

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA
NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL**

CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2020

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA
NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2020

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

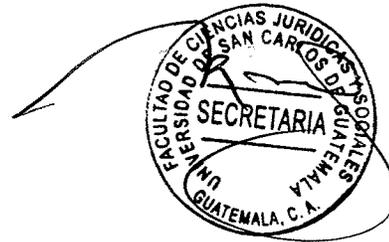
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y Contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

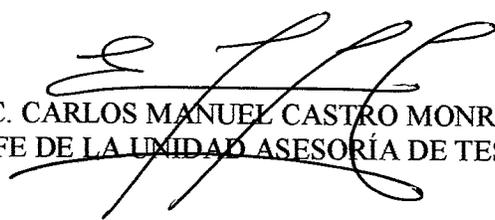


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de julio del año dos mil nueve.

ASUNTO: CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, CARNÉ NO. 200312085. Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No 578-08.

TEMA: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL".

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 de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a) Miriam Alicia Santeliz, Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 5957.


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



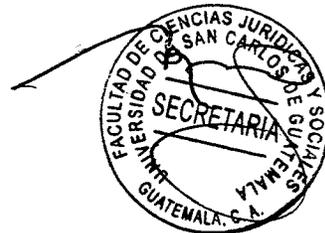
Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
CMCM/mbbm

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



Guatemala, 23 de julio del año 2009.

Licenciado (a)
MIRIAM ALICIA SANTELIZ
Ciudad de Guatemala

Licenciado (a) SANTELIZ:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a)- Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de ésta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por el (la) estudiante: CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, CARNÉ NO. 200312085, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL" reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

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

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


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



c.c. Unidad de Tesis, interesado y archivo

LIC. MIRIAM ALICIA SANTELIZ
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiado: 5957

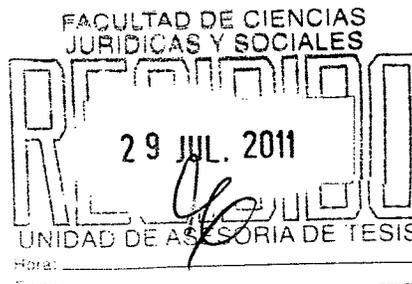
Ave. Elena "C" 15-65, Zona 1 Guatemala, Ciudad

Teléfonos: 22515482, 58991000



Guatemala, 26 de julio de 2011.

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



En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, procedí a **ASESORAR** el trabajo de tesis del Bachiller **CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, intitulada "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL**", para el efecto me permito informar a usted lo siguiente:

- a. Contenido científico y técnico de la tesis: Considero que el tema investigado por el bachiller Carlos Héctor Daniel Hernández Sánchez, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico ya que el mismo se enfoca desde la perspectiva doctrinaria y exégetica de los textos legales tanto nacionales como internacionales relacionados con el tema investigado.
- b. Metodología y técnicas de investigación utilizadas: La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente al método analítico. En lo concerniente a las técnicas de investigación el sustentante aplicó la observación y las técnicas de investigación documentales, comprobándose con ello que se hizo uso de la recolección de información de bibliografía actualizada.
- c. Redacción: La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión.
- d. Cuadros estadísticos: El presente trabajo de investigación, no incluye cuadros estadísticos, porque la temática desarrollada no ameritó su inclusión.
- e. Contribución científica: El aporte científico que el tema investigado por el sustentante brinda, es hacer notar la urgente necesidad de revisar, actualizar y reformar la legislación civil y la legislación notarial de Guatemala para así poder

LIC. MIRIAM ALICIA SANTELIZ
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiado: 5957

Ave. Elena "C" 15-65, Zona 1 Guatemala, Ciudad
Teléfonos: 22515482, 58991000



incluir dentro de las legislaciones mencionadas el procedimiento planteado en cuanto al divorcio voluntario.

- f. Conclusiones y recomendaciones: Las conclusiones y recomendaciones son acertadas y oportunas, reflejan el conocimiento del tema investigado; y que al ser acatadas se espera obtener resultados positivos que contribuyan a agilizar el divorcio voluntario.
- g. Bibliografía utilizada: Cabe destacar que la bibliografía utilizada es reciente, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en la investigación realizada.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se debe cumplir de conformidad con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo como su atenta y segura servidora.



Licda. *Miriam Alicia Santeliz*
Abogada y Notaria
Licda. Miriam Alicia Santeliz
Colegiado 5,957
Asesora de Tesis

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ELMER RONALDO ESPINA FIGUEROA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL".

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


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

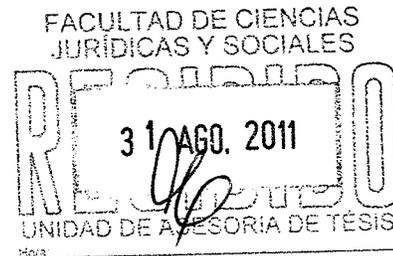


cc.Unidad de Tesis
CMCM/cpt.



Guatemala, 31 de agosto del 2011.

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



Respetuosamente le informo que conforme a la resolución de su despacho, he revisado el trabajo de tesis del Bachiller **CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL”**.

Cumpliendo con lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, rindo el siguiente informe:

- a) Para la legislación guatemalteca esta investigación se torna importante puesto que en ella no existe este tipo de trámite, ya que es una forma en la que el trámite del divorcio voluntario y la separación cumplirían con el principio de celeridad en cuanto a su tramitación, es novedosa ya que le proporciona a las personas una forma más practica y accesible al momento que deseen dar por terminado su matrimonio.
- b) En la investigación se utilizaron métodos y técnicas idóneos, utilizando el método analítico y en cuanto a las técnicas de investigación el sustentante aplicó la observación y la investigación documental las cuales permitieron al estudiante la facilidad y eficiencia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.
- c) Se cumplieron las instrucciones y recomendaciones proporcionadas al Bachiller en cuanto a la presentación y desarrollo de su trabajo de tesis presentado.

Lic. Elmer Ronaldo Espina Figueroa
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 4663



- d) Cuadros estadísticos del presente trabajo de investigación, no incluye cuadros estadísticos, porque la temática desarrollada no ameritó su inclusión.
- e) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho por el enfoque que se le ha dado y además porque es un tema de la realidad jurídica del país.
- f) conclusiones y recomendaciones, las cuales concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, por lo que se considera que son acertadas y que al ser acatadas se espera obtener resultados positivos que contribuyan a agilizar el divorcio voluntario y la separación.
- g) La fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros.

Por lo anterior expuesto y porque se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se debe cumplir de conformidad con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

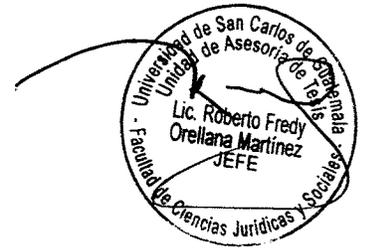
Atentamente,

Id y Enseñad a Todos


Lic. Elmer Ronaldo Espina Figueroa
Colegiado 4663
Revisor de Tesis

Lic. Elmer Ronaldo Espina Figueroa
ABOGADO Y NOTARIO

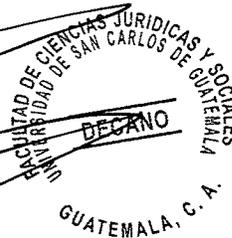
6 Calle 26-70 zona 4
Tel. 24360491



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de febrero de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS HÉCTOR DANIEL HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO Y SEPARACIÓN Y LA NECESIDAD DEL TRÁMITE EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.



DEDICATORIA



Por sobradas razones

- A MIS PADRES:** Luis René y Sara del Carmen, por su incondicional apoyo y confianza para lograr este proyecto.
- A:** Rita Vásquez, Yeni De León, Ricardo Escobar, Andrés Marroquín, personas que me apoyaron y animaron en el camino para concluir la presente.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser fuente de conocimiento y que me acogió en sus aulas para poder así hoy culminar una meta más en mi vida.

Gracias totales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El matrimonio como institución social	1
1.1 Etimología y definición de la institución del matrimonio	2
1.2 Análisis jurídico y doctrinal del matrimonio	5
1.3 Requisitos para la celebración del matrimonio civil.....	12
1.4 Regímenes económicos del matrimonio	19

CAPÍTULO II

2. Análisis jurídico del divorcio y la separación	21
2.1 Definición de divorcio y separación.....	22
2.2 Generalidades de las instituciones del divorcio y separación	25
2.3 Tramitación del divorcio y la separación por mutuo consentimiento	33

CAPÍTULO III

3. La jurisdicción voluntaria y la función notarial	37
3.1 Definición de jurisdicción.....	37
3.2 Función jurisdiccional.....	39
3.3 Jurisdicción voluntaria.....	45
3.4 Jurisdicción voluntaria notarial.....	51
3.5. Definición de notario.....	53



3.6. Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107.....	61
3.7. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77.....	62

CAPÍTULO IV

4. Propuesta del trámite sobre el proceso de divorcio voluntario notarial.....	65
4.1. Justificación.....	67
4.2. Tramite del divorcio en la vía de la jurisdicción voluntaria notarial.....	71
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBIOGRAFÍA.....	87



INTRODUCCIÓN

La legislación guatemalteca establece dentro de su normativa legal, la forma civilizada que pueden utilizar las parejas que se presentan ante un juez para separarse o divorciarse voluntariamente. En el Código Civil se enumeran ampliamente las causas comunes para solicitar el divorcio, y en las situaciones de discordia, facilita el que existan probadas circunstancias para declararse con lugar una separación, terminando de esta manera la vida en común de cualquier pareja.

De esta forma, el sistema de justicia en Guatemala permite a los conyugues que comparecen de mutuo acuerdo ante un Juez, manifestando las razones que tienen para divorciarse, que presentan un proyecto de convenio, mismo que el juez debe aprobar, y posteriormente pueden por voluntad desatar el vínculo del matrimonio. Sin embargo, pese a la voluntariedad expresada, en la práctica se puede demostrar que el tiempo que transcurre desde la primera comparecencia hasta tal disolución es muy extenso. Por ese motivo, he considerado que es necesario investigar al respecto.

La tesis que sustentó en el presente trabajo, está fundamentada en la siguiente hipótesis: Que en los casos de separación y divorcio voluntario no es necesaria la intervención judicial. Asimismo, los objetivos que orientaron esta investigación son: determinar la importancia de la jurisdicción voluntaria notarial; revisar las disposiciones legales vigentes que regulan la separación; y, analizar la tramitación de la separación y del divorcio voluntario por la vía de la jurisdicción voluntaria notarial.



Este informe de investigación, se distribuye en cuatro capítulos: el primero, analiza la institución del matrimonio como fundamento de la sociedad; el segundo, contiene la temática relativa a el divorcio y la separación; en el tercero, se hace referencia a la jurisdicción voluntaria y el papel del Notario Público; el cuatro analiza el trámite del divorcio tramitado en la vía de la jurisdicción voluntaria notarial.

Los métodos utilizados en la técnica bibliográfica de investigación realizada fueron: el analítico, permitió dividir todo el conocimiento en partes, en relación a lo que establece la legislación nacional con respecto del tema de la presente investigación y la realidad en la práctica; el método sintético, que permitió analizar separadamente los fenómenos objeto de estudio, descubrir la esencia del problema o del fenómeno estudiado, en cuanto a las repercusiones que tiene el fenómeno en estudio así como la necesidad de una reforma en la ley.

Finalmente, se establece que para dejar completamente agotado este tema, es necesario realizar otras propuestas legales en el campo del derecho civil, tomando en consideración que la figura del divorcio voluntario únicamente se puede tramitar en la vía jurisdiccional, lo que representa una necesaria reforma a la legislación guatemalteca.

CAPÍTULO I

1. El matrimonio como institución social

El matrimonio constituye una de las instituciones sociales de mayor relevancia a través de la historia. La institución del matrimonio es el lógico y natural resultado de la necesidad orgánica y social del hombre y la mujer de formar una familia estable. Indiscutiblemente que es la célula, núcleo o base jurídica de la familia.

Es una institución de naturaleza jurídica, en virtud de que está regulado por la ley. Además, es de orden civil, está organizado y tutelado por el Estado con independencia del carácter religioso o canónico.

La unión matrimonial está normada de tal manera que procura la mayor permanencia y estabilidad de la familia, en forma tal que los preceptos que la rigen, en su gran mayoría, son de orden público, con aplicación en el campo del derecho privado, pero por su delicada naturaleza, no son susceptibles de modificación por la voluntad del individuo. Lo que caracteriza la unión de un hombre y una mujer por medio del matrimonio es el ánimo de permanencia, con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a los hijos y auxiliarse entre sí.

A continuación, se presentan los aspectos doctrinarios y jurídicos que rigen al matrimonio y su regulación legal en Guatemala.

1.1. Etimología y definición de la institución del matrimonio

El origen etimológico de la palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica bajo ese nombre no es claro, la palabra matrimonio, según Federico Puig Peña se deriva de las voces: “*matris-manium*, que para el derecho romano significa; el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos, que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad”.¹

Mas sencillamente, y en cierta forma con otro sentido Joaquín Escriche expresa que la palabra matrimonio: “tomo el nombre de las palabras latinas *matris munium* que significan oficio de madre y no se le llama patrimonio porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia”.²

Dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos. Tomando en cuenta las voces de que deriva la palabra matrimonio se ha tomado como sujeto pasivo único a la madre ya que se consideraba que la madre era la que contribuía más a la formación y crianza de los hijos.

Alfonso Brañas Castellanos, al respecto manifiesta: “es significativo que la etimología de la palabra matrimonio resalte en especial la figura de la madre. No debe verse en ello

¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, tomo V. Pag.31

² Escriche, Joaquin, **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**, Pág. 1254.



su situación como sujeto pasivo o depositario de los gravámenes de la institución al menos a las luces de la legislación de Guatemala, sino, a los efectos del derecho, preferentemente la causa justificativa de que la ley tienda a ser protectora del estado jurídico de una mujer dentro del matrimonio, por cierto ahora muy controvertida, y por la circunstancia de las relaciones maternofiliales que derivan generalmente una protección conjunta de la madre y de los hijos en caso de perturbación de la vida conyugal o de modificación o disolución del matrimonio”.³

Manuel Ossorio define al matrimonio como: “la unión de un hombre y una mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales”.⁴

Para Planiol-Ripert, el matrimonio es: “como un contrato por el cual un hombre y una mujer establecen entre ellos una unión que le ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”.⁵

Alfonso Brañas define al matrimonio como: “el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre si una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia”.⁶

³ Brañas Castellanos, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 111.

⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 583.

⁵ Planiol, Marcel, y Ripet, Jorge, **Tratado práctico e derecho civil francés**. Pág. 80.

⁶ **Ob. Cit.** Pág.112.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 49, establece: “El matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente”.

Interpretando el citado Artículo extensivamente, se puede deducir que el matrimonio en Guatemala, se encuentra plenamente protegido, para lo cual el Estado provee de una gama de normas jurídicas que permiten y garantizan la tutela familiar, sobre la base del matrimonio. Es por ello que se faculta a los alcaldes, notarios y ministros de culto para que puedan autorizar el matrimonio.

En el Código Civil vigente el matrimonio se encuentra definido en el Artículo 78 del Decreto Ley 106, como: “ El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

Al haber establecido plenamente el significado de la palabra matrimonio se desprende la idea que es una institución social, al definirse de tal forma, claramente se puede comprender, que el primer objetivo del mismo es la permanencia, de un hombre y una mujer, llevados por el impulso natural y social de estabilizarse y ser parte fundamental del desarrollo social al ser el pilar donde descansa la familia como eje central de la sociedad.

Dentro de un Estado democrático como Guatemala, el matrimonio está establecido como un acto solemne y determinado en las diversas etapas evolutivas de la legislación, todo ello con el único objeto de lograr el bienestar familiar, así como los fines sociales y teleológicos durante la vida del matrimonio.

1.2. Análisis jurídico y doctrinal del matrimonio

La promiscuidad, que es la práctica de relaciones sexuales con varias parejas o grupos sexuales, en las sociedades primitivas era común y no solo se daba en pequeños grupos, se afirma que este era el tipo de relación existente entre todas las personas, a tal punto que entre los años de 1860 a 1990 era considerada por muchos escritores una verdad demostrada.

A pesar de esto se puede decir que los argumentos positivos a favor de la teoría de la promiscuidad primitiva parecen insuficientes para darle cualquier tipo de probabilidad, como principio del matrimonio, pero es parte de los antecedentes históricos del mismo. Una de las primeras y más frecuentes costumbres acerca del matrimonio era la captura o raptó de una mujer por parte de un hombre, normalmente de otra tribu a la que él pertenecía, en la mayoría de los pueblos primitivos dicho hecho parece haber sido considerado un medio para conseguir esposa, surge como consecuencia de las guerras y las ideas de dominación aquí la mujer es considerada como parte del botín de guerra, más que la formación propiamente de la unión matrimonial, luego de la captura,

empezaba la convivencia, y la misma, estaba generalmente desprovista de cualquier tipo de formalidad.

Una desviación de la forma típica de unión secular que, sin embargo, también es llamada matrimonio, es la poliandria, la unión de una mujer con varios hombres al mismo tiempo, ha sido practicada en varios momentos por un número considerable de personas o tribus, existió entre los antiguos bretones y árabes, los habitantes de las Islas Canarias y los aborígenes de América.

En la gran mayoría de estos casos, la poliandria fue una forma excepcional de unión conyugal, en donde la monogamia e incluso la poligamia eran mucho más frecuentes. A este número de uniones poliandrias fueron llamadas fraternas; es decir, los esposos de un grupo conyugal eran todos hermanos.

Frecuentemente, si no lo era generalmente, el primer marido tenía mayores derechos conyugales y domésticos que los otros, siendo, de hecho, el marido principal, los otros solo eran maridos en un sentido secundario y limitado; la esposa no pertenecía a varios hombres totalmente independientes, sino a un grupo unido por los lazos más íntimos de la sangre; ella se casaba con una familia en vez de con una persona, y el hecho de que uno de sus consortes poseía mayores privilegios matrimoniales, muestra que la mujer tenía solo un marido en el sentido pleno de la palabra.



La poliginia es la forma más común de poligamia, y habitualmente se confunde con ella. La poliginia es el tipo de relación institucionalizada por la cual un hombre tiene dos o más esposas al mismo tiempo. Cuando una mujer es quien tiene dos o más esposos se llama poliandria. La poliginia ha sido y todavía es bastante más común que la poliandria.

Existió entre la mayoría de pueblos antiguos conocidos en la historia, y se da en la actualidad en algunas naciones civilizadas, como el caso de las regiones islámicas, Kuwait e Irak por mencionar algunos, así como en la mayoría de tribus primitivas aunque los únicos grupos importantes de la antigüedad que han tenido pequeño o ningún rastro de ella, han sido los griegos y romanos.

No obstante, el concubinato, que puede ser considerado como una forma más alta de poligamia o por lo menos como lo más parecido a la monogamia, fue durante muchos siglos reconocido por las costumbres e incluso por las leyes de estas dos naciones.

Hoy en día, dicha costumbre se sigue dando especialmente entre las personas que están bajo la influencia del mahometismo, en países como Arabia, Turquía e India.

De esta práctica se deriva lo que históricamente se conoció como matriarcado, que es donde el hijo es identificado en términos de su madre biológica en vez del padre; familias extensas y alianzas tribales se forman a lo largo de líneas sanguíneas femeninas.

El matriarcado es comúnmente usado para describir sociedades en donde la autoridad maternal se basa en relaciones domésticas, debiéndose al esposo unirse a la familia de la esposa, en lugar que la esposa se mude a la villa o tribu del esposo, así, ella es mantenida por su familia extendida, y el esposo tiende a estar socialmente aislado.

La conceptualización de matrimonio con una visión legal comienza en el derecho romano, ya desprovista de las practicas polígamas consideradas salvajes o brutas tanto por griegos como por romanos; los romanos, institucionalmente monógamos, concibieron las relaciones sexuales continuadas, con voluntad de convivencia y de vida en común, como un contrato, ya no entre dos personas, sino entre dos familias.

Como el matrimonio romano estaba pensando para ser una institución que debía renovarse con el consentimiento continuado de los conyugues, se permitía el divorcio, los romanos no ignoraban el concubinato o las relaciones sexuales con esclavos pero no podían darle el mismo reconocimiento que el matrimonio justo. Tampoco ignoraban que los pueblos no romanos del mundo tenían instituciones muy parecidas, pero las mismas no se pudieron reconocer hasta que Roma fue el mundo.

Como efectos primordiales del matrimonio romano están los que se refieren a las relaciones de los cónyuges entre si y de cada uno de ellos con los hijos; los hijos legítimos están sometidos a la tutela del padre.



Asimismo, no se puede dejar a un lado la concepción religiosa del matrimonio, que para la Iglesia Católica es considerada como uno de los principales actos, de extraordinaria trascendencia y constituye una de las piedras fundamentales de esta institución.

El matrimonio, dentro de la doctrina de la iglesia católica romana, es idealizado como un sacramento, que confiere gracia para santificar la legítima unión entre un varón y la mujer y para engendrar hijos y educarlos santamente. Según Puig Peña: “el código de derecho canónico, fue el mismo Jesucristo que elevó el matrimonio a un sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados y por lo tanto no cabe los mismos que exista válido contrato sin que al mismo tiempo sea un sacramento”.⁷

Es interesante mencionar que en el derecho canónico aparece regulada la figura de los esponsales, que desde el punto de vista de la disciplina eclesiástica significa la promesa de un futuro matrimonio, concepto que todavía vemos reflejado en el ordenamiento jurídico vigente en Guatemala.

La naturaleza jurídica del matrimonio: No existe unidad de criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, circunstancia que ha motivado la existencia de varias tesis que tratan de explicar, siendo las más conocidas las siguientes: a) como un contrato, b) como un negocio jurídico bilateral y c) como una institución.

⁷ Puig Peña, **Ob. Cit**; Pág. 47.

a) Como un contrato: esta tesis es de origen canónico. En consecuencia inspira lo regulado por el derecho de la iglesia católica y que tuvo su principal motivación en evitar la proliferación de la bigamia. Los seguidores de esta tesis afirman que al matrimonio lo forma el consentimiento de los contrayentes. Le asignan los elementos y características jurídicas más sobresalientes de la institución contractual. El matrimonio es un acto jurídico que se constituye no solo por el consentimiento de las partes, sino también por la intervención del Estado.

b) Como un negocio jurídico: esta tesis afirma que el matrimonio es un negocio jurídico bilateral ya que este se constituye por la voluntad de las partes. Para algunos autores es un negocio jurídico bilateral de orden familiar y carácter solemne.

c) Como institución: según este criterio el matrimonio, como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, y al cual las partes no tienen más que adherirse.

Haciendo un análisis sobre si el matrimonio es un contrato o una institución, los tratadistas modernos se inclinan por considerarlo como institución, siendo esta la teoría que se adopta en este trabajo.

Entre los caracteres esenciales del matrimonio están los siguientes: a) recíproco, b) permanente, c) monogámico y d) legal.

a) Reciproco: implica una unión del hombre y la mujer, unión que se traduce en derecho y deberes recíprocos. Para fortalecer dicha unión, la ley procura una división de trabajo y de potestades, y en determinados casos concede la preponderante a uno de los esposos, generalmente al marido.

b) Permanente: este carácter se manifiesta aun en los países como Guatemala en que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando dos personas se casan, lo hacen para toda la vida, siendo esta la regla y la disolución la excepción.

c) Monogámico: aunque algunos pueblos conservan todavía la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de singularidad, que es el caso del Estado de Guatemala. Y no solamente no se concibe más que un solo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual con otra persona que no sea su conyugue. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución.

d) Legal: respecto a la legalidad del vínculo, no basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia como en el caso del concubinato, o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado ante un funcionario público facultado para ello en los términos previstos en la ley, teniendo la fuerza y validez que éstas le otorgan. Solo así queda bajo el amparo y la regulación de esta. Es

claro que la noción del matrimonio no se agota aquí pues por encima de lo legal esta su substancia moral y religiosa.

De ahí, que las normas jurídicas, religiosas y morales se disputen el dominio en esta materia y que, como una de las características más salientes de la historia de la institución es la lucha mantenida entre la iglesia y el Estado afirmando su derecho exclusivo a regularla.

1.3. Requisitos para la celebración del matrimonio civil

Para la celebración del matrimonio civil es necesario que el notario o el funcionario público debidamente facultado cumpla con ciertos requisitos y formalidades que la ley establece, para que haya prueba de que el matrimonio se celebren y que este no se realice precipitadamente.

Los elementos personales que intervienen en la celebración del acto y en la formación del expediente matrimonial son: a) Los contrayentes y b) El funcionario autorizante.

a) Los contrayentes: la legislación guatemalteca contempla únicamente el matrimonio entre un hombre y una mujer como único caso en que se puede autorizar el matrimonio.

b) El funcionario autorizante: existen varios funcionarios que pueden autorizarlo, dada la naturaleza jurídica del mismo y la concepción de que el matrimonio es un acto que se constituye a través de una manifestación de voluntad de dos personas, llenando las formalidades del caso, partiendo de esto, los funcionarios que pueden autorizar el matrimonio.

Según como se establece en el Artículo 92 del Código Civil de Guatemala: “El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde”.

Claramente se observa la influencia que el derecho canónico ejerce sobre la legislación guatemalteca, al señalarnos que cualquier ministro de cualquier culto puede autorizar el matrimonio, toda vez que cuente con la autorización de la autoridad administrativa correspondiente que en este caso es el Ministerio de Gobernación.

Para la celebración del matrimonio civil se deben cumplir con una serie de requisitos estipulados en Código Civil de Guatemala como: a) ser civilmente capaz y b) la edad.

a) Ser civilmente capaz: esto se refiere a que las personas que pretendan contraer matrimonio civil deben poseer tanto la aptitud intelectual, física y moral necesaria para poder cumplir con los fines de la institución matrimonial.

b) La edad: la edad para contraer matrimonio la ley, la fija tomando en cuenta ciertos factores fisiológicos como la nubilidad que determina la aptitud matrimonial por razones de orden fisiológico y la edad que la mujer es apta por naturaleza para procrear.

De conformidad con el Artículo 8 del Código Civil en su párrafo segundo estipula: “son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”. Esta mayoría de edad da origen a la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles; por lo tanto los mayores de edad tienen libertad de contraer matrimonio sin previa autorización, consentimiento o permiso de otra persona. Sin embargo, el Artículo 81 del mismo cuerpo legal citado, señalan forma de excepción: “que pueden contraer matrimonio el varón mayor de dieciséis años y la mujer de catorce años, siempre que medie autorización de sus padres o de la persona que ejerce la patria potestad o tutela o en su defecto la dispensa judicial”.

El contrayente que hubiere sido casado deberá acreditar con el documento legal respectivo la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior y si tuviere hijos comprobara estar garantizada la obligación de alimentarlos, en caso tuviere bienes menores bajo su administración presentara el inventario respectivo.

Dentro de la ley civil sustantiva se puede mencionar dos tipos de requisitos que deben de cumplirse los para la celebración del matrimonio, y los cuales se encuentran a continuación: a) requisitos formales y b) requisitos solemnes.



a) Requisitos formales: son todos aquellos que tienen relación con la formación del expediente matrimonial.

El cumplimiento de estos es necesario previamente al acto del matrimonio en sí, estas formalidades cumplen en el matrimonio civil un papel importante porque facilitan la prueba del acto, además porque impide que este se realice en forma precipitada, esto sin tomar en cuenta sus consecuencias y porque fijan de modo preciso toda la gama de supuestos o requisitos que deben cumplir los contrayentes para que surja el vínculo conyugal. Si bien es cierto que en la actualidad se advierte en muchas legislaciones incluyendo la de Guatemala, una atenuación del rigor formal que siempre ha caracterizado al matrimonio, es que no puede realizarse, por amplias que sean las concesiones a la libertad individual que tal hecho implique al matrimonio, este continúa siendo solemne.

Con el deseo de contraer matrimonio se inicia lo que es el expediente matrimonial mediante la manifestación al funcionario competente, de la residencia de cualquiera de los contrayentes y del lugar donde deseen realizar la celebración, para la autorización del matrimonio. El funcionario está obligado a recibir aquellos requisitos exigidos a los contrayentes dentro de los cuales están: certificación de la partida de nacimiento de cada uno de los contrayentes, cédulas de vecindad de los contrayentes o DPI y certificado médico.



El funcionario está obligado, a recibir bajo juramento de cada uno de los contrayentes, la declaración sobre los puntos siguientes: nombres y apellidos, su edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombre de los padres y de los abuelos si lo supieren, ausencia de parentesco entre si que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten sino presentan escritura pública de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con terceras personas, todo esto debe realizarlo el funcionario autorizante para la validez jurídica, tal como se establece en los Artículos 93 y 97 del Código Civil.

El Artículo 93 del Código Civil de Guatemala establece: “Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestaran así ante el funcionario competente de la residencia o de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si lo supiesen, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales, y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona”.

b) Requisitos solemnes: son los que tienen relación con la celebración del acto matrimonial.

Cumplidos los requisitos formales previstos en el Artículo 98 del Código Civil, y cerciorado el funcionario de la capacidad y aptitud de los contrayentes, señalará si estos así lo solicitan, día y hora para la celebración del matrimonio, o procederá a su celebración inmediata.

La ceremonia de la celebración del matrimonio es el acto solemne con el que culminan las diligencias iniciadas para ese efecto. Para Planiol-Ripert “enfatan el carácter solemne del acto resaltando que la autoridad interviniente no da fe del matrimonio, sino que lo celebra, en el lugar y según las formalidades prescritas por la ley”.⁸

A ese respecto, y conforme a la legislación guatemalteca, para celebrar el matrimonio civil, el funcionario autorizante, en presencia de los contrayentes, da lectura a los Artículos 78, 108 al 112 del Código Civil; luego recibirá de cada uno de los contrayentes su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer, y en seguida los declara unidos en matrimonio.

Notarialmente, el matrimonio se plasma a través de instrumentos públicos extra protocolares conocidos como actas notariales, llenando los requisitos establecidos en el Código Civil de Guatemala y cumpliendo los requisitos posteriores, señalados en la Ley de Registro Nacional de Personas Decreto número 90-2005 del Congreso de la República, y los ministros de cultos, en libros debidamente autorizados por el Ministerio de Gobernación.

⁸ Planiol-Ripet, **Ob. Cit**, Pag. 156.

Una vez efectuado el matrimonio, el funcionario que lo haya autorizado entregara inmediatamente una constancia del acto a los contrayentes, razonará las cédulas de vecindad y enviara aviso al Registro Nacional de las Personas, dentro del término de quince días de celebrado el matrimonio, para que se hagan las anotaciones correspondientes. La constancia de salud del varón debe de conservarse en los atestados del protocolo, junto con las certificaciones de las partidas de nacimiento.

Mediante el cumplimiento de los requisitos formales y solemnes para la celebración y consecuente validez del matrimonio, la ley persigue que los cimientos de éste sean inmovibles en razón de la prueba del acto, en cuya realización interviene no sólo el consentimiento de los conyugues sino la fe pública del funcionario llamado a autorizar el matrimonio, que han de manifestarse hasta después de haberse completado el expediente matrimonial.

En este proceso interviene otro factor importante: la publicidad, que la mayoría de legislaciones garantiza, además, con la publicación de edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, obligatoria en la legislación guatemalteca únicamente en el caso de que el contrayente o contrayentes, sean extranjeros o guatemaltecos naturalizados, ya que estos deberán comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado como requisito adicional para proceder a celebrar matrimonio.

1.5. Regímenes económicos del matrimonio

En un sentido amplio se pueden definir como: la organización patrimonial que rige el matrimonio dentro de los sistemas legales adoptados por cada país. Es la directriz, con la que personas unidas por un vínculo matrimonial, se organizan a efecto de ejecutar un sistema estructurado de administración económica dentro del matrimonio.

En Guatemala, existen tres regímenes económicos matrimoniales, siendo estos: el de comunidad absoluta, el de separación absoluta y el de comunidad de gananciales.

El régimen de comunidad absoluta, es aquel en el que todos los bienes aportados por los conyugues al matrimonio, sea antes o después del mismo, pasan a formar el patrimonio conyugal, mismo que se dividirá por partes iguales al momento de disolverse el matrimonio.

En contraposición al régimen de comunidad absoluta, existe el de separación absoluta, el que regula que los bienes y los frutos de los conyugues permanecerán en propiedad de estos, antes del matrimonio y después de disuelto el mismo, además serán propios de cada uno de ellos las ganancias que obtuvieren por servicios personales o en el ejercicio del comercio o industria. Por último se establece la comunidad de gananciales, que es una mezcla de los regímenes antes indicados y es cuando el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían antes de contraer matrimonio, pero los

adquiridos durante el mismo al momento de disolverse la unión conyugal, serán divididos por partes iguales.

Establece Manuel Ossorio que: “Es justo mencionar que existen excepciones a la regla anterior, como es el caso de los bienes que se adquieren por venta de otros con anterioridad al matrimonio y los adquiridos a título gratuito, estos lineamientos cobran fuerza jurídica, mediante las capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones matrimoniales son aquellas que, en escritura pública, hacen los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil, y en las que se plasma los determinados bienes que cada uno aporta para la vida conyugal”.⁹

En este apartado se pudo establecer que, el matrimonio ha venido evolucionando a través del tiempo, esta evolución seguirá día con día y esto provoca la necesidad de que una institución como el matrimonio se desarrolle y se busquen los medios para su protección, en caso contrario se busque la manera de poner fin al vínculo matrimonial sin causar más inconvenientes de los que trae implícito el hecho de disolver el matrimonio, que como institución social debe velar por la protección de la familia.

⁹ Ossorio, **Ob. Cit**; pag. 157.

CAPÍTULO II

2. Análisis jurídico del divorcio y la separación

Derivado de la ley biológica que exige la perpetuidad de la especie humana, se ha establecido que el matrimonio es considerado como la institución social más importante por constituir el núcleo de la sociedad, ya que a través del matrimonio se integran las familias.

No obstante, el matrimonio tiene por objeto la permanencia de la vida conyugal, en muchas oportunidades la convivencia entre los cónyuges se torna imposible, por lo que debe recurrirse a su modificación por medio de la separación o a su disolución legal por medio del divorcio.

El problema, sin embargo, tiene sobre todo relevancia para la familia en sí, que se confronta con la posibilidad de su desintegración, sea por la vía de la simple separación de los cónyuges o por la del divorcio.

La separación o el divorcio constituyen los medios necesarios para la modificación o disolución del matrimonio, los cuales actualmente únicamente se producen a través de una sentencia judicial. Una vez se hayan promovido por alguno o ambos conyuges con base en una causa legalmente determinada.

2.1. Definición del divorcio y la separación

La palabra divorcio deriva del latín *divortium*, del verbo *divertere*, que significa irse cada uno por su lado.

Para Manuel Ossorio, el divorcio es: “la acción y efecto de divorciar y divorciarse, que un juez competente por sentencia legal, separa a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio) o bien manteniéndolo pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho.”¹⁰

Federico Puig Peña lo define como: “Aquella institución por cuya virtud, se rompe o disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias contraídas legítimamente, dejando a los esposos en libertad de contraer nuevo matrimonio.”¹¹

Para Cecilia Grossman, el término divorcio posee dos acepciones: “por una parte en sentido amplio, significa la mera separación de cuerpos y bienes, sin disolución del vínculo conyugal, razón por la cual ninguno de los contrayentes puede formalizar un nuevo matrimonio, (divorcio relativo); por la otra en sentido estricto, el divorcio trae como consecuencia la disolución del vínculo, lo cual habilita a los cónyuges a celebrar nuevas nupcias (divorcio absoluto)”.¹²

¹⁰ Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.** Pág. 261.

¹¹ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 368.

¹² Grossman, Cecilia P. **El proceso de divorcio y realidad**, Pág. 37.

En Guatemala, el divorcio se encuentra regulado en Artículo 143 del Código Civil: El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio; de tal forma, se debe entender por divorcio la disolución del matrimonio.

La declaración de divorcio configura la supresión de una serie de derechos-deberes entre los esposos, quienes adquieren un nuevo estado, el de divorciados. La declaración de divorcio implica el cese del deber de cohabitación entre los ex-esposos, cada uno de ellos puede establecer su domicilio, se dividen los bienes, se acuerda la tenencia de los hijos a alguno de los progenitores y sólo en determinados supuestos los ex-cónyuges conservan el derecho-deber de asistencia.

Se puede definir, entonces, el divorcio como la acción de separar a través de un juez competente, por medio de una sentencia legal y firme a personas unidas en matrimonio cuyo efecto primordial es la disolución de la vida conyugal y el cese de la cohabitación.

El divorcio que responde a lo inestable muchas veces de las pasiones humanas, es un remedio cuando la unión entre esposos se ha roto de hecho y la ley no hace más que reconocer las situaciones efectivas que se producen. Aunque este reconocido por muchas legislaciones, existe una contraposición a la idea de la disolución del vínculo matrimonial, liderada por la iglesia católica, al considerar que el divorcio vincular no existe y aunque contempla dos excepciones para poder otorgarlo es por regla general que el mismo no es reconocido.

Una práctica más aceptada dentro de las sociedades a partir del cristianismo y reconocida desde una visión legalista es la de la separación, figura que hasta el día de hoy subsiste en varios países incluyendo Guatemala.

Manuel Ossorio establece en cuanto a la separación que: “es una situación en que se encuentran los casados, cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla”.¹³

La separación no es más que la interrupción de la vida marital sin que el vínculo sea disuelto; es aquella situación en la que se encuentran los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impide continuar conviviendo, a esta situación se llega mediante una resolución judicial.

El concepto de la separación tiene muchas vertientes, en las que según Guillermo Cabanellas las más importantes son: “Separación de cuerpos y de bienes, que es la interrupción de hecho o de derecho de la cohabitación de los cónyuges entendida como acceso carnal y como unidad de domicilio. La separación de lecho y de techo, en la que los cónyuges interrumpen su cohabitación pero sin dividir los bienes, que forman parte del patrimonio conyugal; la separación personal, mantiene el vínculo matrimonial, pero deja en libertad a ambos cónyuges para que puedan fijar libremente su residencia.”¹⁴

¹³ Ossorio, Manuel. **Ob.Cit.** Pág. 702.

¹⁴ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, tomo I. Pág. 731.

Por último, la separación de hecho es la más practicada en la sociedad, y según Ana Quiñonez Escamez puede definirse como: “aquella situación en la que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna se imponga, y sea por su voluntad de uno o varios esposos”.¹⁵

2.2. Generalidades de las instituciones del divorcio y la separación

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas, también es cierto que en alguna de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En los tiempos bíblicos, la Ley de Moisés permitía repudiar a las mujeres, que era como dar carta de divorcio, pero era un derecho reconocido solamente a los hombres.

Es posible que el patriarca tomara esa costumbre de la sociedad egipcia, donde se practicaba, el mismo Abraham pidió el repudio-divorcio a Sara a pesar que su mismo Dios le había profetizado que esta sería madre.

En la antigua Grecia, el divorcio se conocía y se practicaba como forma normal de respecto a la convivencia.

¹⁵ Quiñonez, Escamez, A. **Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones**. tomo I. Pág.321.

En Roma, cuna del derecho civil, el matrimonio era un contrato consensual que contemplaba en su esencia la finalización voluntaria del mismo y dio origen a conceptos que se mantuvieron en las leyes durante siglos: *repudium*, *divortium*, *discidium*.

Lo admitían las leyes de las doce tablas o ley de igualdad romana fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano y en los últimos tiempos de la República fue tan frecuente que las matronas romanas contaban a los maridos por consulados. Juvenal satirizó a dichas esposas romanas que variaban de marido más o menos cada cinco años, y Séneca, con cierta ironía, hablaba de las damas famosas que contaban sus años por los maridos conseguidos.

En la España medieval, el Fuero Juzgo representaba el Código Territorial Visigodo, que hizo desaparecer el repudio, pero admitía el divorcio en toda su significación, mientras la doctrina canónica se ocupaba de implantar en sus enseñanzas un concepto nuevo: el principio de indisolubilidad del matrimonio.

Sólo había una excepción: la explícita autorización de la autoridad eclesiástica anulación del matrimonio, o en otras palabras, la iglesia lo admitía, pero se reservaba el derecho de decidir cómo y cuándo.

En la legislación de Guatemala, el divorcio ha tenido variantes claramente deslindables. Durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, fue emitido el Decreto Legislativo de fecha 19 de agosto de 1837, que admitió el divorcio como una de las formas de

disolución del vínculo matrimonial, o sea el divorcio vincular, en sus dos formas: divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causa determinada, disponiendo que los esposos que se divorcien por cualquier causa no podían ya reunirse ni ser reconocidos en ningún concepto como tales esposos, mas podía verificarse entre si un segundo matrimonio, pasado un año de pronunciado el divorcio.

Durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios, fue abandonada esa postura. El Código Civil de 1877 dispone que divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial. A ese respecto conviene recordar lo opinado por la comisión codificadora: “El Artículo 165 declara: que es divorcio la separación de los casados, quedando subsistente el vinculo matrimonial. El Artículo 169, al reconocer lo que actualmente existe en práctica dice que la sentencia emanara de la autoridad eclesiástica, pero que el divorcio produce efectos civiles y canonicos. Todo lo que es civil se reglamento. El concepto de divorcio estaba acorde con el concepto del matrimonio, un contrato civil solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente, según lo disponía dicho código. Resulta evidente que el legislador de esa época actuó con suma prudencia al tratar el tema del divorcio, de por si tan difícil al reconocer lo que actualmente existe en práctica, reconociendo la influencia de las ideas religiosas imperantes y determinantes en las normas sociales que en todo tiempo influyen en la concepción del matrimonio y divorcio.”

Un cambio radical de criterio se manifiesta en el Decreto Gubernativo número 484, promulgado el 12 de febrero de 1894, cuando gobernaba el país el General José María

Reina Barrios, el cual contiene la ley de divorcio, basándose en que según la ley el matrimonio es un contrato civil y que por lo tanto una de sus consecuencias es indudablemente la disolubilidad del vinculo legal, pues al no ser el matrimonio obra de la naturaleza sino el mutuo consentimiento de las partes debe considerarse destruido desde que faltan los motivos o causa fundamentales que hicieron contraerlo; esa ley autorizo el divorcio, al reconocer: la separación de los cónyuges y el divorcio propiamente dicho, ya fuese por mutuo consentimiento o por causa determinada. Se disponía anteriormente: La ley autoriza, no solo la separación de los cónyuges, quedando subsistente el vinculo matrimonial, sino también el divorcio, en virtud del cual queda disuelto ese vinculo, y el Artículo 2°. El matrimonio se disuelve: 1° Por el mutuo consentimiento de los cónyuges y 2°. Por la voluntad de uno de ellos con causa determinada.

Con algunas variantes los códigos de 1933 y el vigente mantienen el mismo criterio en cuanto al divorcio por mutuo acuerdo o por voluntad de los cónyuges mediante causa determinada, con efectos disolutivos del vínculo matrimonial.

En Guatemala, la separación y el divorcio podrán decretarse, por mutuo acuerdo y por causal determinada; para que exista el divorcio voluntario o separación los cónyuges deben haber tenido vida marital por más de un año contado desde la fecha en que se celebren el matrimonio.

El Código Civil de Guatemala, específicamente en el Artículo 155, contempla una serie de causas mediante las cuales se puede llegar tanto a la separación como al divorcio, no habiendo una diferenciación de lo que se espera conseguir, más bien dándole un matiz como de similitud a estos conceptos jurídicos, de cualquier forma las causas antes mencionadas son las siguientes:

- 1) La infidelidad de cualquiera de los conyugues.
- 2) Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.
- 3) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.
- 4) La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.
- 5) El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.
- 6) La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.
- 7) La negativa de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado.
- 8) La disipación de la hacienda domestica.
- 9) Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

- 10) La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un conyugue contra el otro.
- 11) La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión.
- 12) La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial para el otro conyugue o a la descendencia.
- 13) La impotencia absoluta o relativa para la procreación siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.
- 14) La enfermedad mental incurable de uno de los conyugues que sea suficiente para declarar la interdicción.
- 15) Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

Universalmente se entiende que el divorcio tiene como fin, disolver el matrimonio. El problema es definir la separación ya que como se ha mencionado con anterioridad en varias legislaciones esta es la única figura legal que se acepta para poder modificar el matrimonio, tal es el caso de la separación y sus varias denominaciones a través de las leyes del orbe, en la que en muchos casos, permiten que subsista el vínculo matrimonial. Se puede afirmar entonces que la diferencia esencial entre el divorcio y la separación es que, el divorcio es el mecanismo legal para concluir el vínculo matrimonial y la separación es una modificación que permite a los todavía cónyuges a ya no compartir un lecho o cohabitar bajo el mismo techo.

La única diferencia legal la contempla el Código Civil en el Artículo 153 en donde indica que la separación solo es modificativa del matrimonio mientras que el divorcio lo disuelve.

Los efectos de la separación son los mismos que se producen con el divorcio, al respecto, el Artículo 159 del Código Civil indica: "Efectos civiles comunes de la separación y el divorcio", siendo los siguientes: a) la liquidación del patrimonio conyugal, b) el derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable y c) la suspensión o pérdida de la patria potestad.

a) La liquidación del patrimonio conyugal; esta situación se contempla como un efecto común para la separación o el divorcio la cual procede al estar firme la sentencia declarativa de la separación o el divorcio; y a cuyo efecto se liquidara el patrimonio conyugal en los términos prescritos por las capitulaciones, por la ley o por las convenciones que hubieren celebrado con anterioridad los cónyuges (Artículo 170 del Código Civil).

b) El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso. A criterio en contra, el cónyuge culpable pierde el derecho a recibir alimentos (Artículo 169 del Código Civil).

c) La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada. Procede aquí

deslindar cuando se suspenderá o perderá la patria potestad, a tenor de ese precepto. Se suspenderá cuando la causal en que se funde la separación o el divorcio sea según lo infiere los Artículos 155, 273 y 274 del Código Civil.

También se puede establecer que dentro de la legislación de Guatemala los efectos propios de la separación los contempla el Código Civil en el Artículo 160 en el cual señala que además de la subsistencia del vínculo conyugal los siguientes: a) el derecho del cónyuge inculpable a la sucesión intestada del otro cónyuge y b) el derecho de la mujer a continuar usando el apellido del marido.

a) El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge: esta situación es de importancia, porque de conformidad con el Artículo 1078 del Código Civil, se establece que en primer lugar sucederán los hijos y el cónyuge sobreviviente; en ese sentido, teniendo en cuenta que ante una separación aun no se ha disuelto el vínculo de matrimonio, es decir que continúan siendo cónyuges, por eso se tiene derecho a la sucesión intestada del otro.

b) El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido: por la misma situación de no encontrarse disuelto el vínculo del matrimonio, se le otorga este derecho, especialmente para la mujer.

El Código Civil en el Artículo 161, respecto de la libertad de estado indica que el único efecto propio del divorcio señala que es “la disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio”.

2.3. Tramitación del divorcio y la separación por mutuo consentimiento

En Guatemala, la única forma de obtener una declaración legal de separación o divorcio por mutuo consentimiento, es acudiendo a la jurisdicción voluntaria judicial, y su regulación se encuentra en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto ley 107, Artículos 426 al 434.

Cuando ambos cónyuges han tomado la decisión de separarse o divorciarse y, se han puesto de acuerdo en todos los aspectos que conllevan los mismos, si tienen más de un año de haber contraído matrimonio, deberán presentar su solicitud al juez de familia de su domicilio. El memorial que contenga la solicitud de separación o divorcio, deberá de indicar la fecha en que se contrajo matrimonio, si se procrearon hijos, indicando el nombre de cada uno de ellos y su edad, o en su caso si hubiera fallecido alguno de ellos; también deberá indicarse el régimen patrimonial adoptado, así como la indicación de los bienes obtenidos durante el matrimonio en su caso; de todo ello deberá adjuntarse certificación para acreditar dichos extremos, el memorial deberá de ir firmado por ambos conyugues y auxiliado por dos abogados, es decir , un abogado por cada uno de ellos.

El juez de familia, al resolver la solicitud planteada, si la misma reúne los requisitos exigidos por la ley, debiéndose tomaren cuenta también los contenidos en el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, le dará curso a la misma, teniendo la facultad de decretar provisionalmente: la suspensión de la vida en común, a quien de los cónyuges quedará el cuidado de los hijos y cuál será la pensión alimenticia que a estos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer.

En la misma resolución que admita para su trámite la solicitud, el juez citara a las partes a una junta conciliatoria, señalando para el efecto día y hora en que se verificara la misma, la que deberá de realizarse dentro de los ocho días siguientes.

En esta audiencia, las partes deberán de ratificar su solicitud ante el juez de conocimiento, el que les hará las reflexiones convenientes sobre la importancia que tiene el matrimonio y de establecer una posible reconciliación, a fin de que continúen la vida conyugal, tomando en consideración el deber del Estado en la protección de la familia. En este momento pueden darse dos situaciones: a) la primera de ellas, sería que los conyuges decidan avenirse y continuar su vida conyugal, caso en el cual el juez de conocimiento decretara el sobreseimiento definitivo; y b) la segunda, que no exista conciliación, las partes solicitaran al juez la ratificación del deseo de separarse o divorciarse.

Al darse la segunda situación antes enunciada, los cónyuges presentaran en ese momento al juez de conocimiento un proyecto de convenio o bases de la separación o del divorcio que pudo haber sido incluido en el escrito inicial, el cual deberá contener lo siguiente:

a) A quien de los cónyuges quedaran confiados los hijos menores o incapaces procreados en el matrimonio.

b) Por cuenta de quién de los cónyuges correrá la obligación de alimentar y educar a los hijos, el monto de la misma y, cuando la obligación recaiga sobre ambos cónyuges, se deberá de indicar en que proporción se prestara por cada uno de ellos.

c) Que pensión pasara el marido a la mujer, si esta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades.

d) Indicar que garantía se presta para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges. El convenio no perjudicara a los hijos, quienes a pesar de las estipulaciones, conservaran íntegros sus derechos a ser alimentados y educados con arreglo a la ley.

Presentado el convenio, el juez tiene la obligación de emitir un auto dando por aprobadas las bases del convenio, o bien pidiendo a las partes que modifiquen determinados puntos o que aclaren respecto a los temas principales con relación a la guarda y custodia de los hijos, los alimentos, los bienes, etc.

Una vez cumplidos los requisitos que anteriormente se indicaron, el juez de conocimiento procederá a dictar sentencia, para lo cual cuenta con un plazo de ocho

días, contados a partir de la fecha de la audiencia. Esta sentencia deberá de ser inscrita en el Registro Civil respectivo, por medio de una certificación que para el efecto remitirá el juez de conocimiento dentro del tercer día.

Respecto a la sentencia de divorcio una vez firme disuelve totalmente el vínculo matrimonial, pero con respecto a la sentencia de separación, la ley civil contempla que pasados seis meses de su ejecutoria, cualquiera de las partes puede solicitar al juez de conocimiento que la misma se convierta en divorcio, esta petición, será resuelta como punto de derecho, previa audiencia a la otra parte por el plazo de dos días, pero en caso de existir oposición, deberá tramitarse en juicio ordinario.

Respecto a la reconciliación, los cónyuges hasta antes de dictarse sentencia en el caso de divorcio, pueden reconciliarse; pero en el caso de tratarse de una separación, aun después de dictada la sentencia pueden reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia y, el convenio de reconciliación será inscrito nuevamente en el Registro Civil respectivo.

En este capítulo se pudo establecer que, actualmente la regulación legal del trámite de la separación y del divorcio por mutuo consentimiento, únicamente faculta a los Jueces de Familia para la tramitación de los mismos y así cumplir con la voluntad de las personas que desean separarse o divorciarse, dándose para ello un largo y tedioso proceso a pesar de la ausencia de litis entre las partes.

CAPÍTULO III

3. La jurisdicción voluntaria y la función notarial

La función que desempeña el notario dentro de la sociedad es de suma importancia. La función del notario de dar fe, asesorar y conciliar intereses de los contratantes hace que su papel dentro de la sociedad sea indispensable. En la antigüedad su campo de acción se circunscribía a unos pocos actos, función que en la actualidad se ha ido ampliando, de tal forma que el campo de la función notarial se comprenden muchos de los asuntos de jurisdicción voluntaria. Esa ampliación del campo del notario, vino a agilizar en gran medida la tramitación de una gran cantidad de asuntos de jurisdicción voluntaria, por lo que es indudable que encomendar a dicho profesional el conocimiento y resolución de la separación y del divorcio por mutuo consentimiento, sería un avance en el desarrollo del Derecho Notarial.

3.1. Definición de jurisdicción

El origen etimológico de la palabra jurisdicción proviene del latín *jurisdicchio*, que quiere decir: acción de decir el derecho, no de establecerlo. La palabra jurisdicción se forma de *Jus* y de *decire*, que significan aplicar o declara el Derecho. Al estado le corresponde la función de administrar justicia, producto de la prohibición de que el individuo haga por su propia mano, dicha potestad del Estado es lo que se conoce como jurisdicción, y

aunque en el lenguaje jurídico aparece con distintos significados, el principal y el que interesa es este.

Su objeto es el de dirimir los conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

Se entiende como jurisdicción a la facultad de administrar justicia, que la ley encomienda a un órgano del Estado, el cual a través de un procedimiento determinado dirime controversias de carácter particular, cuya resolución definitiva adquiere efectos de cosa juzgada, siendo su fin primordial mantener la paz social.

La facultad de administrar justicia de conformidad con la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República, se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley. Ninguna otra autoridad puede interferir en la administración de justicia.

La jurisdicción es susceptible de dividirse, indica Mario Efraín Nájera Farfán al respecto: “si se admite su división en varias clases, se debe a la necesidad y conveniencia de diferenciar la materia que constituye su objeto. Obedeciendo a esta misma necesidad, la Jurisdicción civil que se subdivide en Contenciosa y Voluntaria”.¹⁶

¹⁶ Nájera Farfán, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. Pág.135.



El Artículo 203 de La Constitución de la República de Guatemala establece: “Que la jurisdicción es la potestad que tiene el estado de administrar justicia a través de los órganos jurisdiccionales”.

3.2. Función jurisdiccional

La función jurisdiccional supone no solo la creación de los órganos encargados de administrar justicia, sino también la determinación de sus facultades y la fijación de reglas para la tramitación de los juicios. La función jurisdiccional se traduce en la potestad conferida a dichos órganos, para administrar justicia; y en el régimen de de separación de poderes, dicha función corresponde al Poder Judicial.

Es un acto de juicio determinado por el derecho de las partes en el proceso, con el objeto de dirimir sus diferencias o controversias. Razón eficiente de la función jurisdiccional es precisamente, la declaración que resuelve la controversia y que genera la cosa juzgada, proporcionando a las partes la seguridad buscada.

La doctrina procesal define que la función jurisdiccional, expresada en los órganos jurisdiccionales, tiene la finalidad de tutelar los derechos y declararlos una vez ha concluido el proceso. Destacan para explicarla, las siguientes teorías: a) tutela del derecho de los particulares, b) actuación de la ley, c) complemento de la legislación en realización de intereses jurídicos, d) interés colectivo en la resolución de controversias y e) sustitución estatal de la justicia privada.



a) Tutela del derecho de los particulares: expresa que la jurisdicción es la actividad con la que el Estado tutela el derecho subjetivo violado o amenazado. Sin embargo, no siempre la jurisdicción coincide con esta doctrina, porque puede darse el caso de la demanda hecha ante el órgano jurisdiccional en la que la parte activa no se encuentre en posesión de un derecho o que no exista norma que ampare su pretensión. La facultad de acudir al órgano jurisdiccional es independiente de la existencia de un derecho violado o amenazado.

b) Actuación de la ley: la jurisdicción es la sustitución de la actividad individual por actividad de los órganos públicos, ya sea para afirmar la existencia de la voluntad legal o ya para ejecutarla ulteriormente. José Chiovenda considera que: “El objeto de la jurisdicción es principalmente la actuación de la ley, sirviendo en segundo término a quien tenga la razón. La actuación del Derecho, en consecuencia, no es función exclusiva de la jurisdicción, toda vez que el particular puede poner a actuar a la ley voluntariamente sin necesidad de la actuación jurisdiccional y, también puede poner a actuar al Derecho. El Estado puede sustituir la voluntad de los particulares, sin configurar jurisdicción, tal como sucede cuando el Derecho actúa administrativamente”.¹⁷

c) Complemento de la legislación en realización de intereses jurídicos: el objeto de la jurisdicción es una actividad complementaria al Estado y a los particulares sobre ciertos intereses jurídicos que merecen la atención del legislador. El Estado legisla sobre

¹⁷ Chiovenda, José. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo I. Pág.155.

materias que tienen que protegerse, sin embargo, la emisión de una norma jurídica no es suficiente para garantizar los intereses en pugna. El Estado debe proveerse de los instrumentos necesarios que aseguren la efectividad de la norma jurídica cuando esta no es acatada voluntariamente por los particulares. La eficacia se alcanza mediante la coercibilidad del Derecho, proporcionando tutela jurisdiccional y seguridad a las personas y al orden social.

d) Interés colectivo en la resolución de controversias: expresa que cuando el mandato jurídico no es suficiente para resolver una controversia, el juez interviene para declarar el Derecho y para imponer su mandato complementario. La justa composición del litigio constituye un interés colectivo superior al de las partes, por lo que la declaración del juez se manifiesta, principalmente, en el derecho penal y administrativo, en los cuales las resoluciones son obligatorias para las partes, aun contra sus voluntades.

e) Sustitución estatal de la justicia privada: considera que la jurisdicción es la potestad concedida por el Estado a determinados órganos para que resuelvan las cuestiones litigiosas sometidas a su conocimiento, las que han de cumplirse. Ello debido a que se prohíbe a las personas hacerse justicia por su propia mano, asumiendo el Estado la facultad de administrar justicia. La jurisdicción se establece como certidumbre de un derecho considerado incierto.

Para Eduardo Couture, la función jurisdiccional consiste en: “La función pública realizada por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado, de acuerdo a la forma requerida en la ley en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus controversias de relevancia jurídica eventualmente factible de ejecución.”¹⁸

Se trata de la función ejercida por los órganos creados por el Estado para que administren justicia, sostenidos en la delegación soberana del pueblo; además de la competencia y la manera de desempeñarla por medio del proceso. La función jurisdiccional soluciona las controversias de relevancia jurídica y satisface las pretensiones reclamadas por una u otra parte, ya que al ser resueltas en la declaración contenida estas dejan de existir, generándose la cosa juzgada, proporcionando a los interesados la seguridad buscada.

El Artículo 113 de la Ley del Organismo Judicial regula: “La función jurisdiccional no puede delegarse por unos jueces a otros. Los jueces deben conocer y decidir por sí los asuntos de su potestad.”

La misma existe de haber dos intereses encontrados, intereses en pugna o en conflicto, consiste en la aplicación de la norma abstracta y general a un caso concreto a efecto de decidir cuál de los intereses encontrados es el jurídicamente protegido.

¹⁸ Couture, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 126.

La función jurisdiccional se concretiza a través de actos jurisdiccionales, en los cuales, deben distinguirse tres elementos: la forma está constituida por los elementos externos del acto, cuales son la presencia de partes, de jueces y de procedimientos. El contenido determina la existencia de una controversia, de un diferendo que tiene trascendencia jurídica.

Por función se entiende el contenido, o sea, el alcanzar o lograr justicia. La función jurisdiccional crea situaciones jurídicas nuevas, que nacen con la sentencia, antes de resolverse el conflicto, hay indecisión sobre cuál es el interés jurídicamente protegido existe una situación de incertidumbre y de pugna. Resuelta esta con la sentencia y pasada en autoridad de cosa juzgada, la situación de incertidumbre desaparece, pues se declara el derecho.

Pero a diferencia de las normas jurídicas dictadas por el poder legislativo, que son de carácter general y abstracto, las creadas por la sentencia, son normas jurídicas individualmente consideradas, la función jurisdiccional sería incompleta y por consiguiente no lograría su cometido si las decisiones judiciales, o mejor dicho, jurisdiccionales no fueran susceptibles de ser cumplidas, entonces encontramos la coercibilidad o sea que gozan de la posibilidad jurídica de hacerse cumplir con la fuerza, si el obligado no se aviene a cumplirlas de manera voluntaria, o de que se adopten medidas reparatoras o sustitutivas, si el cumplimiento es materialmente imposible.

De esta forma, se puede establecer que la función jurisdiccional es la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversia de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

La función jurisdiccional como una actividad del Estado evita la anarquía social, en caso de incertidumbre o de inobservancia de las normas jurídicas el Estado debe ser necesariamente el órgano específico de la actuación del derecho. Solo el Estado goza de la titularidad del derecho de ejercer por sí mismo la función jurisdiccional. Es una actividad que compete únicamente al ente estatal y que por lo demás también se encamina a la realización del bien común, atribución y obligación del mismo.

Así pues, se entiende por jurisdicción la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, intervienen a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, sustituyendo a los mismos en la actuación de la norma que tales interese ampara, declarando, a que sujeto tutela bajo el amparo de una norma por un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho la observancia de la norma e invocando mediante el uso de si fuerza coercitiva, la realización o no de un acto sobre aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada, todo esto sin que el mismo Estado juegue un papel autoritario, mas bien, este a través de brazo jurídico, representado por los órganos jurisdiccionales trata de

impartir justicia, apoyándose en la ley y sin vedar el derecho de defensa de la parte afectada por una resolución judicial.

3.3. Jurisdicción voluntaria

La jurisdicción voluntaria deriva de la función habitual del órgano jurisdiccional, es la que ejerce el juez sin las solemnidades del juicio, y por el estado en que se haya el asunto principal, no admite contradictorio. Tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes.

Guillermo Cabanellas, la define como: “La que ejerce el Juez sin las solemnidades del juicio, por medio de su intervención en un asunto que por su naturaleza o por el estado en que se haya no admite contradicción de parte”.¹⁹

Al respecto de la jurisdicción voluntaria, Manuel Ossorio, expresa: “Es la caracterizada por no existir controversia de partes, ni existir su dualidad. La jurisdicción contenciosa es por eso su antítesis procesal.”²⁰

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág.469.

²⁰ Ossorio, Manuel. **Ob.Cit.** Pág.178.



El Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, se refiere a la jurisdicción voluntaria de la siguiente manera: “Con la expresión jurisdicción voluntaria se suelen designar aquellos actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, con el objeto de que éstos verifiquen la existencia de ciertas situaciones jurídicas o la satisfacción de determinados requisitos legales, sin que haya conflicto entre las partes y sin que las resoluciones que aquellos lleguen a pronunciar puedan adquirir la autoridad de cosa juzgada.”²¹

“La jurisdicción voluntaria constituye una serie de procedimientos, reconocidos y amparados en ley, en los que no hay litis, y que de manera potestativa al requerimiento de o los promovientes puede tramitarse en forma judicial o notarial, a efecto de dar certeza jurídica en diversidad de situaciones jurídicas, que corresponden a la aceptación del negocio jurídico en sentido amplio, pero que no adquieren calidad de cosa juzgada.”²²

En el ordenamiento civil de Guatemala, no se encuentra una definición exacta sobre la jurisdicción voluntaria, concretándose únicamente al Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil el cual indica: “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.”

²¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Diccionario jurídico mexicano**. Tomo III. Pág. 1889.

²² Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias González José Antonio. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Pág.9.

La norma en cuestión puntualiza que para ventilar esta clase de asuntos, se requiere de un Juez, aun cuando no exista controversia o contienda entre los interesados. Se establece entonces que en la jurisdicción voluntaria no existe contienda ni controversia; por consiguiente la decisión que se pronuncia en ningún momento debe causar perjuicio a persona conocida.

Para Hugo Alsina, lo que tipifica a la jurisdicción voluntaria es: “la ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos jurisdiccionales que se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto, o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley. Sus procedimientos son esencialmente revocables y modificables por el juzgador. Por lo general hay conformidad de las personas que intervienen en las diligencias y en caso de haber oposición o controversia se acude a la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción voluntaria concluye con un pronunciamiento que solo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma, procediendo el juez con conocimiento meramente informativo.”²³

Dentro de la historia del Derecho se afirma que la Jurisdicción Voluntaria es más reciente que la contenciosa. El avance de actos especiales de procedimiento no contencioso inicio en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

²³ Alsina, Hugo. **Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial.** Tomo II. Pág.435.



Al observar una evolución de la jurisdicción voluntaria, hasta ser lo que es ahora, no podemos dejar de dar un vistazo al pasado y grosso modo establecer lo que a criterio son las tres etapas culminantes de la jurisdicción voluntaria.

En la primera etapa, se suprimió la fórmula de sentencia, bastando que el juez dictase un simple acuerdo voluntario para la solución de un conflicto de idénticos efectos que la sentencia.

La segunda etapa fue la de suprimir la necesidad de la demanda. Las partes comparecían ante el juez, y, previo requerimiento de una parte pero sin formular demanda, la otra confesaba y el juez pronunciaba, con la eficacia de la sentencia.

En la tercera etapa, ya en los siglos XI y XII, el notario, que había obtenido la fe pública, consigue que dicho juicio aparente sea sustituido por una actuación ante aquel, y que el documento que redacta, nacen entonces, los instrumentos públicos.

Luego de recuperar los momentos históricos de la jurisdicción voluntaria, podemos afirmar que los actos de jurisdicción voluntaria son aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin ser promovida cuestión entre partes conocidas y determinadas, sin necesidad de solemnidades son admitidos los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrezcan. Apenas se haga por quien tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación en que



estuviesen, al tiempo de ser iniciado, los interesados y el objeto de aquél; y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda.

El juez puede variar las providencias que dicta, sin sujeción a términos no formas establecida para jurisdicción contenciosa; salvo que se tratara de autos definitivos o recurridos.

También se ha dado en llamar jurisdicción voluntaria al caso en que las partes por su propia voluntad deciden someter a la competencia de un juez que normalmente no era competente.

El proceso de jurisdicción voluntaria tiene como objeto hacer constar hechos o realizar actos en que no esté presente la controversia entre partes y hayan producido o deban producir efectos jurídicos, siempre que no se provoquen perjuicio para persona determinada.

Del análisis de la regulación legal vigente de jurisdicción voluntaria se deducen las características siguientes: a) ausencia de litigio, b) revocabilidad, c) sencillez, d) poco formalista y e) informa del principio dispositivo.

a) Ausencia de litigio: implica la ausencia de contradictorio o de litis entre las partes, concretándose la actuación de los órganos jurisdiccionales en una función certificante de la autenticidad del acto, o a responder a una mayor formalidad exigida por la ley.



Esta característica la recoge el Código Procesal Civil y Mercantil, en su Artículo 401a) indicar que la jurisdicción voluntaria es requerida la intervención del Juez, sin que esté promovida o se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Las resoluciones que se dictan únicamente afectan a los interesados, puesto que al no existir controversia, las mismas se contraen a declarar procedente o no la pretensión del o los interesados.

b) Revocabilidad: los procedimientos de jurisdicción voluntaria son esencialmente revocables y modificables por el juzgador, concluyendo su trámite con un pronunciamiento que tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requerimiento de forma.

c) Sencillez: las cuestiones relativas a la jurisdicción voluntaria, no requieren de mayores requisitos para poder desarrollarse, pues de conformidad con el Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil, los documentos que se presentan y las justificaciones que se ofrecen por parte de los solicitantes, son recibidos sin necesidad de citación.

d) Poco formalista: Su trámite no es riguroso ni formalista, pues según el Artículo 405 del Código Procesal Civil y Mercantil, el Juez puede variar o modificar las providencias que dicte, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción ordinaria o contenciosa.

e) Informa del principio dispositivo: en los asuntos de jurisdicción voluntaria, los interesados o solicitantes, requieren la intervención del juez o de un notario, a efecto de que pronuncien una declaración acorde con sus intereses; de esa razón, tanto la iniciativa, el impulso de la tramitación, así como el ofrecimiento y la aportación de las pruebas está a cargo de ellos.

3.4. Jurisdicción voluntaria notarial

La competencia del notario se remite al Derecho Privado, siempre que su actuación se refiera a actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, así como a los hechos que presencie, siempre que estos hechos se califiquen como contratos. Estas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la actuaciones notariales deberán estar exentas de todo litigio o contienda, pues siendo así se convierte en juicio, saliéndose ya de la competencia notarial y pasado a la actividad judicial.

La jurisdicción voluntaria es de naturaleza eminentemente administrativa y subsidiaria en los órganos que administran justicia, a tal grado que se considera como actividad anómala de jueces y tribunales. Con la función notarial lo que se hace es dar realidad efectiva al derecho privado; y si al notario competen estos actos de administración pública de los derechos privados, es natural que él sea el funcionario ante quien se haga realidad esos derechos privados.

La intervención del juez en actos de jurisdicción voluntaria, sólo tiene por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, agregando, que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas. Y es que doctrinariamente se entiende por jurisdicción voluntaria aquella que se ejerce por el Juez en actos o asuntos que por su naturaleza no admiten contradicción de parte, limitándose la autoridad judicial a dar fuerza, homologar y dar valor legal a dichos actos.

En cuanto a la forma notarial en los asuntos de jurisdicción voluntaria está lo siguiente:

a) actas notariales, b) resoluciones notariales, c) notificaciones notariales y d) certificaciones notariales.

a) Actas notariales: en el acta notarial de requerimiento, cuando se solicita al notario para que lleve las actuaciones, se da inicio al proceso, la cual debe cumplir con los requisitos legales establecidos.

b) Resoluciones notariales: su redacción es discrecional, conforme a lo establecido en la Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77. Sin embargo, debe contener la dirección del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. En los avisos debe incluirse la dirección del notario. En la resolución final deben de hacerse las consideraciones del caso, para así fundamentar su declaración.

c) Notificaciones notariales: su redacción es discrecional, pero debe indicar el contenido de la actuación notificada.

d) Certificaciones notariales: el notario debe expedir las certificaciones que los interesados le soliciten, pero siempre sobre la resolución del asunto sometido a sus actuaciones.

3.5. Definición de notario

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

De la definición de notario anteriormente expuesta, Nery Muñoz, agrega: “esta facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en nuestro medio asuntos de jurisdicción voluntaria”.²⁴

²⁴ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 35.

El Código de Notariado en el Artículo 1, establece: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervengan por disposición de la ley o requerimientos de parte.”

Froylán Bañuelos Sánchez, define al notario de la siguiente manera: “es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones historias están sustraídas los actos de la jurisdicción voluntaria.”²⁵

Para Carlos Nicolás Gattari, el notario es: “la persona autorizada que, conforme a derecho, da fe instrumental de los hechos, actos y negocios jurídicos de derecho privado realizados voluntariamente y bilaterales en acuerdo autónomo”.²⁶

Los Notarios son personas investidas por el Estado de fe pública para autenticar hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan. Es una persona revestida de carácter oficial y publico, dotado de ciertas cualidades en la que el poder social delega la misión de sellar con su potestad los actos privados. Pero la figura de Notario no es la de ser simplemente un funcionario público; es más bien un delegado especial del poder

²⁵ Bañuelos Sánchez, Froylán. **Derecho notarial, interpretación, teoría, práctica y jurisprudencia.** Pág.39.

²⁶ Gattari, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial.** Pág. 328.



público revestido de autoridad, para imponerse y ser respetado ante todos en el ejercicio de sus funciones.

La intervención del Notario, ha dado al derecho una misión respetable de paz y armonía social. Siempre ha procurado que las relaciones contractuales, sean reflejo de la voluntad individual y exacta convivencia en las normas del derecho escrito; es por ello que dentro de su función es un verdadero autenticador de las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.

La función notarial, es la actividad que el notario realiza conforme a las disposiciones del Código de Notariado. Posee una naturaleza compleja, es pública, en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional del notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. Por otra parte, es autónoma y libre, para el Notario que la ejerce actuando con fe pública.

La función que emprende el Notario es una función de justicia, en la cual aplica la ley o el derecho al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes; declarando los derechos y obligaciones de cada uno, lo aprueba, legaliza y

sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento a través de la creación del instrumento público.

La función notarial es una institución que posee jerarquía propia; por lo que el Notario es un funcionario de justicia legalizador de los derechos y obligaciones de las partes que a él acuden voluntariamente. Tiene autoridad funcional capaz de legitimar las relaciones jurídico-contractuales y solemniza las declaraciones de voluntad.

Se ha discutido en muchas ocasiones si la función del Notario es pública o no. Algunos autores opinan que el Notario es un funcionario público, otros afirman que es un profesional liberal, y otros que desarrolla una función pública.

Se considera que pertenecen a la función pública los representantes de los órganos de administración pública. La actividad notarial no encaja dentro de las organizaciones administrativas. No hay la relación jerárquica existente entre la función administrativa y notarial.

La naturaleza del notariado se exterioriza prácticamente en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, siendo esta una prerrogativa del Estado que va encaminada a declarar el derecho, y lo exterioriza en la manifestación con que da forma al acto jurídico, es por ello que es una función pública que corresponde en representar al Estado.

Se puede determinar que la institución del notariado es fundamentalmente natural y social, y eminentemente público y de forzosa y formal necesidad jurídica, que por valor jurídico pertenece al poder legitimador del Estado y se desenvuelve como un organismo de jurisdicción propia, el cual posee doctrina, normas jurídicas e instituciones propias.

Al margen de las disposiciones legales y de las opiniones doctrinales es un hecho que la actividad del Notario se realiza en nombre del Estado a través de particulares.

La función notarial tiene un carácter precautorio, debe ayudar, atender, colaborar y auxiliar a aquellas personas que así lo soliciten tanto se trate de cuestiones jurídicas, haciendo ciertas las relaciones y situaciones subjetivas concretas de las que se derivan. En este sentido, la función notarial pretende otorgar seguridad jurídica otorgando su fe a los actos en que intervenga el Notario.

Dentro de las características de la función notarial se encuentran: a) pertenece al plano jurídico, b) precautoria, c) imparcial, d) público y e) técnico.

a) Pertenece al plano jurídico: la función notarial como función tutelar de derechos contratados, es manifiestamente jurídica. Hoy en día el Notario como funcionario y profesional actúa bajo un complejo de leyes, en cuya armonía en su actividad recoge, puntualiza y redacta dando preciso sentido a la soberana voluntad de los individuos que necesitan documentar hechos o actos habidos en el curso normal de la vida, y en

merito de ello y estrictamente ajustad a la ley, por virtud del deber que le asiste y de la autoridad que ejerce, legitima con fe pública el hecho o acto postulado.

b) Precautoria: el Notario en el ejercicio de su función, se adelanta a prevenir los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear, evitando un conflicto posterior.

c) Imparcial: el Notario es tercero imparcial, el cual debe atender a las partes con igualdad. Al respecto Rufino Larraud, comenta lo siguiente: “Debe estar siempre por encima de los intereses comprometidos. Su profesión le obliga a proteger a las partes con igualdad, librándolas con sus explicaciones imparciales y oportunas, de los engaños a que pudiera conducir las su ignorancia, y de los Ardiles que pudiera tenderles la mala fe.”²⁷

d) Público: por lo general, la doctrina acepta que la función a cargo del Notario es de carácter público. A pesar de que se ejerce sobre actos jurídicos privados de carácter extrajudicial, la intervención del Notario debe atender en mayor grado al interés general que al particular, es decir afirmar la supremacía del derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que dependen las relaciones privadas. El Estado dentro de sus funciones, debe proporcionar la protección jurídica adecuada a los particulares y esta protección se logra a través de la fe pública que inviste al Notario.

²⁷ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Pág. 140.

e) Técnico: la técnica notarial, es una más de las características de su función, ya que buena parte de la actuación del Notario depende principalmente de la perfección de su tecnicismo. Como conocedor del derecho, auxiliador y orientador del mismo, debe saber aplicar la ley a cada caso concreto que se le presente.

El notariado es una profesión jurídica que tiene por cometido, en la sociedad, asistir a los particulares para facilitarles la realización espontánea, pacífica del derecho, y a cuyo alcance el ordenamiento jurídico pone un conjunto de medios y procedimientos técnicos que el notario utiliza como método propio para cumplir su función.

El Notario debe facilitar a los particulares la realización del derecho; ya que como conocedor del mismo podrá orientar y asesorar a las partes. Deberá entonces apoyarse en los medios conferidos por la ley para la creación del instrumento público.

Los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros no podrían gozar de este beneficio si no existiera la institución del notariado, porque a través de ella se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el Notario.

El Derecho Notarial es una institución necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos. De esta manera el Notario dotado con las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio de las personas, que como quedo establecido



anteriormente tendrán que solicitar la actuación del Notario para que pueda actuar conforme a la ley.

Consecuentemente el Notario tiene como atributo inseparable y fundamental de su calidad fedataria, la de ostentar la fe pública en sus actuaciones, es decir, dar fe conforme a su propia función de lo que ve, de lo que oye y perciben sus sentidos, el Notario no puede deducir, tiene que dar fe conforme a su propia función de lo que está a la vista, de lo que le consta en forma directa.

Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad pública, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda al libre albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que se pueda decidir autónomamente sobre su objetiva verdad.

Para Enrique Giménez Arnau, la fe pública es: “una presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”.²⁸

²⁸ Giménez Arnau, Enrique. **Introducción al derecho notarial**. Pág. 67

Nery Roberto Muñoz, define la fe pública de la siguiente manera: “es la función específica, de caracteres público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad de los hechos o actos sometidos a su amparo”.²⁹

En la anterior definición se observa que la esencia de la fe pública es la de robustecer de verdad, en este sentido la fe pública se encuentra en una serie de actividades que requieren que sus actos, sean revestidos de dicha veracidad.

3.6. Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107

Se puede definir al decreto ley como disposición de carácter legislativo que, sin ser sometida al órgano adecuado, se promulga por el poder ejecutivo, en virtud de alguna excepción circunstancial o permanente, previamente determinada y que posteriormente lo convalida la asamblea nacional constituyente, ya que el mismo había sido decretado por un jefe de gobierno.

Por regla general el Decreto Ley, representa un medio abusivo e inconstitucional de que se valen los gobiernos de facto para dictar las normas que necesitan; es decir para ejercer las norma usurpadas al poder legislativo, ya que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, este poder del Estado es la única capaz de dictar leyes.

²⁹ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 35.

Algunos gobiernos de facto han prescindido de dominar así sus disposiciones legislativas, las abiertamente han llamado leyes, numerándolas como tales, no obstante la falta de intervención del poder legislativo. Casi podrá decirse que este tecnicismo, situado en verdad, en zona intermedia, es mas militar que jurídico en al práctica; por cuanto la historia prueba que la mayoría de los decretos-ley llevan la firma de militares, por corresponder con frecuencia a gobiernos provisionales o excepcionales, en que las fuerzas armadas han asumido, de una forma u otra, el ejercicio expeditivo del gobierno.

En Guatemala, durante el gobierno de facto del presidente Enrique Peralta Azurdia, se creó el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, vino a sustituir al antiguo Código de Enjuiciamiento Civil de Guatemala, dentro de modificaciones, se encuentra lo relacionado con la jurisdicción voluntaria judicial; allí se establece que procesos se pueden tramitar por la dicha vía. Además señala algunos procesos, que carecen de derechos subjetivos en conflicto, los cuales pueden ser tramitados también por notario, he allí el génesis de los que actualmente conocemos en Guatemala como la jurisdicción voluntaria notarial.

3.7. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77

Este Decreto fue sancionado el cinco de noviembre de 1977 por el congreso de la República, en el cual se contienen las normas referentes a la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria la cual se le da el nombre de Ley Reguladora de la



Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, dicha ley viene a complementar lo establecido en el libro cuarto del Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, con relación a la jurisdicción voluntaria notarial. El objeto de dicha ley, es la de regular una serie de circunstancias que al carecer de litis o de derechos subjetivos en conflicto, pueden ser sometidos al conocimiento del notario ya que esta ley aprovecha a su máxima capacidad la característica de funcionario público, que posee el notario.

Tales conflictos pueden ser resueltos eficazmente sin acudir a los órganos jurisdiccionales respectivos para cada materia.

De conformidad con los casos contemplados en el Decreto 54-77, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y en el Decreto ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, que pueden ser tramitados por notario son:

- a) Ausencia
- b) Disposición de bienes de menores
- c) Disposición de bienes de incapaces
- d) Disposición de bienes de ausentes
- e) Gravamen de bienes de menores
- f) Gravamen de bienes de incapaces
- g) Gravamen de bienes de ausentes
- h) Cambio de nombre



- i) Omisión de nombre
- j) Identificación de persona
- k) Identificación de tercero
- l) Proceso sucesorio intestado
- m) Proceso sucesorio testamentario

En este apartado se pudo apreciar que la función notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria, reviste una importancia fundamental en el ámbito jurídico; la función notarial debería extenderse a todos aquellos asuntos de jurisdicción voluntaria, en donde no existe controversia o litis entre las partes, en especial en las instituciones del divorcio y la separación, tema central de este trabajo.

CAPÍTULO IV

4. Propuesta del trámite sobre el proceso de separación o de divorcio voluntario notarial

En la actualidad la modificación o disolución del vínculo matrimonial se le ha dejado únicamente por mandato legal para que tengan competencia en dicho ámbito, a los jueces jurisdiccionales, empero dicho proceso, carece de practicidad, agilidad, eficiencia y economía procesal necesaria para tramitar aquellos asuntos de jurisdicción voluntaria, en los cuales no existe litigio, por lo tanto, la función del juez es únicamente la constatación de los hechos que presencie, y plasmar las manifestaciones de voluntad de las partes, como lo es la separación o el divorcio por mutuo consentimiento, es decir su función es únicamente de carácter certificante.

La esencia de la jurisdicción voluntaria es que el Notario tiene la función característica de proteger y asegurar los derechos jurídicos, autorizarlos y darles forma, e intervenir en la creación, el ejercicio y de las relaciones jurídicas derivadas de los actos realizados por las partes. Por lo que la naturaleza jurídica de la diligencia voluntaria de separación y divorcio por mutuo consentimiento que se propone, sería la de ser una función pública encomendada al notario, siendo potestad de los solicitantes el requerimiento de su intervención, en la que se sancionarían derechos, se impondrá la fe pública y autoridad documental, todo adicionado a un procedimiento y a una labor jurídico profesional,

elementos que por integración producen las consecuencias jurídicas con efecto hacia todas las personas.

La mayoría de instituciones que comprende la jurisdicción voluntaria aparte de poder tramitarse judicialmente también puede hacerse notarialmente, no así la separación o el divorcio por mutuo acuerdo, en el capítulo anterior se ha descrito la profesión del Notario, su función y su responsabilidad profesional, que hacen de él una persona con capacidad, honorabilidad e idoneidad para tramitar ante si las instituciones de la separación y del divorcio por mutuo acuerdo.

Partiendo del principio de la autonomía de la voluntad y haciendo uso de las características otorgadas por la ley hacia los notarios, en la que verdaderamente se lleva al máximo el concepto de fe pública y jurisdicción voluntaria notarial se inician los procesos antes indicados con una simple petición verbal. Dicha petición desprovista de cualquier formalismo es recogida por el notario, éste a su vez le da forma legal al deseo de los cónyuges, dicho procedimiento contrasta grandemente con la realidad de Guatemala, ya que por el momento, no existe una regulación legal con respecto a dichos trámites, porque a pesar de la ausencia de controversia, los mismos deben ventilarse ante un órgano jurisdiccional competente en este caso un juzgado de familia.

En el presente capítulo se planteará en qué forma se debería tramitar el proceso de separación o de divorcio por mutuo acuerdo en jurisdicción voluntaria ante un notario, tomando como base lo que al respecto establece la legislación que rige actualmente en

esa materia, y que se encuentra contenido en el libro cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, título primero, jurisdicción voluntaria y en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, como se sabe la separación o el divorcio voluntario tramitado notarialmente, actualmente no está legislado en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

En este apartado se tratara de presentar un proyecto a través de cual se pueda tramitar la separación o el divorcio por mutuo acuerdo por la vía notarial, tomando como base la realidad actual sobre la necesidad de agilizar este tipo de trámites, así también tomando como referencia el actual proceso de jurisdicción voluntaria notarial.

4.1. Justificación

El objetivo del presente trabajo, es ampliar el campo de actuación del Notario, lo que significaría un avance en el desarrollo de la función notarial en Guatemala. El conocimiento de la separación y del divorcio por mutuo consentimiento tramitado ante Notario, también traería consigo beneficios para los cónyuges que han decidido suspender o poner fin al vínculo matrimonial; pues por un lado, bajaría el costo económico para dichos trámites, toda vez que intervendría únicamente el profesional del Derecho, el Notario, por otro lado el ahorro de tiempo, ya que con los actuales tramites existe una pérdida de tiempo entre la solicitud ya sea de separación o de divorcio por mutuo acuerdo al Juzgado y la resolución señalado día y hora para la junta conciliatoria, que también significa un término mayor de tiempo.

El proceso de separación o de divorcio voluntario ante notario, tiene inicio cuando ambos cónyuges acuden ante notario y le manifiestan su deseo de suspender o disolver el vínculo conyugal, dicha petición transformada en un requerimiento, debe de carecer de contraposición o sea de litis con el objeto de cumplir con el principio de que en proceso voluntario no existen derechos subjetivos en conflicto.

Además proponer al notario un proyecto de separación o de divorcio, donde ambos se ponen de acuerdo con relación a los bienes y con relación a sus hijos menores de edad; los dos últimos para el caso de que hubiesen adquirido bienes y procreado hijos.

La idea principal de este proceso es la adecuación del mismo a el principio procesales de celeridad y aprovechando como lo se ha enunciado a través de todo este trabajo de tesis, la facultad del notario de revestir de certeza jurídica todos sus actos.

Ante un trámite de separación o de divorcio voluntario por la vía de la jurisdicción voluntaria notarial se estaría frente a las siguientes ventajas: a) sencillez, b) seguridad jurídica, c) efectividad del principio de inmediación, d) economía, e) rapidez y f) inmediación.

a) Sencillez: no implica que el notario sea limitado en la elaboración del instrumento, sino por el contrario, se refiere a que la redacción a emplear debe ser sencilla evitando un lenguaje complicado o difícil de entender, o que en un momento determinado pueda causar confusión en cuanto al entendimiento o interpretación por parte de los

requirentes, debiendo utilizar el vocabulario jurídico necesario, tomando en cuenta que los solicitantes no tienen experiencia en estos casos y a que solo deberán realizarse los actos necesarios para cumplir con las formalidades de ley, evitándose los que no lo sean.

b) Seguridad jurídica: basada en la fe pública de que está investido el Notario, los actos que realiza se tienen por ciertos, exactos y valederos, es decir, existe una certeza jurídica, que es sinónimo de seguridad jurídica, en el sentido de que lo ejecutado por el Notario produce fe y hace plena prueba, salvo el derecho que tienen las partes de argumentar su falsedad o nulidad ante Juez competente, lo que implica la tranquilidad de las partes y de la sociedad en que los derechos y obligaciones contraídos no solo tienen fuerza legal, sino que están ampliamente protegidos y garantizados en la legislación.

c) Efectividad del principio de inmediación: esencialmente en asuntos de jurisdicción voluntaria y de acuerdo al principio ya enunciado, el Notario está en contacto pleno y cercano con los requirentes, actúa directamente entre las partes, dejando constancia de las solicitudes y declaraciones que le presentan y dando fe de todas las fases del procedimiento.

d) Economía: evita no solo gastos innecesarios a los solicitantes sino también demoras innecesarias, ya que al intervenir el órgano jurisdiccional el proceso se torna tardío, debido al volumen de trabajo que soporta el mismo, además en la vía jurisdiccional

interviene un mayor número de personas y se señalan mayor cantidad de audiencias y diligencias, lo cual desemboca en mayor gasto de tiempo y dinero particular y estatal, que al realizarse la tramitación en sede notarial se economizarían y se da celeridad al procedimiento, siendo beneficioso para ambas partes, para el Estado y la sociedad en última instancia, pues además al descargar el volumen de trabajo en los tribunales el rubro que significan en divorcios por mutuo consentimiento que podrían tramitarse en sede notarial aquellos podrán atender de mejor forma los demás procesos.

e) Rapidez: el Notario se encarga de tramitar asuntos carentes de litis, es decir únicamente conoce asuntos de jurisdicción voluntaria, en los cuales su función es de hacer constar y autorizar todos aquellos actos y contratos en que intervenga ya sea por disposición de ley o a requerimiento de parte, provocando con ello que el servicio que este brinda a los interesados se realice con mayor prontitud que en un Juzgado, los tramites se realizarían con celeridad, no se perdería tiempo en con la presentación de memoriales y la consecuente espera de que estos lleguen a los oficiales y al Juez que tramita la separación o el divorcio por mutuo consentimiento, sino que se cumpliría la voluntad de los interesados en el mínimo de tiempo requerido, con el faccionamiento de las actas y resoluciones respectivas, asimismo se apega este proceder al principio de celeridad evitando a las partes pérdida de tiempo y mayores complicaciones.

f) Inmediación: el Notario, por su formación profesional y por las cualidades de que está investido, debe ser capaz de orientar y de aconsejar a las partes con respeto a las decisiones que tomen, ya que la separación o el divorcio no significa solamente la

modificación o la disolución del vínculo conyugal, sino que también debe establecer la nueva forma como la familia se relacionara en caso de haber hijos menores o incapaces, disuelve el patrimonio conyugal y establece la manera de cómo se maneja la economía de la misma, es decir deberá hacerse conciencia a las partes de las necesidades de unos y de otros tratando de evitar la discordia y una mayor desintegración.

4.2. Tramite de la separación y del divorcio voluntario en la vía de la jurisdicción voluntaria notarial

Para iniciar el proceso, se necesita que los cónyuges acudan a la sede notarial y que requieran de los servicios profesionales del notario, a solicitar el trámite de la separación o del divorcio por mutuo consentimiento, debido al principio de rogación, el notario no puede actuar de oficio, sino únicamente a requerimiento de parte.

Este requerimiento cobra fuerza jurídica mediante las actas notariales que se pueden definir como instrumentos autorizados por notario a instancia de parte donde se consignan las circunstancias, manifestaciones y hechos que presencian y le constan de los cuales dan fe y que por su naturaleza no sean de contrato.

Como todos los actos de jurisdicción voluntaria deben documentarse por el Notario y este debe de actuar a requerimiento de parte, los cónyuges que quieran separarse o divorciarse ante notario, acudirán ante este solicitando su separación o divorcio por



mutuo acuerdo por dicho trámite, acompañaran los documentos justificativos del parentesco, acta de matrimonio, las certificaciones de partidas de nacimiento de los hijos cuando estos fueren menores de edad, así como comprobar si se obtuvieron bienes que estos se han liquidado por medio de capitulaciones matrimoniales. Asimismo se comprobara que los cónyuges tienen rentas propias que les permiten llevar una vida decorosa, comprobados estos requisitos el notario procederá a fraccionar acta notarial donde conste la solicitud de la separación o del divorcio notarial, resolverá la solicitud, si se han llenado todos los requisitos procederá a darle tramite, señalara día y hora para junta conciliatoria, procurara avenirlos para que continúen su matrimonio. Pero si estos ratificaren su solicitud el notario dentro de los ocho días posteriores a la junta conciliatoria dictara el auto declarando la separación o el divorcio absoluto de los cónyuges y enviara la resolución al registro civil correspondiente, para que el Registrador Civil proceda a cancelar la partida matrimonial.

El notario después de recibida la información necesaria y la manifestación de los cónyuges del deseo de suspender o poner fin al matrimonio y demás circunstancias expuestas por ellos, procede a plasmar la voluntad de los mismos en un acta notarial la que da deberá de ser suscrita por los requirentes y el notario, la cual debe contener:

- a) Lugar y fecha.
- b) Día y hora de inicio.
- c) Nombres y apellidos de los requirentes además de los datos personales.
- d) Solicitar documentos de identificación ya sea cedula de vecindad o DPI.
- e) Relación de hechos.

- f) Declaración con relación a la procreación de hijos y adquisición de bienes, durante el matrimonio y el deseo manifestó de disolver el vínculo matrimonial.
- g) Petición clara y concisa del deseo de separación o de divorcio por mutuo acuerdo.
- h) Documentación que acredite fehacientemente que los requirentes están casados, de los hijos procreados y de los bienes adquiridos dentro del matrimonio.
- i) Proyecto de convenio que contenga los puntos establecidos en la ley.

Según lo preceptúa el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala. Deberá realizarse en base a los Artículos 163 del Código Civil y 429 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Es importante señalar que la garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por convenio contraigan los cónyuges, esta sería real o personal que respalde el acuerdo al que ambos han arribado, e implicaría que en caso de incumplimiento por alguno de ellos, la ley faculta al afectado para hacer valer su derecho en base a dicha garantía dentro del proyecto presentado al Notario y aprobado por este.

El Notario tiene la obligación bajo su responsabilidad, de revisar que la garantía presentada en el proyecto de convenio, sea real y suficiente, o en su caso, solicitar una ampliación de la misma de manera que esta sea suficiente para el cumplimiento de las obligaciones contraídas.



Concluida dicha acta procede dictar la resolución que da trámite a las diligencias y a señalar una audiencia para que las partes comparezcan ante el notario a ratificar sus pretensiones o ampliar las mismas o en su caso desistir de la acción así como a proponer y recibir cualquier otro medio de prueba.

La resolución, según Ossorio es un acto procesal que en sentido general se puede definir como: "toda decisión o providencia que adopta un juez o tribunal en el curso de una causa contenciosa o de jurisdicción voluntaria sea a instancia de parte o por escrito por el cual se le da trámite a todo lo expuesto y pedido dentro de una demanda."³⁰

Tales resoluciones se redactaran a discreción del notario, pero siempre deberá de contener la dirección de la oficina del notario, la fecha, la disposición que se dicte y la firma del notario. En este caso, como la competencia es la jurisdicción voluntaria notarial, no existe demanda sino un requerimiento expresado como tal en un acta notarial, entonces la resolución debe de ser notarial y darle trámite a la petición y recibir los medios de prueba que los cónyuges aporten y propongan a efecto de probar la preexistencia del vinculo matrimonial, los hijos procreados y los bienes adquiridos dentro del matrimonio.

Estas actas deberán de contener los requisitos establecidos en el Código de Notariado de Guatemala, y en todo caso deberá contener la dirección de la oficina, el día y hora

³⁰ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 876



de su facción y conclusión de la misma, así como la firma de los requirentes y del notario que autoriza.

Este procedimiento deberá aplicarse también a la disolución de la unión de hecho legalmente establecida conforme la legislación guatemalteca.

Acto seguido el notario dicta la resolución respectiva y procede a notificar la misma a las partes. Se puede definir la notificación como el acto procesal por medio del cual se le da a conocer a las partes la resolución recaída en un trámite. Es justo mencionar de que en el presente caso, la actividad procesal se concentra en la figura del notario, por ende todas las resoluciones emanan bajo su amparo.

Es la noticia de una actitud o requerimiento particular que se tramita notarialmente, en pocas palabras es una comunicación que en este particular caso el notario hace a las partes por escrito sobre el contenido de la resolución, y la que debe de reunir los requisitos de ley para que se tenga como tal.

Llegado el día y hora para la realización de la audiencia respectiva, contenida en la resolución anteriormente notificada, esta se lleva a cabo ante los oficios del notario, fraccionando para el efecto un acta que contenga lo acordado por las partes en esa diligencia.



Luego el notario preside la audiencia donde los cónyuges le manifiestan su deseo de modificar o disolver el vínculo matrimonial, a su vez se manifiestan con respecto a los bienes y los hijos procreados. En el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala tal audiencia tiene el carácter de conciliatoria ya que el propósito es el de llegar a un punto de equilibrio con relación a las bases del divorcio debiendo las partes presentar un proyecto de convenio o ratificar el presentado en el acta de requerimiento, en que consten los extremos señalados en el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala. Si el convenio estuviere con arreglo a la ley, el notario lo aprobará, así como las garantías propuestas si fueren suficientes todo esto con la finalidad de que se procedan a otorgar las escrituras correspondientes en su caso. El notario hará las reflexiones pertinentes a los solicitantes, a fin de que continúen con la vida conyugal y si no desean hacerlo pues se continuara con el trámite de la separación o del divorcio voluntario dejando constancia de lo sucedido.

En cuanto a la reconciliación dentro del trámite de la separación o del divorcio voluntario notarial, las partes en cualquier momento podrán reconciliarse y aun después de haberse dictado el auto que declare disuelto el matrimonio, siempre y cuando no se hubiere inscrito en el Registro Nacional de Personas que corresponda, en este último se sobreseerá el proceso, para este efecto deberá faccionarse una declaración de conciliación, debiendo adjuntarla a los antecedentes del expediente de mérito.



El Notario dentro de los 8 días siguientes a la junta conciliatoria deberá dictar la sentencia que en derecho corresponda, resolviendo sobre todos los puntos del convenio, notificando a las partes en forma inmediata la resolución de mérito.

Llenados los requisitos de ley antes indicados, el notario declara la disolución del vínculo matrimonial, esa se da a través de una auto, el cual de contener los requisitos necesarios contemplados en la ley y que en su contenido se refleja la voluntad de las partes en forma clara y se hagan los procedimientos declarativos necesarios , a modo de que sirvan de base para declarar con lugar la disolución del matrimonio, ordenado a la vez el cese del mismo, debiendo de contener los elementos necesarios para su validez, citándose para el efecto los fundamentos de ley en que se sustenta dicho auto.

Se puede afirmar que un auto es una acción procesal por la que se da por terminado el proceso voluntario notarial, es el equivalente a una sentencia con la característica de que no se puede apelar pues en ella queda plasmada la voluntad de los cónyuges y a lo contenido en el mismo se le da el adjetivo de cosa juzgada.

Luego de dictado el auto se le notifica a los requirentes, se debe de ordenar que dicho auto sea protocolizado por el notario, se extiende el testimonio de dicha protocolización, para los efectos de inscripción en el Registro Nacional de las Personas y se hagan las anotaciones registrales correspondientes.



Los efectos serian los mismos que los declarados por el órgano jurisdiccional y serian declarados por el notario como anteriormente se expuso por medio de un auto.

Dada la importante investidura otorgada por la ley al notario, de funcionario público, los efectos jurídicos de sus acciones son de veracidad. Se podría considerar en este particular caso, que el efecto jurídico más importante es el de la modificación o disolución del vinculo matrimonial, registralmente es la inscripción de la separación o del divorcio en el Registro Nacional de las Personas, así como la anotación en las partidas de nacimiento y de las cédulas de vecindad o la actualización dpi respectivamente.

También a los registros de la propiedad que correspondan para el caso de que hubiesen adquirido bienes durante el matrimonio y estos hubieren sido objeto de pronunciamiento sobre los mismos.

Así pues concluyen el trámite de divorcio voluntario tramitado ante notario, las actuaciones después de concluidas deberán ser remitidas al Archivo General de Protocolos siguiendo lo establecido en el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria de Guatemala.

Es necesario comentar que en todo el proceso antes descrito, se debe de cumplir con los impuestos por la ley señalados, en el caso de las actas notariales, timbres notariales

por el valor de 10 quetzales y un timbre fiscal de 0.50 centavos de quetzal por hoja. Para el caso de las resoluciones notariales, timbres notariales por el valor de 2 quetzales y para el caso de los autos timbres notariales de 20 quetzales, así como timbre fiscal de 0.50 centavos de quetzal por hoja. Para el caso de protocolización se debe de satisfacer el impuesto al timbre relacionado con los testimonios especiales.

Todas las tareas descritas que deberá realizar el Notario, finalizan en la redacción de las actas y resoluciones notariales, las cuales son el modo de dar forma legal de quienes requieren su intervención, haciendo de este un procedimiento perfecto, de acuerdo a las necesidades que le sean expuestas al Notario en cada caso concreto, debiendo caracterizarse la actividad notarial por su imparcialidad, espíritu conciliador, discrecionalidad en los secretos recibidos, preparación técnica-jurídica, desempeño personal, equidad en el cobro de los honorarios, el debido cumplimiento de las normas éticas y jurídicas atinentes al tema ya que los medios técnicos empleados para documentar, redactar y reproducir el trabajo notarial, son vitales siempre y cuando no se pierda la función mas importante como lo es el asesoramiento a las partes mediante contacto directo y personal, en este caso, además velar porque se cumpla con la protección a los hijos menores y la mujer, si fuese el caso, que la ley impone.

A lo largo del tiempo se ha observado como la función notarial ha ido creciendo, se ha ido ampliando en cuanto a la intervención de casi todos aquellos asuntos de jurisdicción voluntaria, a la vez ha venido a beneficiar en gran parte al estado y a las partes interesadas, la separación y el divorcio por mutuo consentimiento no sería la excepción,

pues se producirían una serie de beneficios, al igual que en los demás asuntos de jurisdicción voluntaria que en la actualidad se tramitan ante el notario.

La sociedad con el paso del tiempo va evolucionando y por consiguiente el derecho se ve obligado a ir evolucionando al mismo nivel que la sociedad, aunque muchas veces este se queda un tanto rezagado con respecto a los cambios sociales, los cuales evidentemente ocurren y se convierten en una necesidad ineludible al establecer normativas más adecuadas y oportunas con el único objeto de tratar de lograr el balance o equilibrio necesario con respecto a las nuevas condiciones de la vida social, política y económica de un país, logrando con ello múltiples beneficios comunes para toda la sociedad.

Ante la considerable cantidad de asuntos de carácter contencioso que se tramitan diariamente ante los Juzgados de familia, estos no se dan abasto para la solución rápida, eficaz y satisfactoria de los problemas de carácter no contencioso, lo cual las partes interesadas buscan esa clase de beneficios al disponer en forma personal no promover litigio alguno, sino que en forma voluntaria deciden buscar las soluciones más maduras, llegando a realizar acuerdos y concesiones recíprocas, con el objeto que se resuelva prontamente su situación jurídica, en ese sentido la función jurisdiccional se queda rezagada puesto que se encarga de tramitar todos aquellos asuntos que se someten a su jurisdicción, incluyendo asuntos litigiosos y no contenciosos, como lo son, en el presente caso, la separación y el divorcio por mutuo consentimiento, dejando por un lado aquellos asuntos no litigiosos, en relación a las situaciones presentes se

permiten prestar mayor importancia a asuntos litigiosos, señalando las audiencias conciliatorias de separación o de divorcio voluntario según con el tiempo con que cuente dicho órgano, por supuesto en el orden de prioridades de la judicatura, el cual podría ser de 2 a 4 meses a partir de la fecha de presentación del escrito inicial.

Es por ello que partiendo de la necesidad de impulsar transformaciones en el ámbito del notariado, que le permitan asumir al notario en mejor forma las funciones inherentes a tan digna profesión, las cuales se encuentran definidas en el Código de Notariado y basada en los principios propios de dicha materia, los cuales marcan una pauta fundamental para la ampliación de la función notarial, se propone la implementación de la procedencia de la separación y el divorcio por mutuo consentimiento como jurisdicción voluntaria a través de la vía notarial, influyendo positivamente, primero en los ámbitos de la administración de justicia, pues con ello como se menciono se lograría descargar a los órganos jurisdiccionales de un asunto de carácter no contencioso, segundo, a nivel profesional, pues se prioriza el campo de acción del notario , tercero, a nivel de las partes, pues se lograría facilitar y plasmar el acuerdo de voluntades de éstos, sin existir litis, así como la participación del notario únicamente se circunscribiría a constatar las declaraciones que en forma expresa manifiestan las partes, diligencias que como ya se expuso, son de carácter no contencioso.

En ese orden de ideas se justifica la presente investigación, puesto que se considera se estaría beneficiando enormemente a los Juzgados de familia, a los notarios y principalmente, a las partes interesadas, motivos más que suficientes para hacer un



llamado a que se cree una legislación oportuna en cuanto a la tramitación de la separación y del divorcio voluntario por la vía de la jurisdicción voluntaria notarial en virtud del análisis de los beneficios jurídico prácticos que aportaría.

CONCLUSIONES

1. Los 30 Juzgados de Primera Instancia de Familia que existen en Guatemala no han crecido en la misma proporción que la población guatemalteca, lo que ocasiona un congestionamiento de 66,142 diversos expedientes que se tramitaron durante el año 2,011.
2. Con el trámite de las diligencias voluntarias para el proceso de separación y divorcio por mutuo consentimiento, propuestas en esta tesis, cobra mayor importancia la figura del Notario, como un verdadero auxiliar de la justicia.
3. Tomando en cuenta que durante el año 2,011 se tramitaron ante los Juzgados de Familia 5,586 procesos no contenciosos de separación y divorcio voluntario, la tramitación de estos procesos por la vía de la jurisdicción voluntaria notarial produciría un descongestionamiento en dichos órganos.
4. La seguridad jurídica en la diligencia voluntaria de separación y divorcio por mutuo consentimiento tramitado ante notario, está garantizada por la intervención del Notario como funcionario público, con la garantía de la fe pública notarial, apoyaría el descongestionamiento de los Juzgados de Primera Instancia de Familia.
5. Una reforma al Decreto 54-77, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, ampliado las funciones del notario en cuanto este



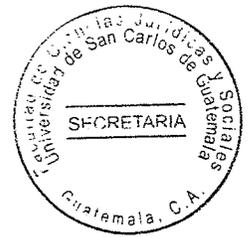
podiera tramitar la separación y el divorcio voluntario, desarrollaría y garantizaría procedimientos de forma ágil, rápida, eficaz y económica.

RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial debe identificar a través de los 30 Juzgados de Primera Instancia de Familia las necesidades de la población al tramitar una separación o un divorcio voluntario, para determinar de esta manera una readecuación a la normativa actual, con el objeto de los puedan tramitar ante notario público.
2. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala deberá promover la ampliación de la función notarial implementando dicha participación en todos aquellos asuntos de jurisdicción voluntaria, en el presente caso la facultad de tramitar la separación y el divorcio voluntario.
3. Que sea aprovechada por el Organismo Judicial la calidad de funcionario público que tiene el Notario, para que este pueda autorizar la separación y el divorcio voluntario con el objeto de descongestionar los órganos jurisdiccionales.
4. Es necesario que el Organismo Judicial proponga normativas que ofrezcan a las personas que deciden separarse o divorciarse voluntariamente, que les brinden un proceso más oportuno, económico y eficaz, a la vez que se mejora la forma del servicio judicial que actualmente se brinda.
5. Que el Organismo Legislativo amplíe el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción



Voluntaria, para que se regule la separación y el divorcio voluntario tramitado en la jurisdicción voluntaria notarial.



BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO Y GRACIAS. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Guatemala. Ed Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2005.
- BELLUSCIO, Cesar. **Derecho de familia**. Buenos aires, argentina. Ed. Depalma, tomos I y II. 1993.
- BELLUSCIO, Cesar. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma, 2da. Ed. 1977.
- BONNECASE, Julián. **Tratado elemental de derecho civil**. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alonso. México. Ed. Harla. 1993.
- BRAÑAS CASTELLANOS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1ra. Ed. Editorial Estudiantil Fenix. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Jurídico**. Argentina. Ed. Heliasta SRL. 1979.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. **La familia en el derecho**. México. Ed. Porrúa, 6ta. Ed. 1984.
- GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma. 1997.
- GIMENÉZ ARBAU, Enrique. **Introducción al derecho notarial**. Madrid, España. Ed. Revista de derecho privado. 1994.
- GROSMAN, Cecilia P. **El proceso de divorcio y realidad**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma. 1985.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala. Ed. Impresos Maxis. 2003.
- LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Guatemala. Cooperativa de Ciencia Política de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1995.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos aires, Argentina. Ed. Heliasta, 1961.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil**. Madrid, España. Ed. Piramide. S.A. 3era. ed. 1976.

QUIÑONEZ ESCAMEZ, Ana. **Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones**. Barcelona, España. Ed. Altier. 1era.ed. 1985.

Legislación

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto-Ley 107, 1963. Guatemala.

Código Civil. Decreto-Ley 106, 1963. Guatemala.

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1946.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, 1977.