. Aun en los momentos de mayor rigor formalista, la forma no es nunca documental como requisito de su existencia, es necesario que se pronuncien o escriban las palabras del rito contractual para que el contrato se produzca. La forma escrita, que acaba por predominar en las costumbres facilita la prueba.

A partir del derecho Justiniano, el tabellio se convirtió en un factor muy importante en la evolución del derecho, con la aplicación consuetudinaria de las normas del corpus juris civiles, adaptándoles a los lugares y cambios sociales por medio de la creación de formulas nuevas.

“Es materia en la que luchan dos tendencias contradictorias de la antigüedad la institución notarial. Un sector doctrinal, acaso el más numeroso, se inclinan a afirmar que el notariado en una institución reciente en la historia del mundo aparece con caracteres perfilados en el bajo imperio, que el derecho bizantino el que, al unificar tabularios y tabeliones, da lugar a un primer grado en la evolución de la institución”³.

Fueron las dos escuelas del derecho, de derecho romano y de derecho canónico, de la célebre Universidad de Bolonia, la nutrixlegum, las que crearon la base científica de la función profesional durante el siglo XI. Por medio de los estudiosos, sobre todo clérigos, el notariado latino, portador de la precaria recepción del derecho romano y el derecho canónico, llegaban a Bolonia y a Alemania durante los Siglos XII y XIII.

³Giménez-Arnau, Enrique. **Derecho Notarial**, pág. 88



Lo cierto es que al final de la edad media se va consolidando la función notarial, al igual que en España, las leyes de los diversos países, consagraron la figura del escribano como un cargo público. El ocaso de esta edad, como la época moderna, no produce fundamentalmente alteración en la organización de cada país da a la función. Se produce aquí y allá reformas importantes, como el progreso en la conservación de los protocolos, el cambio de minuta por el instrumento matriz, alteraciones en la organización corporativa, etc.

En Bolonia se fundó, probablemente, la primera escuela notarial, gracias a Raniero de Perugia. A partir de entonces el arte de la notaría “Ars Notarie” adquiere verdadera dignidad científica.

1.2 El notario en Guatemala

El escribano colonial, inicialmente para su ejercicio no precisaba preparación académica. Las leyes de la época hablaban de “cristianos de buena fe”⁴, es decir lo que se requería era probidad, honradez y lealtad por parte del ejercitante.

Ya en la colonia, los escribanos debían tener alguna formación jurídica práctica y debían llenar requisitos, tales como: ser del estado seglar, edad, buena fama, y formación moral. La práctica la adquirían en una pasantía de cuatro años en escribanías o juzgados, después de los cuales obtenían el título de escribanos real.

Según escribe 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

⁴ Lujan Muñoz, Jorge. Los escribanos de las Indias occidentales, pág. 65



julio de año 1524. En esta primera acta el cabildo aparece actuando el primer escribano: Alfonso de Reguera⁵. El escribano de cabildo no ejercía como escribano público, solo había un escribano público en la ciudad, en el caso de ausencia debían nombrar a otro. El nombramiento, recepción y admisión del escribano público lo hacía el cabildo. En la Guatemala colonial nunca existió un colegio o universidad, donde pudieran adquirir conocimientos científicos los escribanos. Durante la denominación española, hubo una separación total entre profesión notarial y educación universitaria.

Parece ser que los escribanos de esa época no gozaban de buena fama, en los pueblos indígenas hubo que suprimir las plazas de escribanos, pues estos actuaban provocando pleitos para cobrar luego costas y honorarios en los juicios que suscitaban, y obligaban a los pobladores a hacer escrituras innecesarias. La etapa formativa del notariado en 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.

Antes de que la Universidad de San Carlos de Guatemala alcanzara su autonomía, no era forzoso obtener el título de abogado juntamente con el de notario. Se otorgaba cada título por separado, pudiendo ejercer solo el notariado como profesión tal como sucede en muchos países, más no en Guatemala.

En Guatemala, se aplica el notariado de tipo latino, y según este el notario es libre; todo egresado de la Universidad con los títulos de Abogado y Notario, que llene los

⁵ *Ibid*, pág. 77.



requisitos que especifica el Código de Notariado y que esté debidamente colegiado para que pueda ejercer como notario y en cualquier lugar y en cualquier momento.

En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 está reconocida la seguridad como uno de los deberes del Estado y un derecho de la persona en el Artículo 2 que establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

Existe también una corriente moderna que establece la jurisdicción voluntaria que ejercita el notario a dar certeza jurídica a los habitantes del Estado.

Por último se quiere hacer énfasis en la importancia que adquirió el notario en la Constitución, al mencionarlo como un funcionario que está facultado para determinados asuntos.

Al derecho notarial se le puede definir como el conjunto de doctrinas y teorías del instrumento público. Y el objeto de este es la creación del instrumento público y para esto se debe tener conocimientos doctrinarios y jurídicos suficientes.

1.3 Caracteres del notario

El primer congreso internacional del notariado latino, celebrado en 1,948 en Buenos Aires, Argentina, citado por Jorge Mario Castillo González. “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 este fin y confiriéndoles autenticidad; conservando los originales de estos



y expidiendo copias que dan fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticidad de los hechos”.⁶

A diferencia del notariado en el sistema latino, en el notariado anglosajón, no necesariamente debe ser un profesional del derecho, tanto que únicamente rellena formatos impresos, por lo que su labor es de interpretación y de dirección mínima; la tarea de redacción prácticamente no existe. Además, es un funcionario administrativo que depende del Estado.

La definición del notario antes descrita en Guatemala define lo que es el notario, ya que nuestros notarios deben de tener título facultativo, lo que lo capacita para interpretar la voluntad de las partes, asesorar y aconsejar a los interesados y redactar el instrumento público que contenga el hecho o negocio jurídico. En la expresión dar forma legal se puede entender comprendidas estas actividades de la función notarial.

Dentro de las tareas o cometidos del notario se encuentran los siguientes:

- a). Tarea de la creación o elaboración jurídica: recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes;
- b). Tarea de redacción: elaborar los instrumentos adecuados a su fin;
- c). Tarea autorización o autenticación: confirmando autenticidad a los documentos;
- d). Tarea de conservación; o custodio de los originales de los instrumentos públicos;

Tomando en cuenta lo anterior se puede señalar como caracteres propio del notario los siguientes:

⁶ Castillo Gonzales, Jorge Mario. **Requisitos para ejercer el notariado en Guatemala**, pág. 19.



- Tiene calidad de profesional del derecho, ya que corresponde a su misión “asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen.”⁷
- Al ser depositario de la fe pública, se constituye con apariencia de funcionario público.
- Es un profesional independiente, derivado de la autonomía de la función notarial.
- Es un órgano cautelar: se adelanta a “prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus clientes”⁸.
- El notario es a la vez órgano y titular a diferencia del funcionario público que varía al cambiar la persona que ocupa el puesto. Esto deriva de la calidad personalísima de la función notarial.
- Su función es indelegable: lo que el notario no puede encargar a sus subordinados tareas pues no puede delegar a nadie la facultad de dar fe.
- Es imparcial: su profesión “le obliga a proteger a las partes con igualdad, librándolos con sus explicaciones imparciales y oportunas, de los engaños a que pudiera conducirlos su ignorancia, y de los ardides que pudiere tenerles su mala fe.”⁹ Su imparcialidad debe de manifestarse también frente a terceros a quienes alcancen los efectos del acto, y frente al Estado.
- Sus armas propias son los medios idóneos que tácticamente debe conocer y emplear.

⁷ Giménez-Arnau, **Ob. Cit**; págs. 67 y 68

⁸ Larraud-Rufino. **Curso de Derecho Notarial**, pág. 138

⁹ **Ibid**, pág. 140



- Percibe una retribución **por sus servicios: honorarios previstos en el arancel o contratados libremente** con las partes. En caso de ser funcionario administrativo es remunerado por el Estado.
- El notario ejerce una profesión de confianza: muchas veces las personas les hacen consultas personales de tipo familiar, patrimonial, económico y hasta moral **sin que tenga frecuentemente ninguna relevancia jurídica.**

1.4 Concepto notario

Ruiz Gómez citado por Giménez-Arnau en su libro Derecho Notarial, dice que “notariado es el cuerpo facultativo que forman los notarios en todo la nación”¹⁰. De igual manera el aludido autor cita a Fernández Casado, quien entiende por notariado “el conjunto de personas adornadas de título para ejercer el arte de la notaría.”¹¹ En idéntico sentido, la mayoría de los autores modernos, al definir al notario, hacen referencias al contenido de **la función.**

El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias que den fe de su contenido.

De igual manera el notario **está facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos llamados de jurisdicción voluntaria.**

¹⁰ Gimenez- Arnau, Ob. Cit, pág. 47

¹¹ *Ibid*, pág.48



Cuenta con sus requisitos habilitantes para ejercer la profesión que las establece el Código de Notariado en su segundo Artículo del Código de Notariado.

Conviene fijar el concepto doctrinal y teórico de lo que es el notario, cual es la idea que se sostiene en el sistema latino. El notario, en el sistema latino tiene como función documental, es decir justificar el documento apoyado en la autoridad estatal, los acuerdos realizados entre las partes contratantes, y por eso puede decirse que crea el documento, cuyo contenido no es otro que esos acuerdos atinentes a los extremos del negocio o contrato, esto es, los elementos esenciales y sustanciales que configuran y tipifican el contrato, o, en otras palabras que ajustan las varias estipulaciones a un tipo de contrato así configurado y sus accidentales, atribuyéndoles además al documento y por ende, al contrato mismo, las calidades de certeza, veracidad, seguridad y autenticidad.

1.5 Características del notario

Las características más comunes son:

- a) Actúa dentro de la fase normal del derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto.
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público.
- c) Que aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos o actos hechos, de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.



d) Que es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse entre la división de derecho público y derecho privado.

Siempre se ha sostenido que el campo de actuación de notario es en la fase normal del derecho, donde no existe litis. Cuando el conflicto o litis se ha armado es el campo de la actuación del abogado y no notario.

1.6 Principios fundamentales del desarrollo del notario y su función

Al hablar de principios se está ante un campo inexplorado y en materia de principios aun no se ha formulado expresamente y son los siguientes.

- **Principio de la fe pública:** La fe pública se discute si es un carácter, una calidad o un principio, Nery Muñoz, dice: "En definitiva: puede respectivamente afirmarse que la fe pública; es un principio real de derecho notarial, pues viene a hacer como una patente de crédito que necesita forzosamente para el que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se traduce como una realidad evidente."¹²

En sí la fe pública es la presunción de veracidad en los actos autorizados, por un notario, los cuales tienen un respaldo total, salvo prospere la impugnación por nulidad o falsedad.

- **Principio de la forma:** Es la adecuación del acto a la forma jurídica, dicho en otras palabras, el derecho notarial preceptúa la forma en que se debe plasmar en el instrumento público, el acto o negocio jurídico que se está documentando. El derecho

¹² *Ibidem*. Vol. I, pág. 376



notarial, como el derecho procesal, da normas contentivas de requisitos; por ejemplo el Código Procesal Penal en el Artículo 302, establece los requisitos que deben cumplir para elaborar una querrela; así también lo hace el Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo 61. Pues bien el Código de Notariado en el Artículo 29 enumera también los requisitos o formalidades para redactar un instrumento público ya que regula lo que estos deben de contener, por lo tanto da la forma.

- **Principio de la autenticación:** “El instrumento público trasunta creencia de su contenido, y, por tanto, además de auténtico es fehaciente”¹³. Pero para que revista este carácter el hecho o acto productor de derechos debe ser visto y oído, esto es, percibido sensorialmente, y, por tanto, “consignado comprobado y declarado por un funcionario público investido de autoridad, y de facultad autenticadora.”¹⁴

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

- **Principio de la inmediatez:** “La función notarial demanda un contacto entre el notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público”¹⁵

El notario siempre debe de estar en contacto con las partes con los hechos y actos que se producen dando fe de ellos. Este principio no implica que sea el notario el que

¹³Fernández Casado, Miguel. Tomo I, pág. 18

¹⁴Navarro Azpeitia. F. Actas de Notoriedad, pág. 57

¹⁵Ob. Cit. Vol I. pág. 37



escriba el documento o sea el autor materia, ya que para ello puede tener un escribiente o auxiliarse de cualquier medio moderno para hacerlo.

- **Principio de rogación:** Se ha dicho que la intervención del notario debe ser solicitada; no puede actuarse de sí mismo o de oficio. El Artículo 1 del Código de Notariado lo contempla: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos que intervengas por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”

- **Principio de consentimiento:** El consentimiento es uno de los requisitos esenciales y debe de estar libre de vicios si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y la aceptación, queda plasmada mediante la firma del o los otorgantes, expresa el consentimiento.

- **Principio de unidad de acto:** Este principio se base en que el instrumento debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y no es lógico, ni legal que sea firmado un día por unos de los otorgantes y el otro día por el otro, debe existir unidad de acto.

-**Principio de protocolo:** El protocolo es donde se plasman las escrituras matrices u originales y es necesario para la función notarial, debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos que el mismo contiene, así como la facilidad de obtener copias de ellos. El protocolo es un elemento de forzosa necesidad para el ejercicio de la función pública, por las evidentes ventajas que reporta de garantía y seguridad jurídica, por la fe pública y eficacia probatoria que trasunta las escrituras matrices.



- **Principio de seguridad jurídica:** Este principio se basa en que la fe pública que tiene el notario y por lo tanto los **actos que él legaliza** son ciertos, existe **certidumbre y certeza**. El Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo 186 establece que los instrumentos autorizados por **notario producen fe y hacen plena prueba**.

- **Principio de publicidad:** Los actos que autoriza el notario son públicos, por medio de **la autorización notarial** se hace pública la voluntad de la personas. Este principio de publicidad tiene una excepción y **se refiere a los actos de última voluntad, testamentos, donaciones por causa de muerte**. El Código de Notariado, impone la obligación al notario a expedir **testimonios o copias de escrituras** que autorice a cualquier persona que lo solicite.

- **Principio de imparcialidad:** Por último pero no menos importante, está el principio de imparcialidad.

La imparcialidad "pretende **asegurar la adecuada** prestación del ejercicio profesional en forma limpia, inmaculada. Un notario comprometido con amarras y compromisos, sesgará la redacción de documentos según su conveniencia e interés."¹⁶

Afirma que en muchos países en donde se lleva el notariado de tipo latino, se dan prohibiciones concretas para no ejercer la función notarial, ejemplos, cuando desempeña labor remunerativa, o cualquier otra donde exista una relación laboral.

¹⁶ Mora Vargas, Hermán. **Manual del derecho notarial**, pág. 52



1.7 Fuentes del derecho notarial

En Guatemala la única fuente del derecho notarial es la ley. Otras fuentes únicamente sirven para nutrirse. Entre ellas la doctrina, lo que los autores nacionales y extranjeros han escrito sobre el derecho notarial, configuran la doctrina; la jurisprudencia crea reglas jurídicas; la costumbre prácticas y usos, sirven de bases para crear normas jurídicas. Los notarios pueden hacer solo lo que la ley les permite, esto se debe a la función pública que se presta y no se puede alegar en contra, la libertad de acción regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, de que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, ya que esto es para personas particulares.

1.8 La función notarial

La función notarial es la actividad del notario llamada también el que hacer notarial. La función notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el notario. Son las diversas actividades que realiza el notario. En sentido meramente jurídico Argentino I, Neri, menciona: “La verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público”.¹⁷

El problema estriba en que si el notario es funcionario público o no, o si la función pública que presta, lo hace un funcionario público. En Guatemala, el notario como se

¹⁷ Neri, Argentino I. Tratado teórico y práctico del derecho notarial, pág. 517



le conoce, no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública.

Se habla del notario como **funcionario autorizante y creador del instrumento público**, pero existe el aspecto en que se ve como un profesional del derecho, guía de **voluntades**. Si el notario solo fuese un fedatario y un artista de la forma, no tendría el notariado latino la categoría que tiene.

Las características del notario, como **profesional del derecho**, es la que ocupa más atención y exige la mayor **parte de la inteligencia y cultura** del notario, pues entonces **cuando el notario pone en marcha esa fuerte centrípeta selección** de todos los campos de las normás jurídicas, **para afinarlas y aplicarlas al hecho que ha de poner en movimiento** a la norma jurídica y solo el presencia de modo consiente y expreso. Y como la única forma legal **en que el notario puede dar fe de los hechos es mediante el instrumento público**.

Las actividades de 1.- Redactar el instrumento; 2.- Autorizarlo; 3.- Conservarlo; 4.- Expedir copias de los mismo. **Estas actividades podría decirse que son inherentes al notario**, tal como existe en la mayor parte de los países de notariado latino, donde se ha puesto al notario la obligación de instruir a las partes y de dirigir las voluntades así como de redactar los instrumentos públicos, caso que no podría hacerse si no fuera por un competente **abogado**. **Lo típico de la función notarial se cumple en la creación y perfeccionamiento del instrumento público**.

La función notarial se da "cuando varias personas, acordes a sus pretensiones jurídicas, comparecen ante el notario, para que este las situé en un molde previsto en



la ley y les imprima carácter de veracidad, autenticidad y permanencia, y las revista del más alto grado de seguridad. En el desarrollo de esa labor aquel, ejerce dicha función, la cual, por ende, es documentadora, creadora de formás escritas, y al documento que nace de su ejercicio, le atribuye efectos legitimadores, sustantivos, probatorios y ejecutivos. La misión del notario al ejercer la función es, pues, consagrar una **fehaciente seguridad jurídica** dentro de la sociedad.”¹⁸

1.9 Intervención de notario en los asuntos de jurisdicción voluntaria

Un aspecto que se relaciona enormemente con el problema de la unificación e integración del notariado, es el relativo a la implicación del campo de actividad del notario con los asuntos de jurisdicción voluntaria, cuya materia puede atribuirse eficazmente a la función notarial. Aquí cabe hablar de reintegración, porque los actos no contenciosos conocidos actualmente por los tribunales civiles, fueron en su época atribuidos al notario.

Se encuentran en la historia que los actos de jurisdicción voluntaria eran atribuidos en el derecho romano a los funcionarios judiciales. Se buscaba proporcionar el mayor grado de seguridad jurídica en los actos privados. Pero el juez no actuaba solo; uno de sus colaboradores de mayor importancia era el tabelión o notario, quien recibía las solicitudes, controlaba las pruebas que soportaban y daba con su actuación, un signo de mayor autenticidad en el proceso. Al separarse con el correr del tiempo la función notarial de la judicial surge los que se podría llamar la jurisdicción notarial, basada en la fe pública que era poseedora y administradora, y ya que extrajudicialmente se hace

¹⁸ Barranga, Alfonso M. **Manual del derecho notarial**, pág. 12



cargo de algunos actos propios de la jurisdicción voluntaria. Pero varios de los **actos de naturaleza no contenciosa** continuaron atribuidos a los jueces. Con el correr del tiempo, esos actos de **materia voluntaria fueron pasados al notario**.

Se opina que los **órganos de la administración** no gozan de la autonomía que se requiere para dar al acto de **garantía sustancial** que necesita para estar dotado de la **autenticad y seguridad jurídica**, que le daría un órgano jurisdiccional, por lo que debe ser el notario, profesional **autónomo quien la ley reviste de fe pública**, el que se haga cargo de ese que hacer.

Rocco, citado por **Nájera Farfán**, **aporta elementos de peso** a favor de la investigación cuando dice: “La función que llena el juez de jurisdicción voluntaria es igual a la que llena el notario cuando **vierte en un documento la manifestación de la voluntad privada del interesado en constituir una nueva relación jurídica**”¹⁹

La función tradicional del **notario en Guatemala** se ha ampliado al trasladarse a su conocimiento, en asuntos no contenciosos o voluntarios. El notario es competente para ello, competente el sentido **legal que puede actuar y en sentido de preparación**.

1.10 Regulación legal

1.10.1 Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de **la República de Guatemala**, regula en el **Artículo 154**:
“Función pública; sujeción de la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad

¹⁹ Nájera Farfán, Mario Efraín, **Derecho Procesal Civil**, Pag. 136



responsables legalmente por su conducta oficial sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partidos político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley y no podrán ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.”

Aquí se evidencia, que el notario en Guatemala, no es funcionario público, si no un depositario de la fe pública, la cual le es delegada solo en los casos que la ley lo establezca, y así lo hace la ley de la materia que regula su ejercicio, como lo es el Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República, al indicar en el Artículo 1: "El notario tiene fe publica para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte."

1.10.2 Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República

El Código de Notariado, no define quién es el notario únicamente se limita a dar una definición legal de lo que hace el notario y dice que él tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en los cuales intervengan, fe pública que ostenta por se un profesional de derecho más no un funcionario público ya que le es delegada en los casos que señala la ley, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala que contiene el Código de Notariado, es el cuerpo legal que en su articulado regulado todo lo relativo al ejercicio del notariado, es la norma que debe observar todo notario para ejercer su profesión, cumpliendo con cada de los requisitos que el Código de Notariado establezca.



1.10.3 Ley Reguladora de la Tramitación, Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República.

La Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, es la que desarrolla todo lo relativo a la función que ejerce el notario en los diversos asuntos de jurisdicción voluntaria, donde no existen controversias, en que se interviene por disposición de la ley. De igual manera contiene los principios en que se basa dicha actuación y señala cada uno de los pasos a seguir en los asuntos que ella regula.

Pero es necesario mencionar que existen otros cuerpos legales en los que se regula su actuación dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria, que no se encuentran contenidos en esta ley, tal es el caso del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley número 107, que regula lo relativo a la identificación de terceros o acta de notoriedad, subasta voluntaria y el proceso sucesorio testamentario e intestado y donación mortis causa; y la Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano, Decreto-Ley 125-83, emitido el 13 de octubre de 1983, que regula el procediendo por el cual se garantiza los derechos de los terceros y los propios intereses del Estado, cuando por diversas causas figuran en el Registro de la Propiedad, bienes inmuebles urbanos, con áreas mayores a las que real y físicamente comprenden, al cual se le denomina rectificación de área de bien inmueble urbano.



CAPÍTULO II

2. Jurisdicción voluntaria

2.1 Antecedentes históricos

En el antiguo derecho romano, jurisdicción significó: decir o declarar el derecho, mediante el derecho que daba una acción legal o consentida posesión de bienes. La facultad de declarar o decir el derecho, fue atribuido a los magistrados, quienes tuvieron jurisdicción limitada o competencias por jerarquías, cuantía de litigios y naturaleza del asunto; la jurisdicción propia se integró por dos momentos, el primero denominado in jure y el segundo a continuación, llamado in juicio, el primer momento se podía terminar por allanamiento de la demanda y originaba como consecuencia, la sentencia denominada ad dictio. Al respecto expresa el licenciado Luis Felipe Seanz Juárez, citado por Gilberto Guzmán Arroyo en su trabajo de tesis de graduación, "es interesante poner atención en el primer momento por cuando podía terminar en dos maneras"²⁰

Como se mencionó anteriormente, tradicionalmente el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria, han estado atribuidos a los jueces, razón por la cual en sus orígenes fue conocimiento de los tribunales y muchos países.

La jurisdicción "se debe también al derecho romano la inserción el notario en los actos en jurisdicción voluntaria; en efecto, como producto de las confesiones prestadas por

²⁰Guzmán Arrollo, Gilberto. *Tramite Notarial en la Jurisdicción voluntaria del asiento tardío y rectificación de partida de nacimiento*, pág. 1 y 2



los demandados para descargar el trabajo a los magistrados nació el instrumento llamado “guarenigium” o con la cláusula “guarentigia” y de esa manera el juez vino a erigirse en un “iuduce Chartulari”²¹

Más tarde las prácticas de los procesos simulados –in jure- ante juez pasó a ser la función del notario, a quien se le atribuyó capacidad para la constitución de instrumento con cláusula de garantía. De esa manera la jurisdicción estrictamente **judicial de un proceso de semántica jurídica**, pasó a ser compartida por el derecho notarial, pero un plano de **sustentación distinta**, pues, aún muchos actos de jurisdicción voluntaria que debe de ser lógica competencia notarial, siguen confiando en los jueces.

A la jurisdicción voluntaria se ha llamado: jurisdicción graciosa, jurisdicción no contenciosa, jurisdicción voluntaria ante el notario. La idea es la misma, los asuntos que se pueden tramitar y **resolver ante notario**, sin que exista contención entre las partes.

2.2. Antecedentes históricos de la jurisdicción voluntaria en Guatemala

Las primeras diligencias practicadas en los asuntos de jurisdicción voluntaria ante el notario o en sede notarial fueron: la declaración de unión de hecho ante el notario y el matrimonio notarial.

El estatus de las uniones **de hecho**, contenido en el Decreto 444 del Congreso de la República, se promulgó el 29 de octubre de 1,947, en él se reguló y se permitió a las

²¹Saenz Juárez, Luis Felipe. **Jurisdicción Voluntaria en Sede Notarial**, pág.3



parejas que hicieran constar ante el notario su unión de hecho. Este Decreto fue derogado y actualmente tal regulación aparece en el Código Civil, Decreto-Ley 106.

“Posteriormente el 6 de febrero de 1957 se emitió el Decreto 1145 de Congreso de la República que facultó a los notarios para celebrar matrimonios. La autorización de un matrimonio por el notario, se encuentra como antecedente histórico en Francia en 1668, donde Enrique IV por el Edicto de Nantes, estableció que los no católicos podían contraer matrimonio de acuerdo a su secta. A raíz de esto el magistrado francés Gilbert Gaumin, contrajo matrimonio ante el notario por escritura pública, en la cual él y su esposa declararon contraer matrimonio y tenerse en lo sucesivo como hombre y mujer. Este tipo de matrimonio se hizo popular y los no católicos se casaban ante el notario, y se le llamo matrimonios a la gaumine”.²²

La función notarial del notario fue ampliada con la emisión del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107 en el año de 1964, el cual está vigente hasta hoy en día, en él se da intervención al notario para que pueda conocer el proceso sucesorio intestado y testamentario y donación por causa de muerte, la identificación de terceros y la subasta voluntaria, con el fin de colaborar con los tribunales a descongestionar su trabajo.

2.3. Características

Las características más comunes son:

²² Aguirre Godoy, Mario. **Derecho Procesal Civil**, Tomo I. pág. 85



a- Actúa dentro de la fase notarial del derecho donde no existen derechos subjetivos en conflicto.

b- Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público.

c- Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos actos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.

d- Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse entre la división de derecho público y derecho privado.

El campo de actuación de notario, es en la fase normal del derecho, donde no existe litis. Cuando el conflicto o litis se ha armado es el campo de la actuación del abogado y no notario.

2.4 Principios fundamentales

En el Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria están los siguientes principios:

- **Consentimiento unánime:** para que cualquiera de los asuntos contemplados en Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria puedan ser tramitados por el notario, se requiere del consentimiento unánime de todos los interesados, si alguna de las partes en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal competente.



- **Actuaciones y resoluciones:** Todas las actuaciones se harán constar en acta notarial que serán de redacción discrecional, pero estas deben contener: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. Los avisos o publicaciones deberán llevar los dirección de la oficina del notario.

- **Colaboración de las autoridades:** “Los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades, colaboraciones que sean necesarias, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes; cuando no fueren proporcionados, después de requerido tres veces, podrán acudir al Juez primera instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido.”²³

- **Audiencias a la Procuraduría General de la Nación:** En los casos que la ley disponga, será obligatorio la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, el cual deberá evacuarlo en un término de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado. El notario podrá recaudar información en caso de duda o cuando lo estime necesario.

- **Ámbito de aplicación de la ley y opción a la tramitación:** Esta ley es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación notarial se permita, sin perjuicio a

²³ *Ibíd.* pág. 55.



que también deban tramitarse ante el notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

- **Inscripción de los registros:** Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la **certificación o reproducción** y esta será enviada en duplicado, por el notario, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado. Al dictarse la resolución final en **cualquier asunto de jurisdicción voluntaria**, el notario debe **expedir certificación**, salvo que la ley indique otro documento.
- **Remisión al Archivo General de Protocolos:** Una vez concluido cualquier trámite de jurisdicción voluntaria, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispone la forma en que se archiva. El destino final de los expedientes fenecidos ante el notario debe ser el Archivo General de Protocolos, dependencia del Organismo Judicial que lleva el control de los notarios.

2.5 Naturaleza jurídica

Ha sido muy discutida esta cuestión de si la jurisdicción voluntaria envuelve en realidad actividades de carácter jurisdiccional, o por si el contrario, por no tener esa naturaleza, las materias por ella comprendidas debieran encargarse específicamente a órganos administrativos, **o a los notarios, para integrarse en la función que estos desempeñan en la legitimación de relaciones jurídicas.**



En el caso de Guatemala, el problema se torna interesante, en vista que con fecha de julio de 1964, entró en vigor un nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107, en cuya distribución de materias tuvo que enfrentarse al aspecto relativo, así se conserva o no, los asuntos que el código derogado, Decreto Legislativo 2009 o Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil.

2.6 Definición legal de jurisdicción voluntaria

El Código Procesal Civil y Mercantil Decreto-Ley 107, en el libro IV que regula los procesos especiales, establece en el Artículo 401: "La Jurisdicción Voluntaria comprende todos los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiera la intervención de un juez, sin que esté promovida cuestión alguna entre las partes determinadas.

2.7 Leyes que contienen los asuntos de jurisdicción voluntaria

2.7.1 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala

Esta ley fue emitida por el Congreso de la República el 3 de noviembre de 1977, sancionada el 5 de noviembre de 1977, por el presidente de la República en el acto inaugural del XIV Congreso de la Unión América del Notariado Latino, celebrado en Guatemala. La misma fue publicada el 9 de noviembre de 1977, y entró en vigencia el día siguiente de su publicación.

Regula los siguientes asuntos:



- a) **Declaratoria de ausencia .Regulado en los artículos 8 al 10 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- b) **Disposición de bienes de menores. Regulado en los Artículos 11 al 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- c) **Disposición de bienes de incapaces. Regulado en los Artículos 11 al 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- d) **Disposición de bienes de ausentes Regulado en los Artículos 11 al 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- e) **Gravamen de bienes de menores. Regulado en los Artículos 11 al 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- f) **Gravamen de bienes de ausentes. Regulado en los Artículos 11 al 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- g) **Gravamen de bienes de incapaces. Regulado en los artículos 11 al 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- h) **Reconocimiento de preñez o parto. Regulado en los Artículos 14 al 17 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**



- i) **Cambio de nombre. Regulado en los Artículos 18 al 20 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- j) **Omisión de partida en el Registro Nacional de las Personas. Regulado en el Artículo 21 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- k) **Rectificación de partida en el Registro Nacional de las Personas. Regulado en el Artículo 21 del Decreto 54-77 del Congreso de la República., explicar.**

- l) **Determinación de edad. Regulado en el Artículo 22 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- m) **Omisión en el acta de inscripción. Regulado en el Artículo 23 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**

- n) **Error en el acta de inscripción. Regulado en el Artículos 23 del Decreto 54-77 del Congreso de la República**

- o) **Constitución de patrimonio familiar. Regulado en los Artículos 24 al 27 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.**



2.7.2 Asuntos contenidos en el Decreto-Ley 107 del Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil, emitido por el jefe Gobierno el 14 de septiembre de 1963 y el cual entró en vigencia el primero de julio de 1964, se encuentran los siguientes asuntos:

- a) Proceso sucesorio testamentario.
- b) Proceso sucesorio intestado y Donación Mortis Causa.
- c) Subasta voluntaria.
- d) Identificación de tercero.

2.7.3 El Decreto Ley 125-83. Ley Rectificación de Área de bien inmueble urbano.

Esta última ley emitida en materia de jurisdicción voluntaria, su propósito es regular un procedimiento ágil y que al mismo tiempo garantice los derechos de terceros y los propios intereses del Estado cuando por diversas causas figuran inscritos en el registro de la propiedad, bienes inmuebles urbanos, con áreas mayores a las que real y físicamente les corresponden.

El Decreto ley fue emitido el 13 de octubre de 1983 por el Jefe de Estado y entró en vigencia 15 días después de su publicación en el Diario Oficial, el 14 de octubre 1983. Con la emisión de este Decreto 125-83 vino a ampliarse más el campo de actuación del notario en la jurisdicción voluntaria.



2.8 Procesos en jurisdicción voluntaria que llevan etapa probatoria:

2.8.1 Disposición y gravamen bienes de menores

Definición de disposición, el término posee varias acepciones.²⁴ “concepto de disposición, es la facultad de enajenar o gravar los bienes”.²⁵ Disposición; es todo lo que la ley le ordena al hombre sobre una persona o de los bienes verbalmente o por escrito. Por último “se expone sobre la disposición stricto sensu, que es el sentido que lo utiliza el Decreto 54-77 del Congreso de la República y es el que nos interesa. La disposición stricto sensu es el derecho de transmitir la cosa por actos inter vivos o mortis causa, o sea la propia enajenación, si bien esta palabra, en el lenguaje corriente, se aplica tan solo a la transmisibilidad por acto de inter vivos y a título oneroso. Todo propietario, dicen la leyes, tiene el derecho de transmitir su propiedad a un tercero, siendo este uno de los principios que pudiéramos llamar fundamentales de dominio.”²⁶

Concepto de gravamen: el concepto gravamen, expone Puig Peña, constituye una facultad de derecho del propietario a establecer “actos de imposición de cargo y subordinación a una responsabilidad real o personal”²⁷. Gravar es imponer una limitación sobre un bien a efecto de garantizar con ella el cumplimiento de una obligación. Todo propietario en virtud de un acto volitivo puede imponer gravámenes sobre sus bienes, para muebles, la prenda, o para inmuebles, la hipoteca

²⁴ Diccionario de la Real Academia Española. Tomo I, pág. 342

²⁵ Juan Palomar de Miguel. Tomo I, pág. 538

²⁶ *Ibid.* Tomo II. Pág. 76

²⁷ Flores Juárez, Juan F. *Los derechos reales de nuestra legislación.* Pag. 104



Con base en todos estos elementos, es posible afirmar que el gravamen constituye una carga o limitación que se establece por parte del propietario sobre sus bienes, con el propósito de garantizar el cumplimiento de una responsabilidad. La forma típica que adopta el gravamen de nuestra legislación es el de la hipoteca o de la prenda, es decir, los llamados derechos reales de garantía. Ambas figuras, la hipoteca y la prenda se caracterizan porque, a través de ella se crea un derecho a favor de un tercero que asegura el cumplimiento de una obligación, especialmente de tipo pecuniario, y si no es satisfecha por el obligado la acción para el cumplimiento de la responsabilidad, y no hacia la persona (no puede dirigirse hacia la persona en virtud de que no constituye una obligación).

Concepto de menor: es legalmente un individuo que aun no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende todo la infancia, y a menudo la adolescencia o parte de ella. En muchos países occidentales la mayoría de edad se alcanza a los 18 a 21 años. Un menor edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene plena capacidad para obrar. La ley específica de cada lugar será la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de ser menor de edad. La minoría de edad y, por extensión, la ausencia de la plena capacidad de obrar, suponen una serie de límites a los derechos y responsabilidades de la persona. Se establecen límites sobre actuaciones que se consideran que el menor no tiene capacidad suficiente para ejercer por su cuenta y se exime de responsabilidad de actos que se entiende que no se le puede imputar por su falta de capacidad.



Representantes de los menores: la forma normal como los menores de edad son representados es la figura legal de la patria potestad, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 252 del Código Civil “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente con el padre y madre en el matrimonio y en la unión de hecho, y por el padre o la madre, en cuyo poder este el hijo, en cualquier otro caso”. La institución política de la patria potestad tiene su origen al igual que muchas otras, en el derecho romano, sin embargo, el concepto original romanista conserva únicamente el nombre. La patria potestad romana se estableció a favor del que la ejercía, y no del hijo u otro pariente que pudiera estar sometido a ella. Dentro de las características originales se encuentra que era vitalicia o que era perpetua, comprendía tanto la persona como sus posibles derechos patrimoniales.

De esta manera, la disponibilidad se refiere, al derecho de propiedad a transmitir a un tercero la cosa que le pertenece, ya sea como un acto inter vivos o mortis causa, o sea a título oneroso o a título gratuito. En el caso de un menor de edad, del incapaz o del ausente, las facultades del representante legal están limitadas para hacerlo.

2.8.2 Disposición y gravamen de bienes de ausentes.

Como ya se definió el concepto de disposición y gravamen daré una breve aplicación de la ausencia y su importancia.

Definición de ausentes: los civilistas españoles coinciden en el estudio de esta materia, en afirmar que la expresión ausencia se le contrapone a la palabra



presencia; que la ausencia es la no presencia, refiriéndose, por supuesto al concepto corriente de la palabra ausencia. Así, "se le llama ausente, en sentido vulgar, al que esta fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia"²⁸. Ausente es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia; la ausencia exige pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona. Este concepto de la ausencia tiene a su vez dos modalidades: ausencia propiamente dicha y la desaparición, a esta última también se le llama, ausencia calificada y a la primera ausencia simple; la desaparición también se caracteriza por la circunstancia de peligro que le acompañó, ejemplo: desaparición en guerra, naufragio, incendio, etc.

Del mismo criterio participa el autor italiano Coviello "mientras en el domicilio, la residencia, la permanencia accidental constituye una relación positiva de la persona con un lugar la ausencia constituye un lugar negativo. Ausencia de sentido técnico y jurídico, denota la condición de la persona cuya existencia se ignora, porque se ha desaparecido del lugar de su último domicilio o residencia y no ha dado noticia alguna. En este significado, el estudio de ausencia es indispensable"²⁹.

El Código Civil regula el concepto de ausencia en los siguientes términos, "Es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o a tenido su domicilio en ella; se considera también ausente, para los efectos legales la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora". Artículo 42.

²⁸ Ob. Cit Vol, I, pág 237

²⁹ Ob.cit.pag.200



Importancia de la regularización jurídica de la ausencia: La ausencia no fue regulada por los sistemas jurídicos de la antigüedad. Sánchez Román explica así la existencia de las disposiciones legales. “La falta de leyes antiguas sobre la ausencia, y el interés que este estado civil inspira a todos los códigos modernos, es un fenómeno histórico-legislativo del fácil explicación: generaciones antiguas estaban destinadas al hogar de su patria, ya porque los medios de comunicación no eran tan expeditos y frecuentes, porque el espíritu de propaganda, exploración relaciones comerciales y científicas no alcanzaron en la antigüedad un desarrollo tan completo como en la época cosmopolita; si bien es preciso reconocer la mayor facilidad en los tiempos actuales para adquirir noticias de ausente.”³⁰

En el derecho romano la ausencia no fue sistematizada. “Las características del derecho romano, en relación a los efectos de la ausencia estriba en que no se presumía muerta una persona mientras no se probase, y, por lo tanto, no se abría sucesión, ni tampoco ninguna a su favor, entregándose los bienes a los herederos sin perjuicio a los bienes de aquel”³¹. El derecho germánico, por el contrario, presumía la muerte después del transcurso de un lapso relativamente breve. Parece ser, según afirma un tratadista en que este derecho no establecía cautela de bienes, si no estos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo esta entrega una posesión especialista que luego se consolidaba por el transcurso del tiempo.

³⁰Ob.cit. pag. 379

³¹Puig Peña. Ob.cit. I, vol 11 pag 145



No obstante, como lo expresó con acierto Sánchez Román que actualmente es fácil tener o recibir noticias de una persona ausente, la regulación jurídica de la ausencia ha sido objeto de especial interés en las legislaciones modernas y contemporáneas, porque precisamente las grandes facilidades de transporte a cualquier parte de la tierra son propicias a la vez para facilitar la ausencia de las personas, de quienes no es remoto dejar de recibirse noticias, tipificándose la ausencia propiamente dicha pero, ha sido la ausencia calificada, presunción de muerte por una catástrofe, la que ha representado casos que pueden presentarse, sobre con ocasión de la últimas guerras, en que en numerosas personas no se tiene la seguridad sobre si han sobrevivido o no a las acciones bélicas.

Sistemas jurídicos respecto a la ausencia: dos grandes sistemas legislativos han surgido para regular la ausencia, y en torno a sus concepciones véanse las legislaciones actuales, con variantes más o menos pronunciadas en relación a los plazos y a la aceptación o no aceptación de la muerte presunta del ausente, ya en los casos de ausencia propiamente dicha, ya en los de ausencia calificada.

El denominado sistema francés o sistema latino, surgió con el código civil francés, promulgado en 1804. Sus principales características son señaladas por Espín Cánovas, así "el sistema del Código Francés se basa en la distinción de tres periodos (presunción de ausencia, posesión provisional y la posesión definitiva).³²

³²Ob.cit. vol I, pág. 238



En Guatemala, el Código Civil en 1877, sistematizó por primera vez la figura de la ausencia. Lógicamente, cierta influencia del código francés pudo hacerse sentir. Se ocupa de la materia en el Libro I, Título III, Capítulo III, de los Artículos, 84 al 113. Consideraba ausente, al individuo cuyo paradero se ignora o se hallare fuera de la República, que no hubiere dejado apoderado, cónyuges, hijos mayores, ni guardadores, se le nombraría defensor para responder demandas o hacer valer algo en juicio.

Declaración de la ausencia para la representación en juicio: en precepto taxativos, el código dispone que "Toda persona, con derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República y que se ausenta en ella, deberá dejar mandatario legal constituido con todas la facultades especiales, para responder de las obligaciones del demandante. Y si no le hiciere se le declarará ausente a petición de parte". Artículo 43 del Código Civil.

El principio general, es que toda persona ejercite sus derechos y cumpla las obligaciones que ha contraído, pero en caso contrario, puede hacerse por medio de mandatario legal constituido, con todas las facultades especiales necesarias. Ahora bien, si no ocurre ni lo uno ni lo otro, y se ausenta de la República, los derechos y obligaciones de esa persona no pueden quedar en situación de incertidumbre respecto a su ejercicio y su cumplimiento; de ahí que la ley prevé la facultad que, cualquier persona interesada tiene para que aquella sea declarada ausente a efecto que continúe más o menos normalmente el cumplimiento de sus obligaciones de la persona ausente.



Administración de los bienes del ausente por los parientes: la administración de los bienes podrá ser solicitada y ejercida por el cónyuge e hijos del ausente y a falta de ellos, por los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establece la ley (Artículo 55). Dada la redacción de ese precepto, deben solicitar la administración, el cónyuge e hijos del ausente, no uno u otro. Si bien el Artículo 55 del Código Civil dispone que la administración podrá ser solicitada y ejercida para la personas indicadas (lo cual supone que la administración es pluripersonal) los Artículos 58, 60 y 61 se refiere a un solo administrador (lo cual supone una administración unipersonal); no obstante el Artículo 59 incide en la administración por los parientes.

Muerte presunta: esta figura ya admitida en el Código Civil de 1877, (obsérvese el código alemán no fue el primero en regularla, pero si en sistematizarla con notoria reducción de plazos), se tipificó en el Artículo 63, 64 y 65 del Código Civil vigente. “La muerte presunta podrá declararse después de transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, y en tal caso podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de los bienes”.³³ Esta declaración de muerte presunta se refiere en el caso de la ausencia propiamente dicha y viene a hacer la culminación de tiempo del proceso normal en cuanto a la situación de la persona declarada ausente, y que no aparece, y cuyos bienes no pueden quedar en situación de incertidumbre, respecto a su titularidad. La drástica reducción de los términos en relación a los contemplados en el

³³Puig Peña. Ob. Cít. Vol. II. Pág 38



Código Civil de 1877 y 1933, se explica en la exposición de motivos del código vigente.

2.8.3 Disposiciones y gravamen de bienes de incapaces: así como la ley indica que el principio general de la mayoría de edad, confiere la capacidad de ejercicio, así también en aras de la normalidad y de la seguridad del tráfico jurídico, ha previsto como excepción la posibilidad de privar a la persona de dicha capacidad, (sin afectar la capacidad de derecho, que puede manifestar por él, o, como antes se dijo, es transferida al representante legal de menor o incapaz).

Es principio indiscutible que el incapaz puede ejercer sus derechos mediante la actuación de su representante legal. Sin embargo, la doctrina se detiene en el estudio de lo que se denomina ciertos derechos no susceptibles por el representante legal, que en el ámbito del derecho civil se circunscribe al derecho de contraer matrimonio y al de otorgar testamento, por tratarse de actos personalísimos.

Es esos casos, como al representante del incapaz, (padre, madre o tutor), le está vedando por la ley expresar y comprometer la voluntad del menor o del incapaz, un fuerte sector de la doctrina entiende que no se trata de casos de incapacidad de obrar o de ejercicio, si no de incapacidad de derecho, o sea de la plena incapacidad jurídica, si bien limitada o dicho casos extremos, en los cuales se admite, respecto a los menores de edad que no han cumplido con cierta edad en lo que el matrimonio respecta, ni aun la previa autorización judicial, que si admite para otra clase de acto (compraventa o enajenación de bienes, adopción).



“Otro sector de la doctrina no admite en ningún caso, ni siquiera en los arriba citados, la existencia de una incapacidad de derecho, aunque fuere excepcional o parcial, toda vez que considerada la capacidad como atributo, de la persona, y en consecuencia afirma que existencia en realidad de la graduación de la capacidad de obrar, en mayor o menor grado, pero no incapacidad de derecho.”³⁴

Representantes de los incapaces: de acuerdo a los establecido en el Artículo 14 del Código Civil, lo pueden hacer los representantes legales. El Artículo 301 de dicho cuerpo legal, prescribe de manera explícita quienes pueden ser los tutores y, en consecuencia sus representantes legales, así: 1. Él o la cónyuge, 2. El padre y la madre 3. Los hijos mayores de edad, 4. Los abuelos en el orden establecido.

La naturaleza del cargo que ejerce el representante del declarado incapaz está comprendida legalmente dentro de la figura de la tutela, su cargo es el de tutor del interdicto. El Código Civil también prevé que, de manera correlativa al nombramiento del tutor, debe designarse un protutor quien intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su ejercicio, y corresponde hacerlo en igual forma como se nombró al tutor, es decir judicialmente es discernido por el juez el cargo³⁵. En todo caso, estos son los límites dentro de los cuales puede actuar en resguardo de los intereses del interdicto. El documento en el que conste su nombramiento para el cargo debe ser inscrito en el Registro Civil respectivo.

³⁴Espín, Cánovas, *ob.cit.* vol.1 pág. 169

³⁵Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, pag. 321



En conclusión, los representante legales de los incapaces o interdictos son los tutores, conforme a lo regulado en el Código Civil, quienes pueden ser el cónyuge, parientes de la personas dentro de los grados de ley o particulares.

2.8.4 Reconocimiento de Preñez o parto

Dentro del normal desarrollo de las relaciones familiares, se espera que el nacimiento de un niño, con todas sus consecuencias e implicaciones dentro del mundo jurídico, refunden en una efectiva protección del menor por parte de su familia. Este nuevo ser, atendiendo a la prospectiva civilista, de manera ideal y normal, ha sido concebido dentro de una familia conformada sobre la base del matrimonio o, al menos, dentro de la unión de hecho que reconoce el Código Civil.

Sin embargo, es un hecho que estas situaciones ideales puedan diferir en la práctica, es decir, de la realidad que debe enfrentar en su vida un niño y, ante ello, que sucede si una esposa o una mujer con plenos derechos, reconocidos a través de matrimonio, conciben a un nuevo ser, bajo tales circunstancias en que el esposo no se encuentra presente para poder respaldarla en el reconocimiento legal del niño.

Los supuestos bajo los cuales el marido puede faltar a la hora de respaldar a una mujer son tres:

- a). que el progenitor del niño haya muerto;
- b). que se encuentre ausente; y
- c) que se hayan separado.



Los primeros dos supuestos se refieren a causas absolutamente insuperables, pues tanto la muerte como la ausencia, al menos por el tiempo que ha durado, no permite superar la dificultad de que la mujer cuente con el apoyo de su compañero para que se de el reconocimiento de la niña o el niño. En cuanto a la separación, existe la posibilidad que el cónyuge, por uno u otro motivo, se muestra renuente al reconocimiento del niño, quizá por la desavenencia con una antigua compañera.

Cualquiera que sea el caso, la ley, a través de la regulación civil procesal, ha previsto la alternativa del reconocimiento de preñez o parto, a efecto de que la mujer, y especialmente el niño, no queden desprotegidos frente a una situación de hecho o la resistencia a reconocimiento de un hijo por parte del varón.

Es evidente la intensión protectora y tutelar que el derecho civil persigue a través de estas dos instituciones, ya que el reconocimiento de preñez o de parto operan como sustitutos legales de la imposibilidad o resistencia de manifestación libre de la voluntad para reconocer a un hijo por parte de su progenitor.

A pesar de la protección que en términos generales la ley busca para el menor, es innegable que, por falta de previsión, no se contempló en la ley el caso del menor que es concebido dentro de una unión de hecho. El Decreto 54-77 del Congreso de la República, por lo tanto, debió haber previsto el reconocimiento de preñez o de parto no solo para la mujer casada, sino también para aquella cuya unión de hecho se encuentra debidamente reconocida y registrada.



2.9 Procedimiento de disposición o gravamen de bienes de menores, incapaces

o ausentes;

1. Acta notarial de requerimiento: Artículo 2 y 11, Dto. 54-7. 421 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107. Un timbre notarial de Q10.00, y un timbre fiscal de Q00.50 por hoja.

2. Primera resolución: de trámite, se dan por iniciadas la diligencia se ordena agregar la documentación presentada. Art. 2 del Dto. 54-77. Adherir dos timbres notariales de un quetzal.

3. Notificación de la Primera Resolución; al tutor o representante del menor, incapaz o ausente. Artículo 12 Dto. 54-77: 66 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley 107.

4. Recepción de prueba: si es testimonial, se harán constar en actas con base en los artículos 134, 148, 149 del Código Procesal Civil y Mercantil. Art. 12 del Dto. 54-77 del Congreso de la República.

5. Práctica de diligencias que el notario, considere necesarias: Artículo 12 decreto 54-77 del Congreso de del República.

6. Informe bajo juramento de una trabajadora social adscrita a un tribunal de la familia. Art. 3 Del Dto. 54-77. Artículo 14 y 17 del la Ley de Tribunales de familia. Dto. Decreto ley 106.

7. Valuación del bien por un valuator autorizado. Artículo 12 segundo párrafo, del Dto 54-77 y Art. 422 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto- Ley 107.

8. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación. Art. 12, Dto. 54-77 del Congreso de la República, y Artículo 422 del Código Procesal Civil y Mercantil.

9. Resolución o Auto final. Art. 13, Dto. 54-77 del Congreso de la República, y Artículo 422 del Código Procesal Civil y Mercantil.



10. Otorgamiento de la escritura. En la disposición; compraventa y avisos de traspasos. En gravamen; con garantía hipotecaria o prendaria. Art. 423 del Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto- Ley 107.

11. Testimonio especial y primer testimonio. Al Archivo General de Tribunales y al Interesado (con Duplicado) para la inscripción en el Registro General de la Propiedad respectivamente.

12. Remisión del Expediente al Director del Archivo General de Protocolo. Artículo 7 del decreto 54-77.

2.10 Procedimiento de reconocimiento de preñez o de parto.

1. Acta notarial de requerimiento: Art. 14, Dto. 54-7. 421 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley 107. Un timbre notarial de Q10.00, y un timbre fiscal de Q00.50 por hoja

2. Primera resolución: de trámite, se dan por iniciada la diligencia y se ordena agregar la documentación presentada. Art. 2 y 15 del Dto. 54-77. Adherir dos timbres notariales de un quetzal.

3. Notificación de la primera resolución; Art. 66 y 411 Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107, y 8 del Dto. 54-77 del Congreso de la República.

4. Publicación de edictos, 3 publicaciones en el diario oficial y 3 en otro de mayor circulación durante el plazo de un mes. Art. 14 del Dto. 54-77 del Congreso de la República.

5. Recepción de prueba: recibe las otras pruebas ofrecidas o las que de oficio solicite el notario. Art. 436 del Código Procesal Civil y Mercantil.

6. Acta notarial de discernimiento del cargo a los facultativos. Art. 436 Código Procesal Civil y Mercantil.



7. Recepción de informes de los facultativos. (médicos) nombrados y aviso posterior al alumbramiento. Art. 15 Dto. 54-77 del Congreso de la República. Art. 436 Código Procesal Civil y Mercantil y 398 del

8. A. Resolución o auto final. En ésta, se declara el hecho del nacimiento. Art. 16, Dto. 54-77 del Congreso de la República, y art. 398 del Código Civil.

8.B. Si ha oposición se remite el expediente al juez competente para que, con audiencia, en incidente procesal según el Art. 437 Dto. 54-77 del Congreso de la República.

9. Expedición de certificación al Registro Nacional de las Personas, con duplicado para los efectos registrales. Art. 6 Código Procesal Civil y Mercantil. Dto. 54-77 del Congreso de la República.

12. Remisión del Expediente al Director del Archivo General de Protocolo. Art. 7 del decreto 54-77.





CAPÍTULO III

3. La Procuraduría General del Nación y su intervención en los procesos de jurisdicción voluntaria.

3.1 Antecedentes Históricos

La Procuraduría General de la Nación, en la legislación guatemalteca había funcionado a la par del Ministerio Público como únicas instituciones, con un mismo jefe, y un único representante cuyas atribuciones estaban reguladas en su ley especial y en las cuales se menciona al Procurador General como figura central del Ministerio Público hasta antes de las reformas constitucionales de 1994. Es de hacer notar que los antecedentes de la Procuraduría General de la Nación, se ha estudiado conjuntamente con el Ministerio Público por haber formado parte de dicha institución desde sus inicios.

El 11 de marzo de 1921 fue emitido por la Asamblea Nacional Constituyente el Decreto numero 7, en el Artículo 11, numeral once del inciso e) que reforma el Artículo 52 de la Ley Constitutiva de la Republica emitida en el año 1879, en esta se indicaba en forma genérica las atribuciones y funciones que se asignaban al cargo de Procurador por dicha disposición legal, se crea al Procurador General de la Nación y el Jefe de Ministerio Público, así como a las correspondientes instituciones las que no estaban organizadas en forma separada.

Mediante el Decreto Gubernativo número 1187 de 23 de octubre de 1931, se dispuso que el Procurador General y los agentes auxiliares del Ministerio Público, actuaran en representación de los intereses del fisco bajo la dependencia y el control directo e



inmediato de la Secretaria de la Hacienda y Crédito Público (ahora Ministerio de Finanzas Públicas). Como producto de la innovación revolucionaria y los nuevos enfoques dados a la organización gubernamental, se creó una nueva ley que regía a la institución del Ministerio Público unida a la Procuraduría General de la Nación, se emitió el Decreto 512 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Ministerio Publico, con fecha 25 de mayo de 1948, en la que se designó, que al frente de la institución estaría el Procurador General de la Nación como Jefe de Ministerio Público.

“Fue la Constitución de la República de Guatemala de 1945, en su Artículo 165 que hizo una breve referencia a que una ley organizara al Ministerio Público, posteriormente, el 25 de mayo de 1948, se emitió el Decreto 512, como se mencionó anteriormente, y así se cumplía con las disposiciones de organizar esta institución de la siguiente manera: una sección de la Procuraduría, una sección de Fiscalía y una de consultoría”.³⁶

La Constitución que decreta la Asamblea Nacional Constituyente del año 1956, mantiene un precepto semejante a la anterior, e indica que, una ley organizará al Ministerio Público y determinará sus atribuciones y funcionamiento. El mandato sugerido no habría surtido sus efectos, toda vez que esta ley ya existía. Es decir el Decreto 512, cuyas disposiciones alcanzarían un rango constitucional en la carta fundamental de 1965, cuyo Artículo 221 expresaba como debía de estar conformada esta institución.

³⁶ Prado Gerardo, *Derecho Constitucional Guatemalteco*. Pág. 154



La Constitución Política de la República de Guatemala, a través de las reformas constitucionales sometidas a consulta popular celebrada en 1994, que ratificó el Acuerdo Legislativo número 18-93, aprobado por el Congreso de la República, separa las dos funciones que estaban ejercidas en una sola institución; por un lado, la Fiscalía General y por el otro la Procuraduría General de Nación. Surgiendo así el Ministerio Público, dirigido por el Fiscal General de la República, y la Procuraduría General de la Nación, dirigida por el Procurador General.

Con fecha 12 de mayo de 1994, se emite el Decreto número 40-94 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Ministerio Público. Dicho cuerpo legal deroga la sección de fiscalía, que se encontraba regulada en el Decreto número 512, continuando este último vigente, en cuanto a sus secciones de procuraduría y consultoría.

Se emite el Decreto número 25-97 del Congreso de la República, de fecha 25 de abril de 1997, que establece que toda disposición legal o reglamentaria que se refiere al Ministerio Público, debe hacer alusión a la Procuraduría General de la Nación, salvo en materia penal y procesal penal, entre otras.

3.2 Concepto de Procurador General de la Nación.

Procurador es quien procura. Persona que en virtud de poder o facultad de otra ejecuta en su nombre algo. Es un profesional del derecho que, en virtud de apoderamiento, ejerce ante juzgados y tribunales la representación procesal de cada parte. En ciertas épocas, fue la persona elegida o designada para representar distintas comunidades en las cortes. En los ayuntamientos o consejos, encargados de promover



los intereses de los pueblos, defender sus derechos y quejarse de los agravios que se les hacían.

Para Cabanellas, Procurador es “el apoderado o representante. Mandatario. Quien con la facultad recibida de otro, actúa en su nombre”.³⁷

“En Argentina se denomina Procurador General de la Nación al magistrado que ejerce la jefatura del Ministerio Público y fiscal, y que dictamina en asuntos que se tramitan ante la Suprema Corte de Justicia”.³⁸

3.3 Definición de la Procuraduría General de la Nación

Del concepto de procurador expuesto por la doctrina, se puede arribar a una definición de lo que es el Procurador General de la Nación, y así se dice que es, el funcionario, nombrado y removido por el Presidente de la República, ejerce la representación del Estado y es el Jefe del Procuraduría General de la Nación.

La Procuraduría General de la Nación actúa por medio de Procurador General, quien es el que representa a la nación, está obligado a velar por la defensa de los intereses del Estado, que no es más que el pueblo organizado políticamente. El procurador debe preocuparse porque los actos del Estado obedezcan a su razón de ser, es decir a la protección de la familia, de la persona, a la búsqueda del bien común.

La Procuraduría General de la Nación es de origen constitucional. La Constitución Política de la República de Guatemala, define su naturaleza, funciones y competencias,

³⁷ Cabanellas, **Ob. Cit.** Tomo V. Pág. 441

³⁸ Ossorio, **Ob. Cit.** Pág. 779



por su estructura; es burocrática o unipersonal, porque la misma se confía a un titular es decir al Procurador General de la Nación. Por ámbito territorial de su competencia es nacional, dado que sus funciones se extienden a todo el territorio de la Republica. Por ende la Procuraduría General de la Nación es una institución jurídica y administrativa, ya que en virtud de un poder otorgado constitucionalmente esta facultado para actuar en el nombre del Estado, ejercer la personería de este, proteger sus intereses jurídicos, defendiéndolo procesalmente. Es el órgano asesor máximo de toda la administración pública para que sus actuaciones sean sujetas a derecho.

3.4 Fundamentación legal de la Procuraduría General de Nación cuando emite su opinión en los casos de jurisdicción voluntaria

El Artículo 4 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en el epígrafe se refiere a que se debe dar audiencia al Ministerio Público, sin embargo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 25-97 del Congreso de la República, en todas las leyes en que se mencione Ministerio Publico deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación, a excepción de materia penal y procesal penal. En consecuencia en todos los asuntos de jurisdicción voluntaria en los cuales se requiere la opinión de la Procuraduría General de la Nación esta deberá emitirlos dando su aprobación o no.

3.5 Funciones y atribuciones de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo las funciones de asesoría y consultoría, de los órganos y entidades estatales, según la Constitución Política de la República de Guatemala. Dicho cuerpo legal une ambas funciones; ahora bien



desglosándolas para su mayor comprensión, se tiene la palabra asesor definida por Ossorio de la siguiente forma: "En sentido general, quien asesora. Más concretamente el letrado que por razón de oficio aconseja o ilustra con su dictamen a un juez lego. Análoga función del los abogados con relación a sus clientes, para orientarlos en cuanto a sus derechos y obligaciones y acerca de la conducción judicial o extra judicial de asuntos contenciosos, o no en la esfera judicial".³⁹

De igual manera, se observa como el aludido autor define Consultor: "el que evacua con consulta también el que la plantea, al menos equivocadamente se le llama consultante. En opción de la academia cada uno de los individuos no investigando con la dignidad, Cardenalia con voz y voto, forman parte de algunas de las congregaciones de la Curia Romana, ya por razón de sus cargos, ya elegidos por el sumo pontífice".⁴⁰

Ambas conceptualizaciones son totalmente distintas por lo que se entiende del texto Constitucional que la Procuraduría General de la Nación tiene dos funciones no una, siendo esta como se señaló al principio de asesoría y consultoría.

Como atribuciones de la Procuraduría General de la Nación encontramos que ejerce la personería de la nación, intervenir si así lo dispone el Ejecutivo y con la atribuciones de este, en los negocios en que se estuviere interesada la nación, formalizar los actos y suscribir los contratos que sean necesario a tal fin, cumplir con los deberes de defensa de los ausentes, menores e incapaces, asesor jurídicamente a la Administración

³⁹Ossorio Ob. Cít., págs 90 y 91

⁴⁰ Ibid. Pág. 214,215,



Pública en todos aquellos casos que ella consulte o intervenir en todos los negocios que las leyes determinen.

3.6 Funciones de la Procuraduría General de la Nación

Una de funciones de la Procuraduría General de la Nación, es asesorar y con ello dictaminar o aconsejar en lo jurídico. Hacer o no hacer es una de las funciones que emana de estas instituciones para llevar un ordenamiento jurídico dentro de la normativa de esta. En algunos países el abogado que internamente asesora a una entidad pública o alguna empresa suele ostentar la representación en juicio.

La función de asesoría de la Procuraduría General de Nación no puede desligarse de la función de consultoría ya que ambas se complementan, y no se puede observar al momento en que ella resuelve las consultas que los organismos del Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas, en todos aquellos asuntos en que se ha requerido asesoraría por iniciativa propia o instada a hacerlos a los distintos órganos del Estado.

3.7 Función consultora de la Procuraduría General de la Nación

La consultoría es otra de las funciones de esta institución, y la cumple cuando diversos órganos piden opinión, sobre asuntos del Gobierno. Emite dictamen o providencias en caso en los cuales el Estado tenga interés directo o indirecto. Aprueba, reprueba, rectifica o modifica los dictámenes enviados por las secciones jurídicas de los ministerios y organismos del Estado. Aclara, por petición o de oficio, dudas, respecto a la legalidad o ilegalidad de las acciones emprendidas o por



emprender por los organismos del Estado, y, evacua audiencias en el trámite de recursos administrativo.

Como se indica, esta función de la Procuraduría General de la Nación, tiene íntima relación con la función de asesoría, toda vez que ambas se complementan, razón por la cual dentro de esta función se aprueba o no, ratifican o modifican dictámenes sometidos a consultas y emitidos por los abogados asesores de los órganos del Estado. De igual manera se emite opiniones en los casos en que por imperio legal debe oírse a la Procuraduría General de la Nación, tal es el caso de la jurisdicción voluntaria.

3.8 El carácter vinculante del dictamen de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos de jurisdicción voluntaria.

La Procuraduría General de la Nación juega un papel decisivo en los trámites de los asuntos de jurisdicción voluntaria, debido a que al ser consultada como lo ordena la ley, la misma emite su opinión a treves de su dictamen, y este dictamen tal y como se observó en el capítulo anterior, reviste un carácter de vinculante, ya que obliga a pedirlo y también obliga al notario a resolver con fundamento el dictamen.

Como se manifiesta en el desarrollo de este capítulo el dictamen que la Procuraduría General de la Nación debe emitir es determinante para que el notario o el juez de primera instancia del ramo civil pueda declarar la procedencia o la improcedencia de las diligencias voluntarias.

El dictamen que emite la Procuraduría General de la Nación adquiere carácter vinculante en cuanto que deberá rendirse antes de emitir la resolución que resuelva el



asunto de jurisdicción voluntaria que se trate y dicha opinión debe ser favorable de lo contrario se estará en nulidad de lo actuado, por incumplir el procedimiento establecido en la ley.

3.9. Asuntos de jurisdicción voluntaria en que interviene la Procuraduría General de la Nación.

3.9.1 Dictamen en la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.

Para disponerse y gravarse bienes de menores, incapaces y ausentes, es necesario que, previamente se hayan seguido y declarado con lugar las diligencias conocidas como de utilidad y necesidad.

El vocablo utilidad suele emplearse en muchos sentidos. En el presente caso se refiere al provecho material. Beneficio de cualquier índole: ventaja, interés, rédito, comodidad, convivencia.

La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Y como se observó la legislación guatemalteca establece que son mayores de edad los que cumplido 18 años de edad. Antes de llegar a la mayoría de edad en el ejercicio de la patria potestad que se les representa. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar los servicios atendiendo a su edad y condición.



Según nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco, en el matrimonio y en la unión de hecho se ejerce en los menores de edad, conjuntamente con el padre y la madre. En los casos por el padre o la madre en cuyo poder este el hijo. Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.

Esta representación no es tan amplia como para disponer o gravar de los bienes de los de los que representan y por lo tanto siendo sus representantes legales deben contar con la autorización respectiva.

El Código Civil, Decreto-Ley número 106, en el Artículo 9, regula que los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento debe ser declarados en estado de interdicción. Pueden así mismo ser declarados en estado de interdicción las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familiares a graves perjuicios económicos.

Según el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107, en el Artículo 406, se regula la procedencia de la declaratoria de incapacidad al decir que, la declaratoria de interdicción procede por enfermedad mental, congénita o adquirida, siempre que a juicio de expertos sea crónicas e incurable, también procede por abusos de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, si la persona se expone ella misma o expone a su familia.

En lo que respecta a la Procuraduría General de la Nación, se manifiesta su actuar en la solicitud respectiva, en cuanto a que dicha institución es una de las partes que tienen la facultad para poder dar inicio a la solicitud respectiva, en cuanto a que



dicha institución en una de las partes facultadas para poder dar inicio a la solicitud de declaratoria de incapacidad toda vez que la misma ley ordena oír a la Procuraduría General de la Nación, cuando se refiere a personas incapaces, esta tendrá audiencia por el juez de primera instancia civil, previo a que resuelva si ha o no lugar a la declaración de incapacidad.

3.9.2. Ausencia y muerte presunta

El Código Civil, Decreto-Ley 106, regula en el Artículo 42, lo relativo a la ausencia diciendo lo siguiente: "ausente, es la persona que se hallen fuera de la Republica y tiene o ha tenido domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la personas que han desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora".

En ese cuerpo legal se encuentra el hecho de que se existen bienes del ausente que deben de ser administrados, es la Procuraduría General de la Nación, una de las partes facultadas para denunciar la ausencia y solicitar la nombramiento de un guardador de los bienes del ausente. De igual manera la Procuraduría General de la Nación, puede denunciar al Juez de Primera Instancia de Ramo Civil, la causas de remoción del guardador.

En el Artículo 63 del Código Civil, Decreto-Ley numero 106 se encuentra regulada la muerte presunta de la siguiente manera; "Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá declararse la muerte presunta de este, tal caso, podrán sus herederos testamentario o legales pedir la posesión de la herencia".



El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley número 107, en el Artículo 411 regula lo relativo a la de la declaración de la ausencia de la muerte presunta, al decir que, "pedida la declaración de la ausencia, el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación, mandará a recibir informes que compruebe lo siguiente: 1. El hecho de ausencia; 2. La circunstancia de no tener el ausente parientes, o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado; 3. El tiempo de la ausencia."

En el trámite de la declaración de ausencia y muerte presunta, previo a que el Juez de Primera Instancia del Ramo Civil nombre a un guardador que asumirá la representación judicial del ausente, deberá de oír a la Procuraduría General de la Nación, en congruencia con la ley, y establecerse que en los casos que se refiera a personas ausentes deberá oírse en forma obligada a la Procuraduría General de la Nación .

La declaratoria de ausencia es uno de los asuntos que se puede tramitar también ante notario, pero no en forma completa ya que el notario debe de remitir lo actuado al tribunal competente para el efecto de que se nombre el defensor judicial y se continúe con el tramite hasta llegar al nombramiento del guardador con las más enteras facultades que la ley le otorga.

El Artículo 8 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República, regula que el notario, con notificación a la Procuraduría General de la Nación recibirá información testimonial o documental, que compruebe lo siguiente: 1. El hecho de ausencia; 2. La circunstancia



de no tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado; 3. El tiempo de la ausencia.

A la Procuraduría General de la Nación deberá conferírsele audiencia para que esta emita su opinión; esta audiencia, como en todo los asuntos de jurisdicción voluntaria ante notario en los cuales intervenga la Procuraduría General de la Nación, deberá evacuarla en el plazo de tres días, antes de que se dicte cualquier resolución final.

3.9.3 Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes

Dentro de las disposiciones relativas a la administración de bienes de menores incapaces y ausentes, el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley número 107, en el Artículo 418 regula lo siguiente: " todo tutor, protutor o guardador, deberá solicitar del Juez de Primera Instancia el discernimiento del cargo; y el juez antes de confirmarlo o discernirlo, podrá pedir, de oficio, información respecto a la moralidad y aptitudes del nombrado. Con el resultado de la información, el juez confirmará el cargo, procediendo al inventario y avalúo de los bienes, así como el otorgamiento de las garantías correspondientes, conforme al Código Civil."

Es preciso anotar que la tutela en el sentido muy general de las legislaciones de algunos países, es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometida a la patria potestad ni emancipada, y de aquellas personas incapaces de gobernarse por si mismas. En este sentido el tutor será quien ejerce la tutela. Es el tutor quien representará legalmente al menor o al incapacitado. Pero la tutela se ejerce en forma conjunta por un tutor y un protutor, siendo este último quien vigila los actos que realiza el tutor, a efecto de evitar abusos en contra del representado. El Código



Civil, Decreto-Ley número 106 en su capítulo IX título II regula todo lo relativo a estas dos instituciones tanto sus obligaciones como sus prohibiciones.

En lo que respecta a la intervención de la Procuraduría General de la Nación el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto-Ley número 107 regula en el Artículo 422 " que el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del protutor en su caso, mandará recabar la prueba propuesta y practicará de oficio cuantas diligencias estime convenientes."

El Artículo 423 del mismo cuerpo legal, regula " que después de recabada la prueba y oído a la Procuraduría General de la Nación, el juez dictará auto declarando la utilidad y necesidad para la disposición de los bienes de menores, incapaces y ausentes". La Procuraduría General de la Nación tiene obligación de intervenir en el trámite de este tipo de asuntos de jurisdicción voluntaria por referirse a personas incapaces o ausentes, tal y como lo ordena el Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto-ley 107.

3.10 Regulación legal

3.10.1 Constitución Política de la República de Guatemala.

La Constitución Política de la República en el Artículo 252 regula "La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirán por su ley orgánica.



El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quien podrá también, removerlo por causa justificada debidamente establecida.

Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser Abogado Colegiado y tener las mismas cualidades correspondientes a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia."

Se puede contemplar que la Constitución Política de la República de Guatemala, regula en un solo Artículo a la institución encargada de representar al Estado como lo es la Procuraduría General de la Nación, dentro del mismo se encuentran establecidas funciones principales, como lo son la asesoría y consultaría y de igual manera establece quien nombra al Procurador peleará el ejercicio del cargo y el plazo por el cual permanecerá en él y las causales por la cuales pueden ser removido del cargo por el mismo Presidente de la República.

3.10.2 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación, Decreto número 512 del Congreso de la República

Esta ley es la que regula a la institución de la Procuraduría General de la Nación, llamada Ley Orgánica del Ministerio Público por los motivos que se indicaron anteriormente y en forma lamentable, aun continua llamándose así.

Dentro de esta ley se encuentran las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación, así como su organización, y contemplamos la sección de la procuraduría y de



consultoría, que son el ámbito dentro del cual se desarrolla la misma Procuraduría General de la Nación.

Este Decreto sufrió cambios en el año 2000, por medio del Decreto número 55-2000, el cual reformó el Artículo 2 en el cual se establece que: " el Procurador General la Nación es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación, y quien dirige la institución"; el mismo Artículo contempla de la delegación de la representación del Estado, que por mandato Constitucional ostenta la Procuraduría General de la Nación, en uno a más abogados colegiados activos para el ejercicio de las funciones jurídicas y administrativas y en determinados asuntos podrá delegarse dicha facultad a funcionarios de la institución a otorgar poderes. Otro Artículo reformado por el Decreto número 55-2000 fue el Artículo 14, dentro del cual sigue contemplando la posibilidad de delegar la representación del Estado, tal cual lo establece el Artículo anteriormente citado.

3.10.3 Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto número 40-94 del Congreso de la República

Es esta la ley, la que en la actualidad rige todo lo relativo al Ministerio Público, con motivo de la creación de la figura del Procurador General de la Nación, a raíz del Acuerdo legislativo número 18-93, que deroga parcialmente el Decreto 512, del Congreso de la República, en lo concerniente a la sección de fiscalía, ahora en adelante le compete al Fiscal General de la República.

El Decreto 40-94 del Congreso de la República, en el Artículo 90 establece: "se deroga el Decreto 512 del Congreso de la República que contiene la Ley del Ministerio



Público en lo concerniente a la sección de la Fiscalía, así como los Acuerdos Gubernativos números 393-90 de fecha nueve de mayo de 1990, 527-90 de fecha 31 de mayo de 1990, 898-90 de fecha 21 de septiembre de 1990 y cualquier otra disposición que se oponga o limite las funciones contenidas en la ley”.





CAPÍTULO VI

La valoración de la prueba presentada por el notario, en los asuntos de jurisdicción voluntaria

4.1 Antecedentes de la prueba

La prueba del “latín probo, bueno, honesto y probandum, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe”⁴¹. En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos, discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En ese sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hechos expresados por las partes. En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles. Por último, por extensión también se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho.

4.2 Concepto de prueba

En cuanto a la prueba en general, en las ramas procesal penal y procesal civil varios autores han dado múltiples definiciones y conceptos, coincidiendo la mayoría en que debe hacerse un estudio de todos los elementos necesarios para determinar la comprobación de un hecho. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

⁴¹Diccionario de la Real Academia Española. Tomo I, pág. 854



indica que “ prueba es la acción y efecto de probar , así como también es la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa y justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”⁴² el Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales señala que “Prueba es el conjunto de actuaciones dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encamina a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes en defensa de sus respectivas pretensiones” ⁴³ Bethan dice “ Prueba es un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho.”⁴⁴

Por su parte Jaime Guasp indica; “probar es tratar de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión”.⁴⁵ Las definiciones anteriormente mencionadas han de servir de fundamento, en el sentido de que en las mismas se hablan de hechos preestablecidos, los cuales determinan la actuación del juez, dependiendo únicamente de la manera de como se refleja su aplicación en los campos civiles.

4.3 Naturaleza jurídica de la prueba

Iniciando con este subtema se dará una definición de lo que se entiende por naturaleza y es la siguiente “ Es la propiedad características de cada ser o calidad y en

⁴² Ob. cit. vol I, Pág. 107

⁴³ Ossorio, Manuel. Ob. Cir., pág. 625

⁴⁴ Derecho Procesal Penal. Ob. Cit., pág. 283

⁴⁵ Mario Aguirre Godoy, derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 67



virtud de las cosas,”⁴⁶ Y la definición jurídico definiéndose así; “Que atañe al derecho o se ajusta a él”⁴⁷.

El tema de la naturaleza de la prueba, en primer lugar, en cuanto al derecho civil ha existido la duda sobre si la prueba pertenece al derecho material o sustantivo, o al derecho procesal. La duda surge porque en la vida civil sin que exista o pueda existir en el futuro ningún proceso hay necesidad de dejar constancia de la existencia de determinados actos, para seguridad de las personas o de los bienes como en los contratos de los registros etcétera, de ahí que muchos autores de derecho civil consideran que la prueba, o al menos una parte de ella esta dentro del derecho sustantivo, cuestión objetable por el derecho procesal moderno.

Son varios los autores que definen el punto de vista de la diferencia entre la prueba civil y la prueba penal, especialmente referida un el proceso penal, pero a nosotros lo que nos interesa es la prueba en el derecho notarial. Ya que la ley no establece medios específicos.

4.4 Fines de la prueba

Para iniciar este sub tema se dará un concepto de fin: “ objetivo o motivo con que se hace algo”⁴⁸, ahora bien, el fin de la prueba es la materia sobre la que recae la actividad probatoria, es lo que se debe de probar para dar por cierto el acontecimiento histórico que es objeto el proceso y que en principio aparece como incierto.

⁴⁶ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.*, pág. 480

⁴⁷ *Ibid.* pág. 408

⁴⁸ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.*, pág. 321



La prueba en concreto se reduce a los aspectos de la pertinencia y la relevancia que esta debe tener en un caso específico. La relevancia o utilidad significa que la prueba que se va a introducir debe tener importancia en relación a lo que se pretende probar.

4.5 La carga de la prueba

La doctrina se debate hace siglos frente a los problemas de este punto, que afectan no solo los principios doctrinales, si no la política de la misma prueba. Admitiendo las opiniones de autores de otros tiempos, en el sentido de considerar que el tema de la carga de la prueba pertenece a una época del derecho pasado. El tema de la carga de la prueba se modifica en el proceso inquisitivo. En este, frente a pruebas ordenadas de oficio por el tribunal, no puede propiamente hablarse de carga de la prueba. Esta es un riesgo o quebrantamiento para la parte, derivado de la falta de la prueba. Aquí es manifestar seguir las conclusiones doctrinarias de derecho procesal penal, que ha preferido radiar los vocablos de carga de la prueba del léxico de la ciencia.

En el proceso dispositivo no se trata solo de las reglas de un juez, sino también de reglas de la normas para que las partes produzcan pruebas de hechos, al impulso de su interés al demostrar la verdad de sus respectivas proposiciones. "La carga de la prueba no supone, pues ningún derecho del adversario, si no un imperativo propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito puede quitarse esa carga de encima probando es decir acreditando la verdad de los hechos que la ley señala."⁴⁹

⁴⁹ Orellana Eddy G. Teoría General del Proceso. Pag. 217



4.6 Clasificación de la prueba

Doctrinariamente existe variedad de clasificaciones en cuanto a la prueba, por ser la que forzosamente deberá demostrarnos la veracidad o falsedad de los hechos aducidos por las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones.

Atendiendo a la función, las pruebas directas e indirectas, históricas y críticas. La primera distinción contempla el objeto de la prueba y se llama directa, a la que esta constituida por el que debe ser conocido, e indirecta la que versa sobre un objeto distinto.

4.7 Procedimiento probatorio

La prueba en el proceso es valorada por el juez, siempre y cuando cumpla con el procedimiento probatorio. El procedimiento probatorio es una manifestación contradictorio, concebir el proceso sin debate, tampoco es factible aceptar, que una parte aporte pruebas, sin la fiscalización del juez y del adversario.

En el derecho procesal debe de existir una serie de pasos que debemos seguir y que conocemos como procedimiento probatorio. Y está conformada por cuatro etapas: El ofrecimiento, el petitorio o probatorio, el diligenciamiento y la valoración.

a) **Etapas de ofrecimiento:** Es un anuncio que hacen la partes, tanto en la demanda como en la contestación, de la pruebas que aportaran en el proceso. En nuestro ordenamiento jurídico, las partes en su demanda y su contestación deben fijar con precisión y claridad las pruebas que van a rendirse.



definida en la doctrina). Dichas reglas son métodos que nos guían para apreciar los resultados que queremos o que nos fije la ley.

4.8.1 Libre convicción

Couture indica que “En cuanto a la libre convicción debe entenderse aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba del proceso, exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. La libre convicción, en cambio no tiene porque apoyarse en hechos probados, puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez por su saber privado”⁵⁰. El Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, señala que: “La libre convicción es el sistema que permite al juez elegir y valorar las pruebas en que ha de basar su sentencia, sin limitación alguna y solamente de acuerdo con el personal criterio que se haya formado. Es un sistema similar al sistema de la sana crítica y opuesto al de la prueba legal”⁵¹.

En un principio la libre apreciación de la prueba como también se le llama a la libre convicción; “el juzgador forma su convicción sobre la verdad de los hechos objeto de la prueba con arreglo a su conciencia, es decir, valorando en su conjunto y libremente, sin sujeción a norma alguna especie que coarte su función psicológica, el resultado de los medios de prueba que se hayan realizado en el proceso”⁵². De conformidad con lo expuesto, el juez puede no tomar en cuenta las pruebas que se rindieron en juicio o formar su convicción en contra de ellas para dictar sentencia en un caso determinado.

⁵⁰Eduardo J. Couture. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. págs. 273 y 274

⁵¹Ossorio, Manuel. **Ob Cit.**, pág. 432

⁵²Viada Aragoneses. **Ob. Cit.** pág. 356



Ampliando un poco más este subtema Couture dice: "no es menester que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de controlarse a posteriori, basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que lo conducen a la conclusión establecida"⁵³. Analizando la libre convicción sucede que el juez tiene absoluta libertad de fallar, de modo que puede fallar a favor de la prueba. En Guatemala existen variados procedimientos laborados, y especialmente me refiero a los conflictos en donde el Tribunal falla a conciencia de manera que puede fallar contra la prueba misma que obre en autos, con esa prueba o en forma diferente.

4.8.2 La prueba en conciencia

Según el significado que se trae de la lengua española "conciencia es el conocimiento inferior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar o el conocimiento exacto y reflejo de las cosas".

En realidad, al hablar de la valoración en conciencia, estamos aplicando la libre convicción, que es una libertad de actuar de razonar lo que es bueno, y lo que es malo, porque al hablar de conciencia nos estamos refiriendo a un aspecto intermedio que forma parte de la misma, por lo tanto opinamos sobre este sistema al referirnos a su aplicación en el Código de Trabajo el cual dice expresamente en el Artículo 361: " que en la sentencia se apreciara la prueba en conciencia sin sujeción a las normas de derecho común, estamos de acuerdo que el sistema adoptado es el de sana crítica".

⁵³ Najera F. Mario E. Ob.Cit. Pag. 469

4.8.3 La prueba tasada

Según lo que indica el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales "Prueba tasada: es aquella en que el legislador determina los efectos que surte necesariamente, sin posible modificación en sus resultados y consecuencia por el juzgador, obligando a aceptarla. Se llama por eso también prueba legal"⁵⁴. Además nos señala el diccionario de la ciencias jurídicas, políticas y sociales, lo siguiente: "Prueba legal: sistema procesal de valoración de las pruebas opuesto al de la libre convicción o al de la sana crítica y según la cual el juez solo puede considerar acreditado un hecho o una circunstancia cuando los presupuestos prefijados por el legislador han cobrado vida, en otros términos, pruebas legales son aquellas en que la ley señala anticipadamente al juez el grado de eficacia que debe atribuirse por el juzgador a determinado medio probatorio, prevaleciendo que el criterio de las pruebas legales ha caído en desacredito, porque llegaba al extremo de absolver a un notorio delincuente o de condenar a un inocente pese a la certeza de su culpabilidad o de inocencia"⁵⁵.

En la regla de la prueba tasada que da la ley, está expresamente señalado lo que el legislador dijo en la misma. y se dice que el juez no aprecia la prueba si no que por anticipo se le tiene por señalado el camino que debe de tomar. Eisner dice: "El legislador razona antes que el juez y le da su razonamiento servido como imposición legal, para que el juez se limite a comprobar, o en el caso si las pruebas rendidas

⁵⁴Ossorio, Manuel, *Ob. Cit.*, pág. 627

⁵⁵*Ibid*, Pág. 626



contienen recaudos que el legislador a impuesto como suficiente para tener por acreditados los hechos”⁵⁶.

Ahora bien, Guillermo Cabanellas, indica que: “Prueba Legal: la conforma cualquiera de los medios probatorios admitidos por la leyes adjetivas. Aquello cuya eficacia o resultado se haya establecido en la ley. Lo que debe apreciarse de modo estrictamente señalado a prueba tasada. La legal se identifica con la prueba nominada y se contrapone, claro es, a la prueba ilegal casi invariablemente frustrada.”⁵⁷

En cuanto a la prueba tasada o legal, el juzgador si tienen campo de acción, por que de antemano la ley le ha dado el valor probatorio o la eficacia legal al medio de prueba, por lo tanto él valorará según lo señalado por la ley.

4.8.4 La sana crítica

Indica el diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales “Sana Critica: frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar la prueba y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema intermedio y más extendido de la sana Critica, que deja al juez formar libremente su convicción, entra el juego de la conciencia en la apreciación de los hechos, en la sana critica el juicio razonado. A este respecto expresa Couture que el juicio de valor en la sana critica ha de apoyarse en proposiciones lógicas y correctas, y fundarse en observaciones de experiencias confirmadas para la realidad”.⁵⁸ Ahora bien “reglas de la sana crítica, son aquellas

⁵⁶ Nájera f. Mario E. **Ob. Cit.**, pág. 468

⁵⁷ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.**, Tomo V. pág. 502

⁵⁸ *Ibid*, pág. 688



normas de apreciación la recta razón, el buen juicio, la experiencia, la lógica y apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica no es otra cosa que adquirir el juez su convicción juzgando de su mérito sopesándolas o a través de esos principios”.⁵⁹

4.9. Medios de prueba señalados en nuestra legislación

4.9.1 Declaración de parte: Es una manifestación verbal o escrita que las partes hacen dentro de un proceso, es un medio de prueba privilegiado ya que puede diligenciarse en cualquier estado del proceso. Como resultado de la declaración de parte puede darse la “confesión.”⁶⁰

Para entender una forma más sencilla la declaración de parte, hay que dominar primero un léxico jurídico apropiado. Es lo que más se utiliza en la jurisdicción Voluntaria porque es como inicia cada asunto.

4.9.2 Declaración testimonial: Concepto importancia y caracteres de la prueba testifical. Según el Diccionario de la Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales. Testigo es “aquella persona que da testimonio de una cosa, o la testigua. Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa. El vocablo tiene importancia jurídica dentro del campo procesal, por cuanto la prueba testimonial constituye un medio de comprobar judicialmente la veracidad de los hechos que se debaten en un litigio o causa criminal. La falsedad de la declaración constituye un delito de falso

⁵⁹Mario Efraín Nájera Farfán, *Ob. Cit.* pág. 471

⁶⁰Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.*, pág. 356



testimonio”⁶¹. Las preguntas que van dirigidas a los testigos deberán ser directas y simples, procurando no hacer preguntas capciosas, sugestivas o ambiguas, y no se podrá emplear sobre el coacción o amenaza.

Cuando se valora el testimonio por la sana crítica razonada, se usará la experiencia, de la lógica, del debido razonamiento sobre los motivos que tuviere para llegar a la verdad.

4.9.3 Prueba documental: Alsina, al referirse a esta prueba dice: “documento es toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal. Estos últimos son propiamente las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para los cuales se reserva el nombre de instrumentos materiales (equipos, marcas, signos, contraseñas, etc.). Debe demostrarse la existencia por medio de otro tipo de prueba como la parcial y la inspección ocular”.⁶²

En este sentido, documento y escritura o escrito son términos sinónimos, ahora bien, existen objetos materiales, objetos de naturaleza probatoria, indiscutiblemente, tal es el caso de la fotografía, de la necesidad de menor para poder embargar, enajenar o vender el inmueble del menor, incapaz o ausente. En vista de eso se constituyen otras teorías, a base de dar el concepto sobre documento sobre la función de este elemento probatorio. Esta función de este elemento probatorio como dice Carnelutti, ha de consistir en la representación del dato a que el documento se refiere. Se considera el documento como representativo, que se produce o se refleja en el tema

⁶¹Ossorio, Manuel. *Diccionario de la Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales*, pág. 746.

⁶²Aguirre G. Mario. *Ob. Cit.*, pág. 384



de la prueba o que afecta, de ahí su especial significación. Con ello se incluirá entre los documentos, no solo escritos, si no aquellas otras cosas que por diversos medios de la escritura cumplen la misma finalidad de la representación.

La valoración de este medio de prueba reviste carácter específicos por el juez o el notario de acuerdo con su criterio o el fijado por la ley, aplicará el sistema de la prueba tasada o el de la sana crítica según los documentos que se trate, tal como se indica, a este medio se le aplica la sana crítica es decir que utilice el razonamiento y analice todo lo declarado y luego aplicará el sistema de acuerdo a lo que aparezca en autos.

4.9.4 Prueba de expertos: Según Fenech “es el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba, para lo que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos”.⁶³ Así mismo Jaime Guasp, en su obra “Derecho Procesal Civil” nos dice: “perito es, la persona que, sin ser parte, emite, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que no habían adquirido en el momento de su capacitación”⁶⁴. Con acertado criterio el Licenciado Hernán Hurtado Aguilar, al analizar, se inclina en que la prueba de expertos debe tener un valor relativo y condicionado. Es así como dice “que será el juez quien, con buen criterio,

⁶³ Finech, Miguel. *Ob. Cit.* pág. 701

⁶⁴ Aragonese, Viada. *Ob. Cit.* pág. 373



pueda realmente ir creando una nueva concepción, en cuanto a los resultados de la prueba.”⁶⁵

4.9.5 Reconocimiento judicial: El reconocimiento judicial en algunos códigos y en las doctrinas se le conoce con los nombres de inspección ocular o inspección judicial. Es otra prueba que contempla nuestra legislación y es practicada directamente por el juez. Su realización tiene por objeto investigar delitos que han dejado vestigios permanentes, que es necesario para los fines del proceso. El juez verifica la inspección hace un examen directo percibe sensorialmente los hechos y circunstancias que se encuentren en el lugar donde sucedieron los hechos. Este medio de prueba es valorado conforme a reglas, por todo ello que se indica que el juez podrá realizar reconocimientos sobre libros y documentos y así asegurar la investigación y obtener certeza jurídica.

4.9.6 Medios científicos: Sobre los medios científicos la comisión legislativa de 1934, decía: “ son los medios de prueba que la ciencia da al juez para llegar al conocimiento de la verdad, aprovechando los admirables progresos que ya ha alcanzado en todos los ordenes de la actividad humana y que en realidad amplía el poder de nuestros sentidos, en el tiempo y en el espacio.”⁶⁶ Su importancia estriba en la obtención de datos, objetos y fuentes que proporciona la ciencia, la técnica, el arte, etc.

⁶⁵Hernán Hurtado, Aguilar. *Ob. Cit.* pág. 193.

⁶⁶Nájera F. Mario E. *Ob. Cit.* pág. 573



El valor probatorio de los medios científicos, se aprecian conforme las reglas de la sana crítica, tomando en cuenta también que si el juez lo considera necesario, requerirá el dictamen de expertos.

El Doctor Mario Aguirre Godoy menciona: “Que debe recordarse que no estamos ante una prueba con valor tasado y que en consecuencia el juez, puede apreciar los diferentes medios científicos de prueba, aportando al proceso conforme a las reglas la sana crítica.”⁶⁷

4.9.7 Prueba de presunciones: Operación lógica mediante el cual partiendo de un hecho conocido se llega a la aceptación como existencia de otro desconocido o incierto esta puede ser la presunción legal y la presunción humana o judicial.

Es el resultado del proceso lógico que consiste en pasar un hecho conocido a otro desconocido. Un estricto hecho jurídico, las presunciones constituyen un medio de prueba legal inatacable unas veces y susceptible de contraria demostración en otras este aspecto expresa que la presunción “es la conjetura o indicio que sacamos”⁶⁸, ya sea del modo que generalmente tienen los hombres de condicionarse, o ya sea que las leyes ordinarias de la naturaleza o bien las consecuencias que saca la ley o el magistrado de un hecho cierto o incierto.

4.10 La Valoración como acto de descentralización del notario.

En relación con la actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración, se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los

⁶⁷ Aguirre G. Mario. *Ob. Cit.* pág. 743

⁶⁸ Orellana Eddy G. *Ob. Cit.* Pag. 188



particulares para el desempeño de algunas de las funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere del montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación de un servicio especial, resulta fiscalmente onerosas y menos eficiente, que da opción de utilizar el apoyo del sector privado.

Mediante esta forma de descentralización, el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido. Por eso, bien se ha dicho, que la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.

La gestión notarial implica la actividad notarial y es la función pública de dar fe. Ya que los notarios son los particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública pero no adquieren la condición de funcionarios públicos, se les impone neutralidad a sus actuaciones si bien ejercen una función pública esto no lo convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo y orgánico.

El objeto principal de la jurisdicción notarial es la descongestión judicial y la colaboración del notario para recibir declaraciones extra procesales con fines judiciales.

4.11 Apreciación de la prueba por parte del Notario.

En una tarea que implica dos fases, la interpretación de la prueba y la valoración de las mismas. Para hablar de la valoración de la prueba ya sabemos que hay tres sistemas, el de la sana crítica que determina los medios y esfuerzo en que el juez la



aplica de modo automático, otro sistema de valoración es la libre convicción que admite toda clase de pruebas y el juez la valora libremente, y por último el de la prueba legal en que la ley no determina el valor de las pruebas pero si establece cuales son los medios de prueba y las condiciones de admisibilidad y forma de cada unos de ellos.

Por otro lado se confía en el notario o juez en general para la apreciación libre del valor de las pruebas practicadas incluso en los casos en que la ley establece el valor de algunos medios de prueba. En el sistema español se cree de tipo mixto con reglas generales legales de valoración combinada con otras de la sana crítica.

Son fuentes de prueba los elementos que existen en la realidad y los medios de prueba las actividades a desplegar para incorporar las fuentes a que se efectuó las pruebas.

Esta declaración queda plasmada en un acta de referencia y donde el notario recoge las manifestaciones o declaraciones que se formulen en su calidad de notario como tal. La constancia de lo expresado así se debe, salvo evidencia súper fluida transcribirse literalmente. Su valor probatorio se equipara al de declaraciones hechas ante la justicia.

En estas actas el notario da fe de la comparecencia de determinadas personas a hacer manifestaciones que se recogen en el acta, pero no da fe de los hechos que ellos se refieren, el texto será redactado por el notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que intervengan usando las mismas palabras, en cuanto fuere posibles, una vez advertido el declarante por el notario del valor jurídico de los mismos en los casos en que fuesen necesarios.



Las declaraciones testimoniales, las declaraciones bajo juramento prestadas en trámites de jurisdicción voluntaria, en ellas el notario no puede asegurar la veracidad de lo declarado, si no lo que escucho y le fue revelado.

Las declaraciones testimoniales deben de llevar requisitos y formalidades estas están reguladas en los Artículos 60, 61 y 62 del Código de Notariado.

El notario en los actos que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte debe de levantar un acta, en esta el notario hará constar hechos y circunstancias que el presencie o que le constan.

Hay que recordar que el acta notarial "es el instrumento autorizado a instancia de parte, por un notario y escribano donde se consignan las circunstancias, manifestaciones y hechos que presencia y les consta, de las cuales dan fe y que por naturaleza no sean materia de contrato".⁶⁹

A continuación señalaré algunos de los medios probatorios que utiliza el notario para ejercer la función notarial en los procesos de jurisdicción voluntaria la mayoría son documentales tales como:

Certificación de nacimiento: este documento lo expide el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala (RENAP) en este documento consta el nacimiento de una persona, los datos de los padres y el lugar donde nació, entre otros.

⁶⁹Perez F. del Castillo. **Obra Derecho Notarial.** pág 23



Certificaciones de matrimonio: Este documento lo expide el Registro Nacional de la Personas (RENAP), el cual consta el acontecimiento importante, en la cual dos personas se une legalmente con el ánimo de convivencia, con el fin de vivir juntos, criar, alimentar a sus hijos y auxiliares entre si.

Certificaciones de Registro Mercantil: esta certificación depende de cual es el inmueble que van a gravar o disponer si es una Sociedad o Empresa Mercantil, entonces se debe de pedir una certificación en el Registro Mercantil de la existencia de tan sociedad o Empresa Mercantil.

Certificaciones del Registro General de la Propiedad: Es de suma importancia presentar esta certificación cuando lo que se va a disponer es un inmueble rústico o inmueble urbano, la prueba principal es la certificación del Registro General de la Propiedad, primero para determinar la existencia del inmueble y a quien le pertenece y de donde se va a desprender la decisión de notario y de la Procuraduría General de la Nación.

Valoración que utiliza el notario: es la que va a realizar el notario en los procesos de jurisdicción voluntaria, en poder analizar por medio de las declaraciones testimoniales, documentos, etc., y así establecer si procede o no el asunto que se le está requiriendo.

Lógica: es la síntesis mental que hace el Notario, para determinar si las pruebas presentadas por el requirente son las pruebas idóneas para iniciar cualquier asunto en jurisdicción voluntaria.

Experiencia: es la que obtiene el notario a través de los años de ejercicio profesional para determinar con certeza jurídica que el asunto solicitado por los requirentes en el



sentido de determinar, que de los 22 asuntos de jurisdicción voluntaria es el que más se ajusta a lo solicitado.

Los dos elementos de la lógica y la experiencia hacen que el notario de certeza jurídica a cualquier asunto de jurisdicción voluntaria que es requerido en su sede notarial.

Sana crítica razonada: es la que realiza el notario en el momento de presentarle el requirente los medios de prueba juntamente con la explicación detallada que asunto de jurisdicción voluntaria que es su deseo que se lleve a cabo en la sede Notarial.

CONCLUSIONES



1. La jurisdicción voluntaria es la que ejerce el juez y el notario, sin la solemnidad de un juicio, por medio de su intervención en unos asuntos establecidos por la ley, en los cuales no existe litis.
2. Al notario en el sistema jurídico guatemalteco, se le ha otorgado la potestad de conocer asuntos de jurisdicción voluntaria, sin embargo no en todos los casos puede dictar la resolución final debido a que hay ciertos asuntos, que la resolución final la dicta hasta contar con un dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación un órgano jurisdiccional.
3. La Procuraduría General de la Nación juega un rol de suma importancia en los asuntos de jurisdicción voluntaria, ya que es la encargada de representar los intereses de la sociedad a través de la emisión de un dictamen, ya sea que favorezca o no el asunto de jurisdicción voluntaria que se está sometiendo a su conocimiento, en la mayoría de casos tiene un carácter vinculante.
4. Por certeza de veracidad de la cual está investida la prueba que el notario recibe, no es necesario que el juez vuelva a valorar la prueba y determinar su valor probatorio.





RECOMENDACIONES

1. Para que se cumpla realmente con el propósito de los asuntos de jurisdicción voluntaria, es necesario dotar al notario de potestad para dictar resolución final en todos los asuntos, que de conformidad con la ley, pueden ser sometidos a su conocimiento, sin necesidad de la intervención de un juez.
2. Para cumplir con el propósito de la reducción de la mora judicial, se debe reformar el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107 en cuanto a los asuntos de jurisdicción voluntaria que pueda ser, de modo que el notario puede concluir por sí mismo los asuntos en los que el interviene.
3. Es necesario agilizar el proceso de calificación que realiza la Procuraduría General de la Nación a través de su dictamen para así cumplir con el propósito de celeridad en materia notarial.
4. Que el notario al estar investido de la fe pública que el Estado le otorga a través de la ley, tenga la capacidad absoluta de valorar los medios probatorios que le sean aportados, sin posteriormente estar sometidos a otros órganos.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo II volumen 2º Guatemala. 1989.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias Gonzalez. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Guatemala 2010.
- BARRAGAN, Alfonso M. **Manual de derecho notarial**. Bogotá Colombia. Ediciones Temis. 1979. Juridiccion voluntaria sede notarial. XII encuentro americano del notariado latino. 1983.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Ed. Universitaria, Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Editorial Heliasta. 11 Edición. Buenos Aires, Argentina. 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Curso de derecho procesal civil**. Oxford, México, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamento del derecho procesal civil**. 3ª Edición. Buenos Aires, Argentina 1977.
- Diccionario de la lengua española. Barcelona, España. Ediciones Nauta. 1979.
- FERNANDEZ CASADO, Miguel. **Tratado del notario**. Madrid, España. 1895.
- FERNANDEZ V., Emilio. **Diccionario de de derecho público**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astra, 1981.
- FLORES JUAREZ, Juan F. los derechos reales en la legislación guatemalteca. Guatemala USAC, 1978.
- GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 3a ed.; 2a. Reimpresión; 1t.; Ed. Claus Cons. Driskell S.A. Buenos Aires, Argentina, 1985.
- GUZMAN ARROYO, Gilberto. **Trámite notarial en la jurisdicción voluntaria de asiento tardío y rectificación de partida de nacimiento**. Guatemala USAC, 1988.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Desalma, 1966.
- MORA VARGAS, Hernán. **Manual de derecho notarial**. Primera edición investigaciones jurídicas, S.A. 1988.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio de derecho notarial**. Infacosult Editoriales, Guatemala. 2009.



- MUÑOZ, Nery Roberto, **jurisdicción voluntaria**. Infacosult editoriales Guatemala 2011.
- NÁJERA F. Mario E. **Derecho procesal civil**. Inversiones Educativas, 2da, edición 2006.
- NAVARRO APEITIA, F. **Actas de notoriedad**. Academia del notario. Madrid, España. 1945
- NERI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico del derecho notarial**. Ediciones Depalma. 2da. Edición. Buenos, Argentina. 1980
- ORELLANA, Giovanni. **Derecho procesal civil I**. Editoriales Orellana, Alonso y Asociados, Guatemala 2011.
- ORELLANA, Eddy G. **teoría general del proceso**. editoriales Orellana, Alonso y Asociados, Guatemala 2011.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Editorial Heliasta, S.R.L. México 1952.
- PEREZ F. del C. Bernardo. **Derecho notarial**. 2ª Edición, México. D.F. Ediciones Porrúa S.A. 1978.
- PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Guatemala: Ed. Praxis, 2001.
- PUIG P. Federico. **Compendio de derecho civil español**. 4t. 1vols.; Barcelona, España: Ed. Ediciones Nauta, S.A., 1966.
- SAENZ JUAREZ, Luis Felipe. **Jurisdicción voluntaria en sede notarial**. XII encuentro americano del notariado latino. Guatemala. 1983. y

Legislación:

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

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

Código de Notariado. Decreto Número 314 Congreso de la República de Guatemala.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto Número 54-77 Congreso de la República de Guatemala.



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

Código Civil. Decreto-Ley Número 106.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación. Congreso de la República. Decreto número 40-94, 1994.

Ley de Rectificación de Área. Oscar Humberto Mejía Victores, Jefe de Estado, Decreto- Ley número 125-83, 1997.