


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



**“LA EXISTENCIA DEL DICTAMEN CON CARÁCTER VINCULANTE,
EMITIDO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”**

JUAN CARLOS RAMÍREZ MORALES

GUATEMALA, MAYO DE 2006

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

**“LA EXISTENCIA DEL DICTAMEN CON CARÁCTER VINCULANTE,
EMITIDO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN CARLOS RAMÍREZ MORALES

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2006.

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

Decano:	Lic.	Bonerge Amílcar Mejía Orellana.
Vocal I:	Lic.	César Landelino Franco López.
Vocal II:	Lic.	Gustavo Bonilla.
Vocal III:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez.
Vocal IV:	Br.	Jorge Emilio Morales Quezada.
Vocal V:	Br.	Edgar Alfredo Valdez López.
Secretario:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Luís Roberto Romero Rivera.
Vocal:	Lic.	Helder Ulises Gómez.
Secretario:	Lic.	Rafael Morales Solares.

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Juan Carlos López Pacheco.
Vocal:	Licda.	Viviana Nineth Vega Morales.
Secretario:	Lic.	Juan Ramiro Toledo Álvarez.

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Carlos Alberto Alvarez López

Guatemala, 2 de Noviembre 2,005

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.

Señor Decano:

De conformidad con resolución de ese Decanato, de fecha veintisiete de abril del año dos mil cinco, se me nombró como Asesor del trabajo de Tesis propuesto por el estudiante JUAN CARLOS RAMÍREZ MORALES, titulado "LA EXISTENCIA DEL DICTAMEN CON CARÁCTER VINCULANTE, EMITIDO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA."

Por la designación referida, procedí a efectuar la Asesoría requerida, de conformidad con el reglamento correspondiente, en la elaboración de su trabajo, el cual ha sido presentado totalmente terminado.

El trabajo presentado, ha sido elaborado en forma responsable, llenando los requisitos exigidos para el mismo y cumpliendo con el plan elaborado inicialmente, procediendo a realizar dicha asesoría en varias sesiones, en las que en forma personal y directa se tuvo a bien coordinar en forma responsable con el estudiante, el trabajo en mención, el cual a no dudar, constituye un aporte jurídico importante en materia de Derecho Notarial en general y especialmente en la forma de tramitar los asuntos de Jurisdicción Voluntaria; tema de actualidad que en la función notarial, a no dudar, debe ser necesariamente conocido por los Profesionales de las Ciencias del Derecho.

Por lo argumentado anteriormente, me permito presentar al distinguido Señor Decano, el presente dictamen favorable del trabajo asesorado, a efecto de que se continúe con el trámite respectivo en relación a la revisión del mismo.

Agradeciendo su atención, me suscribo del Señor Decano, con las muestras de mi más alta estima y aprecio.

Atentamente,

Lic. Carlos Alberto Alvarez López
Asesor del trabajo de Tesis.

Colegiado No. 3109



Avenida Reforma 12-01, Zona 10. Edificio Reforma Montúfar Of. 1306
Teléfono: 360-7793 Fax: 360-7803



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de enero de dos mil seis.

Atentamente, pase a la **LICDA. ANGELINA KELLY SALAZAR**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante **JUAN CARLOS RAMIREZ MORALES**, intitulado **“LA EXISTENCIA DEL DICTAMEN CON CARÁCTER VINCULANTE, EMITIDO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



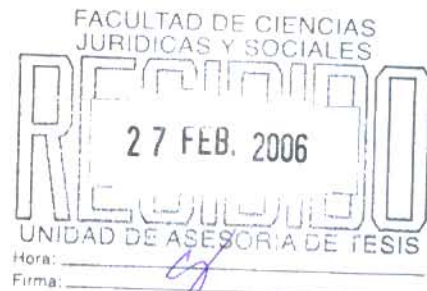
cc. Unidad de Tesis
MIAE/sllh

Licda. Angelina Kelly Salazar
Abogado y Notario



Guatemala, 24 de febrero de 2006

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor Decano:

De conformidad con el nombramiento emitido por esta decanatura de fecha 24 de Enero del año en curso, a través del cual me nombro como revisor de tesis del Bachiller JUAN CARLOS RAMÍREZ MORALES, intitulado "LA EXISTENCIA DEL DICTAMEN CON CARÁCTER VINCULANTE, EMITIDO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA", motivo por el cual manifiesto que procedí a revisar el citado trabajo de tesis de acuerdo a la técnica y metodología establecida para la elaboración del mismo, por lo cual recomendé al sustentante, las observaciones pertinentes, las cuales fueron atendidas, además de cumplir con los requisitos de fondo y de forma que establece el reglamento. El trabajo de tesis realizado por el Bachiller Juan Carlos Ramírez Morales, constituye una investigación de relevancia y actualidad, con base en un estudio minucioso respecto al dictamen que emite la Procuraduría General de la Nación en los tramites de jurisdicción voluntaria, sus efectos y alcances mismos que serán de gran ayuda para un mejor entendimiento del tema referido, para lo cual se utilizó la bibliografía y técnicas de investigación adecuadas al tema y en consecuencia me permito rendir **dictamen favorable**, y que a mi juicio puede ordenarse la respectiva impresión para que sirva de base al examen público respectivo.

Deferentemente.

Licda. Angelina Kelly Salazar
Colegiado. No. 3619

14 Calle, 15-95 Zona 11 de Mixco, Jardines de Minerva I



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES -Guatemala, veintiocho de marzo de dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **JUAN CARLOS RAMÍREZ MORALES**, titulado **LA EXISTENCIA DEL DICTAMEN CON CARÁCTER VINCULANTE, EMITIDO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis -

ESTAB/estb



DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser fuente inagotable de sabiduría que guía mis pasos, para lograr mi realización como ser humano.

A MIS PADRES:

Mardoqueo Ramírez y Candy Morales de Ramírez, por el amor y la paciencia que tuvieron para conmigo así como por la ayuda y el estímulo que cada uno de ellos me brindaron, y por la abnegación y el sacrificio que pusieron al educarme.

A MIS HERMANOS:

Sandra y Mardoqueo, Ramírez Morales, por el apoyo incondicional que me brindaron en todo momento.

A MI NOVIA:

Magda Carolina Cuevas Del Cid, por ser una persona especial que siempre ha estado a mi lado incondicionalmente, gracias por su comprensión, ayuda y compañía.

A MI SOBRINA:

Nathalia Ramírez Oquendo con mucho amor.

A MIS AMIGOS:

Con aprecio, a Mario Cabrera, Jaime Tánchez, Luís Villatoro, Carlos Piñeiro, Eddi García, Cesar López, Horacio Santos, gracias por su amistad y su apoyo brindado en el transcurso de mi vida.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por haberme abierto sus puertas y dado la oportunidad de concluir mi carrera, esperando ser un profesional que ponga en alto su nombre.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por haberme formado en sus aulas y despertar en mí el sentimiento de equidad y justicia.

CON AGRADECIMIENTO:

A todas aquellas personas que en una u otra forma colaboraron en mi formación humana y profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El notario y su función dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria	1
1.1. Antecedentes históricos.....	1
1.2. El notario en Guatemala.....	5
1.3. Caracteres del notario.....	7
1.4. Concepto de notario.....	9
1.5. Definición de notario.....	10
1.6. La función notarial.....	12
1.7. Intervención del notario en los asuntos de jurisdicción voluntaria	16
1.8. Regulación legal.....	19
1.8.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....	19
1.8.2. Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República.....	19
1.8.3. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República.....	20
CAPÍTULO II	
2. La jurisdicción voluntaria.....	21
2.1. Antecedentes históricos.....	21
2.2. Antecedentes de la jurisdicción voluntaria en Guatemala.....	23
2.3. Características.....	24
2.4. Naturaleza jurídica.....	26
2.5. Objeto y efectos.....	27
2.5.1. Objeto.....	27

2.5.2. Efectos.....	28
2.6. Definiciones doctrinarias y legales.....	28
2.6.1. Definiciones doctrinarias.....	29
2.6.2. Definición legal.....	29
2.7. Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria	30
2.7.1. Principios generales de la jurisdicción voluntaria.....	30
2.7.1.1. De la forma.....	30
2.7.1.2. De intermediación.....	31
2.7.1.3. De rogación.....	31
2.7.1.4. Del consentimiento.....	31
2.7.1.5. De seguridad jurídica.....	31
2.7.1.6. De autenticación.....	32
2.7.1.7. De fe pública.....	32
2.7.1.8. De publicidad.....	32
2.7.2. Principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria.....	33
2.7.2.1. Consentimiento unánime.....	33
2.7.2.2. Actuaciones y resoluciones.....	34
2.7.2.3. Colaboración de las autoridades.....	34
2.7.2.4. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación.	35
2.7.2.5. Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite..	35
2.7.2.6. Inscripción en los registros.....	36
2.7.2.7. Remisión al Archivo General de Protocolos.....	37
2.8. Ausencia de la cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria.....	37
2.9. Diferencias entre jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa.....	37

CAPÍTULO III

3. El juez de primera instancia del ramo civil y su función dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	41
3.1. Concepto de juez.....	41
3.2. Definición de juez.....	42

3.3.	Juez de primera instancia del ramo civil.....	45
3.4.	Juez competente para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	46
3.5.	Función del juez de primera instancia del ramo civil.....	47
3.6.	La intervención del juez de primera instancia del ramo civil dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	47
3.7.	Regulación legal.....	48
	3.7.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	48
	3.7.2. Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República.....	50
	3.7.3. Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107..	51

CAPÍTULO IV

4.	El dictamen.....	53
4.1.	Concepto.....	53
4.2.	Definición.....	54
4.3.	Naturaleza jurídica.....	56
4.4.	Características del dictamen.....	57
4.5.	Clases de dictamen.....	58
4.6.	Dictamen facultativo.....	59
4.7.	Dictamen obligatorio.....	59
4.8.	Dictamen vinculante.....	60
4.9.	El dictamen en la administración pública.....	61

CAPÍTULO V

5.	La Procuraduría General de la Nación y su intervención en los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	63
5.1.	Antecedentes históricos.....	63
5.2.	Concepto de Procurador General de la Nación.....	65
5.3.	Definición de la Procuraduría General de la Nación.....	66
5.4.	La Procuraduría General de la Nación como ente encargado	

de la representación del Estado.....	67
5.5. Funciones y atribuciones de la Procuraduría General de la Nación	69
5.6. Función asesora de la Procuraduría General de la Nación.....	70
5.7. Función consultora de la Procuraduría General de la Nación.....	70
5.8. Situación actual del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación.....	72
5.9. Intervención de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	73
5.10. El carácter vinculante del dictamen de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos de jurisdicción voluntaria.....	76
5.11. Regulación legal.....	77
5.11.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	77
5.11.2. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación, Decreto número 512 del Congreso de la República.....	78
5.11.3. Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto número 40-94 del Congreso de la República.....	79

CAPÍTULO VI

6. Asuntos de jurisdicción voluntaria en que se da intervención a la Procuraduría General de la Nación.....	81
6.1. Declaratoria de incapacidad.....	81
6.2. Ausencia y muerte presunta.....	82
6.3. Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.....	83
6.4. Omisión de partida de nacimiento.....	84
6.5. Rectificación de inscripción.....	85
6.6. Patrimonio familiar.....	85
6.7. Adopción.....	86
6.8. Proceso sucesorio intestado.....	87
6.9. Sucesión vacante.....	88
6.10. Rectificación de área.....	88

6.11. Regulación legal.....	89
6.11.1. Declaratoria de incapacidad.....	89
6.11.2. Ausencia y muerte presunta.....	90
6.11.3. Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.....	91
6.11.4. Omisión de partida de nacimiento.....	93
6.11.5. Rectificación de inscripción.....	94
6.11.6. Patrimonio familiar.....	95
6.11.7. Adopción.....	96
6.11.8. Proceso sucesorio intestado.....	98
6.11.9. Sucesión vacante.....	100
6.11.10. Rectificación de área.....	100
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene el propósito de demostrar la existencia del dictamen con carácter vinculante, específicamente el emitido por la Procuraduría General de la Nación dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria, ya sean tramitados ante los tribunales de justicia, más específicamente ante los jueces de primera instancia del ramo civil o ante notario, como lo permite la ley según sea el caso que se trate, tal y como lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107 y el Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria.

Utilizando el método analítico se pretende establecer por qué la opinión emitida por la Procuraduría General de la Nación, reflejada en el dictamen que profiere la misma al ser consultada ya sea por el órgano jurisdiccional o por el notario, ante quien se lleven los trámites respectivos de jurisdicción voluntaria, es considerada vinculante, y si la misma es realmente acatada ya sea por los jueces del ramo civil o por el notario, lo cual le daría verdaderamente dicho carácter, analizando las características que hacen que dicho dictamen tenga que tomarse como base para que tanto jueces como notarios sustenten sus resoluciones en la opinión que emite dicha institución.

Para lograr establecer lo anotado con anterioridad, se decide iniciar el presente trabajo analizando al profesional del derecho encargado por disposición de la ley, de tramitar los asuntos de jurisdicción voluntaria, como lo es el notario, iniciando desde luego, con sus orígenes hasta la época actual, su aparición en Guatemala, y de qué manera le son encomendados a dicho profesional del derecho el trámite de los asuntos de jurisdicción voluntaria, y esto para constatar que la actividad notarial tienen una dimensión eminentemente social, sobre todo en lo que se refiere a su intervención en la tramitación de asuntos de jurisdicción voluntaria.

En el presente trabajo también se desarrolla una breve referencia histórica del origen de la jurisdicción voluntaria y un panorama legal del campo de acción de la jurisdicción notarial, señalando desde luego sus características, naturaleza jurídica y los principios que son el andamiaje de la tramitación notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria. Por supuesto no se puede dejar de lado el hecho de que el trámite de asuntos de jurisdicción voluntaria también puede llevarse ante los jueces de primera instancia del ramo civil, tal como se anotó al inicio, por lo cual, se desarrolla en el cuerpo del presente trabajo un análisis del mismo y la función e intervención de este en el trámite de dichos asuntos.

Se analiza de igual manera el dictamen como, la opinión que emite la Procuraduría General de la Nación, en el trámite de los asuntos de jurisdicción voluntaria, en los cuales interviene por disposición de la ley, la naturaleza jurídica del mismo, características y las clases de dictámenes que existen en la doctrina, y es aquí en donde encontramos el dictamen con carácter vinculante, desde luego se analizan los antecedentes de la Procuraduría General de la Nación, su aparición como institución independiente en el ordenamiento jurídico guatemalteco, sus funciones y atribuciones y la intervención de dicha institución en el trámite de asuntos de jurisdicción voluntaria, que se expresa en el dictamen que contiene la opinión del asunto que se le consulta al evacuar la audiencia conferida por ley, y es aquí en donde se centra el presente trabajo, establecer que dicho dictamen tiene carácter vinculante para quienes lo solicitan.

Se finaliza nuestra investigación con el análisis de los asuntos de jurisdicción voluntaria en los cuales interviene la Procuraduría General de la Nación, aquellos casos en los cuales su opinión es de carácter vinculante para los encargados de resolver el asunto específico, ya sea el juez de primera instancia del ramo civil o el notario.

Con la presente investigación se esclarece la existencia del dictamen vinculante, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, emitido por la Procuraduría General de la

Nación, en los trámites de jurisdicción voluntaria en los cuales actúa por disposición de la ley, mismo que es solicitado por el juez de primera instancia del ramo civil o el notario, según sea el caso, previo a emitir la resolución que ponga fin al asunto en particular, lográndose así la comprobación de la hipótesis planteada previo a iniciar este trabajo.

CAPÍTULO I

1. El notario y su función dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria

1.1. Antecedentes históricos

El notariado como todas las instituciones de derecho, es producto de una evolución. En un principio los notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrollaron y adquirieron la fe pública; al inicio, en forma endeble, más tarde consolidada y legislativamente aceptada.

Como precedentes del notario se encuentra que, entre los hebreos existían variadas clases de scribae, de los cuales, pese a no ser muy bien considerado el cargo, suele afirmarse que ejercían fe pública, en su sentido moderno y daban autoridad a los actos que suscribían, aunque esta fe no fuera prestada de un modo material y con la propia autoridad del sello del escribano, sino por la fe que dimanaba –sin delegación del scriba– de la persona de quien este dependía. En cambio, si se trataba de escribas del pueblo, su misión era aun menos jurídica, ni aun en lo externo, pues parece ser que se limitaba a prestar sus conocimientos caligráficos, y el documento por ellos redactados no tomaba fuerza ninguna de la intervención del scriba.

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

Los datos que se encuentran en la investigación egiptológica, se infiere que los scribes sacerdotales tenían un carácter semejante al del notario-letrado, encargado de la correcta redacción de los contratos; al lado de estos escribas estaba el magistrado, al que le competía la función autenticadora, que se hacía por la imposición del sello del magistrado, en virtud del cual el documento, hasta entonces privado, se convertía en público. Es en Egipto donde se encuentra una muestra mas antigua de la forma de los documentos actuales.

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

Motivo de especulación para los notarialistas, es ubicar en el tiempo y lugar, el nacimiento de la fe pública. Esto no es posible. Sin embargo, se puede argumentar que la tal o cual legislación empieza a dar valor probatorio a lo redactado y hecho constar por ciertos artesanos de la escritura.

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

Los textos legales del derecho romano en sus diversas épocas permiten hablar de una multitud de personas a quienes de modo parcial está encomendada la misión

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

notarial. Esta variedad no prueba, en definitiva, sino que la función notarial está dispersa y atribuida a multitud de variados oficiales públicos y privados, sin que originariamente se reúnan todas las atribuciones en una sola persona.

Se debe tener presente, para darnos cuenta de la evolución del notariado romano, las transformaciones operadas en el transcurso de la historia de Roma en la forma contractual de este derecho. Aun en los momentos de mayor rigor formalista, la forma no es nunca documental como requisito de existencia. Es necesario que se pronuncien o escriban las palabras del rito contractual para que el contrato se produzca. La forma escrita, que acaba por predominar en las costumbres, facilita la prueba; pero ni en sí misma, ni en la intervención del scriba, tabulario, tabellio o notario, es solemnizadora por sí, sino consignadora de un hecho de solemnidad que se produce al margen del documento.

A través del tabularius y del tabellio, se llega a la figura del notario. Según opinión corriente entre los autores, el tabulario precede históricamente al tabellión. El primero tiene un origen de derecho público, mientras el segundo nace en las costumbres sociales. El tabellión puede ser considerado meramente como un hombre de condición social inferior, aunque letrado, acaba por ganar un elevado rango social. La intervención notarial no hace probados y auténticos los instrumenta; sólo la insinuación judicial les da fe pública y fuerza probatoria. De donde el notario, en aquella época, es más profesional que funcionario.

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

“Es materia en la que luchan dos tendencias contradictorias de la antigüedad de la institución notarial. Un sector doctrinal, acaso el más numeroso, se inclina a afirmar que el notariado es una institución reciente en la historia del mundo que aparece con

caracteres perfilados en el bajo imperio romano, que es el derecho bizantino el que, al unificar tabularios y tabeliones, da lugar a un primer grado en la evolución de la Institución”.²

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

En la edad media con el desarrollo del comercio, la banca, el nacimiento de las sociedades mercantiles, y el progreso de las compañías de navegación, se provoca un desarrollo en el derecho. Al regularse las actividades que surgían, en ocasiones se aceptaba o modificaba la legislación existente y en otras, se creaban instituciones jurídicas nuevas; consecuentemente la forma notarial evolucionó y fue regulada de manera más precisa.

Se afirma que en todos los países europeos se nota una tendencia encaminada a que los escribanos refuercen su papel de fedatarios; y aunque es difícil para los autores precisar la historia del notariado en esta época, es indudable que va en aumento el prestigio del *instrumentum* extendido y suscrito por notario, pues ya en el siglo XIII aparece el notario como el representante de la fe pública.

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

² Giménez-Arnau, Enrique, **Derecho notarial**, pág. 88.

En Bolonia se fundó, probablemente, la primera escuela notarial, gracias a Raniero de Perugia. A partir de entonces el arte de la notaría, el “Ars Notarie”, adquiere verdadera dignidad científica. Suele atribuirse a la escuela de Bolonia la mayor influencia en el auge de la ciencia notarial, especialmente por los autores italianos, tal es el caso de Rolandino Rodolfo. Misma que influye poderosamente en Europa. La obra de Rolandino, cuyo prestigio es inmenso y de quien se ha dicho que es la figura más grande que ha existido en el notariado; y aunque tampoco se puede llegar al extremo de decir que a él se le deben las bases legislativas del notariado, sí influyó en forma muy preponderante en el notariado. A partir de la escuela de Bolonia, el notario queda perfilado definitivamente como jurista.

1.2. El notario en Guatemala

El escribano colonial; inicialmente para su ejercicio no precisaba preparación académica. Las leyes de la época hablaban de “cristianos de buena fe”³, es decir, que lo que se requería era probidad, honradez y lealtad por parte del ejercitante.

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

Según escribe Luján Muñoz, “es casi seguro que la fundación de la ciudad de Santiago de Guatemala y la reunión del primer cabildo tuvieron lugar el día 27 de julio del año 1524. En esta primera acta de cabildo aparece actuando el primer escribano: Alfonso de Reguera”.⁴ El escribano de cabildo no ejercía como escribano público; solo había un escribano público en la ciudad, en caso de ausencia debían nombrar otro, el nombramiento, recepción y admisión del escribano público lo hacía el cabildo.

³ Luján Muñoz, Jorge, **Los escribanos en las indias occidentales**, pág. 65.

⁴ **Ibíd.**, pág. 77.

En la Guatemala colonial nunca existió un colegio o universidad donde pudieran adquirir conocimientos científicos, los escribanos. Hubo, durante la dominación española, una separación total entre profesión notarial y educación universitaria. “Luján Muñoz señala en su obra que de todos los escribanos de la época que aparecen en el Archivo General de Centro América, sólo tres asistieron a la Real y Pontificia Universidad de San Carlos, por lo que tendrían que lograr su preparación con la lectura de obras científicas de derecho y de técnicas de notariado”.⁵

Parece ser que los escribanos de esa época no gozaban de buena fama, tanto que en los pueblos indígenas hubo que suprimir las plazas de escribanos, pues éstos actuaban provocando pleitos para cobrar luego costas y honorarios en los juicios que suscitaban, y obligando a los pobladores a hacer escrituras innecesarias. La etapa formativa del notariado en la ciudad de Guatemala repite las características básicas con que se dio el inicio de la profesión en otras regiones indianas. Los nombramientos los hace el cabildo o el gobernador de la provincia, siempre sujetos a la ulterior decisión real.

Entre las reformas que trajo la reforma liberal, se mencionan que estas hicieron del notariado una carrera universitaria, es aquí en donde por primera vez se le denomina notarios. Justo Rufino Barrios, dictó el Decreto número 271, el cual contenía la ley de notariado, en la cual se definía al notariado como: “La institución en que las leyes depositan la confianza pública, para garantía, seguridad y perpetua constancia...”

En nuestra época, antes de que la Universidad de San Carlos alcanzara su autonomía, no era forzoso obtener el título de abogado juntamente con el de notario. Se otorgaba cada título por separado, pudiendo ejercerse sólo el notariado como profesión, tal como sucede actualmente en muchos otros países, mas no en el nuestro.

En Guatemala, se aplica el notariado de tipo latino, y dentro de éste el notariado libre; todo egresado de las Universidades con los títulos de abogado y notario, que llene

⁵ **Ibíd.**, pág. 67.

los requisitos que especifica el Código de notariado y que esté debidamente colegiado, puede ejercer como notario en cualquier lugar y en cualquier momento.

1.3. Caracteres del notario

Según el primer congreso internacional del notariado latino, celebrado en 1948 en Buenos Aires, Argentina, citado por Jorge Mario Castillo González, “El notario latino es el profesional del derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”.⁶

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

En Guatemala, donde, como ya se dijo, se aplica el sistema latino, esta definición del congreso de notariado describe de manera satisfactoria lo que es el notario; nuestros notarios deben tener título facultativo, lo que los capacita para comprender e interpretar la voluntad de las partes, asesorar y aconsejar a los interesados, y redactar el instrumento público que contenga el hecho o negocio jurídico. En la expresión dar forma legal de la definición se pueden entender comprendidas estas actividades de la función notarial.

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

- a) tarea de creación o elaboración jurídica: recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes;

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

- b) tarea de redacción: elaborando los instrumentos adecuados a tal fin;
- c) tarea de autorización o autenticación: confiriendo autenticidad a los documentos;
- d) tarea de conservación: o custodia de los originales de los instrumentos públicos;

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

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

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

⁸ Larraud, Rufino, **Curso de derecho notarial**, pág. 138.

⁹ **Ibíd.**, pág. 140.

- ◇ Percibe una retribución por sus servicios: honorarios previstos en el arancel o contratados libremente con las partes. En caso de ser funcionario administrativo, es remunerado directamente por el Estado.
- ◇ El notario ejerce una profesión de confianza; muchas veces las personas le hacen consultas personales de tipo familiar, patrimonial, económico y hasta moral, sin que tengan frecuentemente ninguna relevancia jurídica.
- ◇ Su actuación, respaldada por la fe notarial, imprime valor jurídico, seguridad, eficacia, veracidad, autenticidad y perdurabilidad a las relaciones de derecho.
- ◇ Tiene jurisdicción propia: aplicando el término como competencia exclusiva, no como función de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Pertenecen a esta competencia los actos de la llamada jurisdicción voluntaria que le han sido sustraídos sólo por razones históricas.

1.4. Concepto de notario

Ruiz Gómez, citado por Giménez-Arnau en su libro derecho notarial, dice que “notariado es el cuerpo facultativo que forman los notarios de toda la nación”.¹⁰ De igual manera el aludido autor cita a Fernández Casado, quien entiende por notariado “el conjunto de personas adornadas de título para ejercer el arte de la notaría.”¹¹ En idéntico sentido, la mayoría de los autores modernos, al definir al notariado, evitan hacer referencia al contenido de la función. Otros autores, en cambio, duplican la definición, pues estudian el notariado agrupación de funcionarios y el notariado función. Finalmente, un tercer grupo de autores provocan y resuelven doctrinalmente el problema del alcance y límites de la función notarial al definir el notariado.

Giménez-Arnau cita a Lavandera, quien expresa “el notario es la magistratura de la jurisdicción voluntaria que, con autoridad y función de justicia, aplica la ley 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,

¹⁰ Giménez-Arnau, **Ob. Cit.**; pág. 47.

¹¹ **Ibíd.**

autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental".¹²

Si el notario aplica la ley, también lo hace el funcionario de correos que recibe un certificado; no es cierto que el notario declare derechos y obligaciones, porque éstas nacen de la voluntad de las partes, y aunque la forma notarial fuera forma normal ad substantiam, los derechos nacen sólo de la forma notarial, que es un momento de su aprobación. Tampoco es cierto que el notario apruebe el acto jurídico; se limita a declarar su conformidad con el derecho objetivo. Lo verdaderamente cierto es que el notario lo sanciona (solemniza, diríamos mejor), autentica y le da carácter ejecutivo. En esto último se asemeja a la sentencia; pero no es tanto por ser sentencia, sino por razón de certeza y autenticidad.

1.5. Definición de notario

Conviene fijar el concepto doctrinal y teórico de lo que es el notario, cuál es la idea que de él se tiene en el sistema latino. El notario, en el sistema latino, tiene como misión fundamental documentar, es decir, justificar en documento apoyado en la autoridad estatal, los acuerdos realizados entre las partes contratantes, y por eso puede decirse que crea el documento, cuyo contenido no es otro que esos acuerdos atinentes a los extremos del negocio o contrato, esto es, los elementos esenciales y sustanciales que configuran y tipifican el contrato, o, en otras palabras, que ajustan las varias estipulaciones a un tipo de contrato señalado en la ley y que se regirá por una norma común: los electos naturales al contrato así configurado y sus accidentales, atribuyéndole además al documento, y por ende, al contrato mismo, las calidades de certeza, veracidad, seguridad y autenticidad.

Se tiene, por consiguiente, que la intervención del notario es una forma de intervención del Estado en la regularización de las relaciones de carácter privado para

¹² **Ibíd.**, pág. 48.

que tengan plena eficacia en el campo jurídico, pero con la particularidad de que esa intervención se realiza por intermedio de un profesional y no de un empleado público.

Existen muchas definiciones acerca del notario, algunos de los tratadistas que han escrito sobre el tema y otras encontradas en las diferentes legislaciones, por lo que se mencionan las siguientes:

Así Mengual y Mengual citado Nery Muñoz, en su libro introducción al estudio del derecho notarial, dice que notario; “es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del estado, y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica 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”.¹³

Por su parte Cabanellas y Ossorio, dan la definición legal del notariado español, la cual también preceptúa que el notario es un funcionario público autorizado para dar fe, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

Es de hacer notar la definición de notario latino, aprobada en el primer Congreso de la unión internacional del notariado latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948, que dice: el notario latino es el profesional del derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.

Giménez Arnau dice; “dejando ahora a un lado la función elaboradora de derecho objetivo en las afirmaciones que preceden hay elementos bastantes para una definición

¹³ Muñoz, Nery Roberto, **Introducción al estudio de derecho notarial**. pág. 19.

que puede formularse así: el notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria”.¹⁴ En esta fórmula quedan perfectamente precisados los caracteres del funcionario y el alcance de la función.

No puede incluirse en la definición referencia alguna respecto a la exclusividad de la función notarial, en cuanto a actos privados extrajudiciales, pues se acaba de ver que en muchos de ellos no interviene el notario. Tampoco puede hacerse referencia alguna a la obligatoriedad de la función, porque no es posible exigirla, en cuanto a que la función notarial es preparatoria de la prueba; y cuando se trata de dar forma solemne a negocios que exigen este requisito, no es necesaria la intervención notarial.

1.6. La función notarial

La función notarial es la actividad del notario llamada también el quehacer notarial. La función notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el notario. Son las diversas actividades que realiza el notario. En un sentido meramente jurídico, Argentino I. Neri, dice que la expresión función notarial se le juzga como: “la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público”.¹⁵

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

¹⁴ Giménez-Arnau, **Ob. Cit**; pág. 52.

¹⁵ Neri, Argentino I., **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág. 517.

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

La característica del notario como profesional del derecho, es la que ocupa más la atención y exige la mejor parte de la inteligencia y cultura del notario, pues entonces cuando el notario pone en marcha esa fuerza centrípeta de selección de todo el campo de las normas jurídicas, para afinarlas y aplicarlas al hecho que ha de poner en movimiento a la norma jurídica, y que sólo él presencia de modo conciente y expreso; y como la única forma legal en que el notario puede dar fe de los hechos es mediante el instrumento público, resulta que, los cuatro puntos cardinales del quehacer del notario son: 1.- Redactar el instrumento; 2.- Autorizarlo; 3.- Conservarlo; 4.- Expedir las copias del mismo.

Estas actividades podría decirse que son inherentes a la función notarial, tal como existe en la mayor parte de los países de notariado latino, donde se ha impuesto al notario la obligación de instruir a las partes y de dirigir las voluntades, así como la de redactar el instrumento público, cosa que no podría hacer si no fuese un competente abogado. Lo típico de la función notarial se cumple en la creación y perfeccionamiento del instrumento público, que en el lenguaje jurídico se le llama escritura pública, e implica las actividades de redactar, conservar y reproducir las escrituras públicas. Dentro del campo de la teoría, puede decirse que lo esencial de la función notarial es dar fe, conforme a la ley, de los contratos y demás actos extrajudiciales que pasan ante el notario.

La función notarial se da “cuando varias personas, acordes a sus pretensiones jurídicas, comparecen ante el notario para que este las situé en un molde previsto en la ley y les imprima caracteres de veracidad, autenticidad y permanencia, y las revista del más alto grado de seguridad. En desarrollo de esta labor aquel ejerce dicha función, la cual, por ende, es documentadora, creadora de formas escritas, y al documento que

nace de su ejercicio, le atribuye efectos legitimadores, sustantivos, probatorios y ejecutivos. La misión del notario al ejercer la función notarial es, pues, consagrar una fehaciente seguridad jurídica dentro de la sociedad”.¹⁶

La función notarial no puede radicarse exclusivamente en la jurisdicción voluntaria, ni en la prueba, ni en la forma. Tiene esa triple finalidad y además un evidente aspecto de jurisdicción preventiva, asesora y legitimadora.

Los tres fines del instrumento público, que constituyen la esencia y el resultado o efectos del instrumento público en que se manifiesta la función notarial son: dar forma, probar y dar eficacia legal. Para cumplir estos propósitos la función notarial debe aspirar: a) a asegurar la autenticidad para el futuro; b) a garantizar la legalidad o legitimidad del acto; c) a constituir un medio de fijación formal que asegure los efectos del mismo, así entre las partes, como en cuanto a los causahabientes de ellas a los futuros interesados.

Esa triple función de la actividad notarial está reconocida –directa o indirectamente- por todos los autores que se esfuerzan en vano en encontrar una síntesis que abarque los aspectos varios de la función y del que la desempeña, que es a la vez juez (en un sentido de jurisdicción preventiva), funcionario y profesional del derecho.

La función del notario, dice Laguerenne, citado por Giménez-Arnau “es autorizar escrituras que tienen tres características: autenticidad, fuerza probatoria y ejecutoriedad. La fuerza probatoria es consecuencia de la autenticidad y supone, en el terreno procesal, un desplazamiento de la prueba. La ejecutoriedad deriva de la naturaleza de la función o poder del notario, que tiene una delegación del poder público; delegación que en la jurisdicción voluntaria, es similar a la que se le concede a los jueces en la jurisdicción contenciosa”.¹⁷

¹⁶ Alfonso M., Barragán, **Manual de derecho notarial**, pág. 12.

¹⁷ Giménez-Arnau, **Ob. Cit.**; pág. 70.

“En Guatemala, el notario ejerce una función pública, sui generis, porque es independiente, no está enrolado a la administración pública, no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta; pero no representa al Estado. Actúa por sí mismo y su función la presta a los particulares quienes pagan sus honorarios”.¹⁸

La función notarial persigue tres finalidades: de seguridad, de valor y de permanencia.

I. Seguridad: Es la calidad de seguridad y de firmeza (que otros llaman certeza), que se da al documento notarial. Persigue la seguridad: el análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad, etc.; el proceso formal (de leyes adjetivas), que es axiomático y que persigue un fin de seguridad.

II. Valor: Según la Academia, valor implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. El notario, además, da a las cosas un valor jurídico. Este valor tiene una amplitud: es el valor frente a terceros; y un límite: es el territorial, pues su valor se detiene en los límites de la jurisdicción de igual clase de notario.

III. Permanencia: La permanencia se relaciona con el factor tiempo. El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro. El documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad, y por lo tanto es inseguro. En cambio, el documento notarial, es permanente e indeleble, o sea, que tiende a no sufrir mudanza alguna.

¹⁸ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 23.

1.7. Intervención del notario en los asuntos de jurisdicción voluntaria

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

Se encuentra en la historia que los actos de jurisdicción voluntaria eran atribuidos en el derecho romano a los funcionarios judiciales. Se buscaba proporcionar el mayor grado de seguridad jurídica a los actos privados. Pero el juez no actuaba solo: uno de sus colaboradores de mayor importancia era el tabelión o notario, quien recibía las solicitudes, controlaba las pruebas que se aportaban y daba, con su actuación, un signo de mayor autenticidad al proceso.

Al separarse, con el correr del tiempo, la función notarial de la judicial surge lo que se podría llamar jurisdicción notarial basada en la fe pública de que era poseedora y administradora, y ya extrajudicialmente se hace cargo de algunos actos propios de la jurisdicción voluntaria. Pero varios de los actos de naturaleza no contenciosa continuaron atribuidos a los jueces. Con el correr del tiempo, esos actos de materia voluntaria fueron pasando nuevamente al ámbito de lo judicial.

La jurisdicción voluntaria viene siendo señalada, ya como un principio realmente digno de colacionarse para fundamentar la existencia del derecho notarial, ya como un aspecto propio y connatural de la función notarial. Desde luego: a) en el plano del derecho la jurisdicción voluntaria es mirada cual si fuera un principio de existencia efectiva, pues importa un elemento permanente e inmutable, y de gran publicidad en razón de su larga trayectoria histórica; principio, en suma y síntesis, forjado a través de diversas causas que le dieron origen: primeramente, la causalidad, esto es, la necesidad de distinguir el poder atribuido a la autoridad interviniente en la realización de

determinados actos; luego la finalidad perseguida por esos mismos actos; después, la evolución operada desde lo ritual y ceremonioso del procedimiento hasta el empleo en formas simples; y por último, el deslinde separativo de la función pública operado por el grado de madurez alcanzada, o lo que es igual, la independización de las funciones relativas a la administración de los actos contenciosos, procesalmente judiciales, de las funciones inherentes a los actos voluntarios, formalmente extrajudiciales; aquellos, realizables con la intervención del juez; éstos, ejercibles con la actuación del notario; y b) en el plano de la función, la jurisdicción voluntaria aparece como una verdadera denominación que cabe aplicar por ser insita de la función misma, consustancial de las tareas que despliega el notario en el quehacer formativo y sancionador del instrumento público. “Por esto mismo, a modo de norma de conducta, la función y la jurisdicción son, dentro del derecho notarial, comparativamente el tornillo y la tuerca: aquél, el tornillo, dando vuelta en su propio surco, en busca de su pieza envolvente, la tuerca, para ajustarse a ella”.¹⁹ De todos modos, en torno a la función notarial, y por ende, dentro del derecho notarial, la jurisdicción voluntaria entraña, por lo fácilmente perceptible, un elemento bien fundamental, de armónica conexión y ensamble con la forma pública dadora de fe.

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

Rocco, citado por Najera Farfán, aporta elementos de peso a favor de la integración cuando dice, “la función que llena el juez en la jurisdicción voluntaria es igual a la que llena el notario cuando vierte en un documento la manifestación de la voluntad privada del interesado en constituir una nueva relación jurídica”.²⁰

¹⁹ Neri, **Ob. Cit.**; pág. 418.

²⁰ Najera Farfán, Mario Efraín, **Derecho procesal civil**, pág. 136.

Se observa que el criterio que domina en la doctrina es el de que se atribuyan al notario si no todos, la mayoría de los asuntos de jurisdicción voluntaria. Los partidarios de la integración se apoyan en puntos como éstos:

- ◇ Por la jurisdicción voluntaria se legitiman hechos y situaciones jurídicas, pero no se constituyen ni se declaran derechos controvertidos.
- ◇ Si no hay declaración de derechos en conflicto, y si en caso de oposición se cambia su naturaleza –de voluntaria a contenciosa-, la intervención del juez no tiene razón de ser.
- ◇ Las resoluciones de los procedimientos de jurisdicción voluntaria no tienen autoridad de cosa juzgada, elemento esencial de la jurisdicción propiamente dicha.
- ◇ En la mayoría de las legislaciones, acertadamente, no se admite el recurso de casación, dándose lugar a una revisión posterior.

En consecuencia, si se trata de actos no jurisdiccionales, la intervención en los mismos debe de corresponder al notario.

En Guatemala, la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley. Esta función la tienen también los tribunales en situaciones jurídicas no contenciosas, ya que pueden conocer todos los asuntos de jurisdicción voluntaria. Es en esta esfera en la que al notario excepcionalmente, se le han ido trasladando algunos asuntos no contenciosos ampliándole sus funciones. Y para ello se tomo en cuenta que la mayor parte de las materias comprendidas en la jurisdicción voluntaria, están atribuidas a los órganos jurisdiccionales con el consiguiente recargo en el volumen de trabajo que soportan los tribunales.

La función tradicional del notario en Guatemala se ha ampliado al trasladarse a su conocimiento asuntos no contenciosos o voluntarios. El notario es competente para ello, competente en el sentido legal que puede actuar y en el sentido de preparación. Las facultades del notario de ser fedante, deliberante y decisorias, las puede poner en practica al tramitar esos asuntos sin dificultad. La fedante, al dotar de fe pública los

asuntos que documenta. La deliberante, debido a que debe analizar y deliberar antes de resolver. Y por ultimo la decisoria, cuando declara con lugar o procedente un asunto que ha conocido.

1.8. Regulación legal

1.8.1. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula en su Artículo 154; Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por ley, y no podrá ejercerse sin prestar juramento de fidelidad a la Constitución.

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

1.8.2. Código de notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República

Artículo 1. El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

El Código de notariado, no dice a ciencia cierta que o quien es el notario, únicamente se limita a dar una definición legal de lo que hace el notario y dice que él tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en los cuales intervenga, fe pública que ostenta por ser un profesional del derecho mas no un

funcionario público, ya que le es delegada en los casos que señala la ley, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

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

1.8.3. Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República

La ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, es la que desarrolla todo lo relativo a la función que ejerce el notario en los diversos asuntos de jurisdicción voluntaria, donde no existe controversia, en que interviene por disposición de la ley. De igual manera contiene los principios fundamentales en que se basa dicha actuación y señala cada uno de los pasos a seguir en los asuntos que ella regula.

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

CAPÍTULO II

2. La jurisdicción voluntaria

2.1. Antecedentes históricos

Si se busca en el antiguo derecho de Roma, el significado de la jurisdicción, se encuentra que significó: decir o declarar el derecho mediante el *do* que daba una acción legal o consentía una posesión de bienes, el *dico* que dictaba derecho emitiendo edictos o interdictos; y el *ad-dico* que advertía un juez para las partes. La facultad de declarar o decir el derecho fue atribución de los magistrados, quienes tuvieron jurisdicción limitada o competencias por jerarquías, cuantía del litigio y naturaleza del asunto; la jurisdicción propia se integró por dos momentos, el primero denominado *in jure* y el segundo su continuación, llamado *in iudicio*, el primer momento se podía terminar por *allanamiento* a la demanda y originaba como consecuencia la sentencia denominada *ad dictio*. En este esquema procedimental romano clásico, dividido en dos momentos, se encuentra el origen de la jurisdicción voluntaria; al respecto expresa el licenciado Luís Felipe Sáenz Juárez, citado por Gilberto Guzmán Arroyo en su trabajo de tesis de graduación; “es interesante poner atención en el primer momento, por cuanto podía terminar de dos maneras: la primera si el demandado no estaba de acuerdo con el demandante, se le ponía fin mediante la *litis contestatio* o formalización del litigio mediante un contrato suscrito por las partes ante testigos, que contenía las normas a que habría de sujetarse el magistrado designado para fallar; la segunda correspondía al *allanamiento*, esto es que si se alegaba y examinaba la cuestión de derecho en el primer momento y antes de nombrarse *arbitro* el demandado reconocía la razón de la demanda (la *confessio in jure*), se dictaba la sentencia denominada *additio*, que significaba la ratificación del derecho, y es esto lo que da origen a la jurisdicción voluntaria. En efecto el procedimiento judicial sin controversia se utilizó como medio

creador de derecho, bien porque el demandando fingía que el derecho reclamado existía”.²¹

Al derecho romano se debe también la inclusión del notariado en los actos de la jurisdicción voluntaria; como se observó anteriormente al referirse al origen de la misma, en efecto, como producto de las confesiones prestadas por los demandados y para descargar el trabajo de los magistrados, nació el instrumento llamado *guarentigium* o cláusula *guarentigia*, y de esta manera el juez vino a erigirse en *iudice chartularri*, más tarde la práctica de los procesos simulados *in jure*, ante el juez, pasó a la función del notario, a quien se le atribuyó capacidad para la constitución de instrumentos con cláusulas de garantía. De esa manera la jurisdicción voluntaria estrictamente judicial, pasó a ser compartida por el derecho notarial, pero en un plano de sustentación distinta, pues, aun muchos actos de la jurisdicción voluntaria que deben ser de lógica competencia notarial, siguen confiados a los jueces.

Es conveniente recordar que a la autoridad pública se le dio facultad de dar autenticidad a toda aquella documentación que era necesaria para preconstituir la prueba de determinados actos privados que se referían bien a sus personas o a los bienes. Se le imprimía sello de autoridad, al documento fiscalizado por el juez.

En las etapas finales de derecho romano, la actividad notarial pasó a ser potestativa de otros oficiales públicos, no se ha determinado si este traslado de actividades se debió a la *molicie administrativa*, o si se tuvo en mente ordenar la actividad del *tabellión*, como nueva profesión, lo cierto es que vino a crear la jurisdicción notarial, distinta a la jurisdicción judicial.

“Con el surgimiento de los *tabelliones* se quita de la función de los jueces la misión de redactar, formalizar y autenticar documentos, tarea que pasa a los *iudices chartularii*, sin embargo, los documentos así nacidos solo revistieron certeza para las

²¹ Guzmán Arroyo, Gilberto, **Trámite notarial en la jurisdicción voluntaria del asiento tardío y rectificación de partidas de nacimiento**, págs. 1 y 2.

partes pero no erga omnes, por que el tabelión carecía de la atribución de dar fe pública, ya que solo los jueces eran los únicos que podían imprimir su sello de autenticidad; fue con posterioridad que el Estado le otorgo fe pública a los instrumentos públicos, atribuyéndole al nuevo funcionario un poder certificante, por medio del cual le daría seguridad y garantía a dichos documentos, para producir efectos no sólo para las partes sino también frente a terceros”.²²

Como se ha advertido la relación entre jurisdicción voluntaria y la notarial tiene su explicación histórica, pero ello no significa que la situación se mantenga igual en el presente; “la jurisdicción voluntaria perteneció en sus primeros tiempos a los notarios y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del poder judicial, nada impide que pasen a la administración y aun, que vuelvan a su fuente de origen como se ha propuesto”.²³

“Muchos han sido los argumentos a favor de la integración de los asuntos de jurisdicción voluntaria a la competencia notarial. En los diversos congresos notariales internacionales se han dado opiniones favorables y valederas al respecto, pero todavía no se habían realizado tentativas orgánicas ni legislativas, salvo la ley cubana del 17 de diciembre de 1937, que fue un complemento del Código de notariado”.²⁴

2.2. Antecedentes de la jurisdicción voluntaria en Guatemala

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

El estatuto de las uniones de hecho, contenido en el Decreto 444 del Congreso de la República, se promulgó el 29 de octubre de 1947, en el se reguló y se permitió a

²² Neri, **Ob. Cit.**; págs. 429-433.

²³ Couture, Eduardo, **Fundamentos de derecho civil**, pág. 53.

²⁴ Larraud, **Ob. Cit.**; pág. 792 y 793.

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

“Posteriormente el seis de febrero de 1957 se emitió el Decreto número 1145 del Congreso de la República que facultó a los notarios para celebrar matrimonios. La autorización de un matrimonio por notario, se encuentra como antecedente histórico en Francia en 1968, donde Enrique IV por el Edicto de Nantes, estableció que los no católicos podían contraer matrimonio de acuerdo a su secta. A raíz de esto el magistrado francés Gilbert Gaumín, contrajo matrimonio ante notario por escritura pública, en la cual él y su esposa declararon contraer matrimonio y tenerse en lo sucesivo como marido y mujer. Este tipo de matrimonios se hizo popular y los no católicos se casaban ante notario, se les llamó matrimonios a la gaumine”.²⁵

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

2.3. Características

Según el Dr. Aguirre Godoy, “las características principales son:

- ◇ Los procedimientos de la jurisdicción voluntaria son esencialmente revocables y modificables por el juzgador.
- ◇ Hay conformidad de las personas que intervienen en las diligencias y en caso de haber oposición o controversia se acude a la jurisdicción contenciosa.
- ◇ Concluye con un pronunciamiento que sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma”.²⁶

²⁵ Muñoz, **Ob. Cit.**; págs. 4 y 5.

²⁶ Aguirre Godoy, Mario, **Derecho procesa civil**, tomo I, pág. 85.

Existen otras características, que presenta el autor Najera Farfán citado por el tratadista Nery Muñoz, las cuales son “las siguientes:

- ◇ Se ejerce intervolentes, o sea que se debe a concurrencia voluntaria de parte o se desarrolla entre personas que están de acuerdo.
- ◇ Su procedimiento carece de uniformidad y repetición, acomodándose a la naturaleza de los actos que la provocan.
- ◇ La prueba que se rinde no está sujeta al requisito de citación.
- ◇ La necesidad de oír a la Procuraduría General de la Nación, cuando pudiera resultar afectados intereses públicos o se haga relación a personas incapaces o ausentes.
- ◇ La resolución final no puede impugnarse mediante casación, y
- ◇ Las resoluciones no pasan en autoridad de cosa juzgada, lo que abre la posibilidad de su revisión en la vía contenciosa”.²⁷

“La jurisdicción contenciosa se le caracteriza particularmente por la existencia del contradictorio, o sea, la disputa de partes sobre determinado asunto cuya resolución se persigue mediante la actividad de los órganos estatales, aunque debe advertirse que aún en la jurisdicción contenciosa no existe siempre contradictorio, como sucede en los casos de sumisión del demandado o en los juicios en rebeldía, por el contrario, lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria, es la ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad exigida por la ley; se pretende también fijar sus caracteres, por cuanto que en la jurisdicción contenciosa se persigue principalmente la cosa juzgada, en cambio en la voluntaria, sus procedimientos son esencialmente revocables y modificables por el juzgador”.²⁸

Por su parte el licenciado Nájera Farfán, “llama la atención sobre la confusión de términos, cuando se habla de jurisdicción, la ha hecho perder sus características

²⁷ Muñoz, **Ob. Cit.**; pág. 3.

²⁸ Aguirre, **Ob. Cit.**; tomo I, pág. 85.

conceptuales, señalando que debiera de ser una de las instituciones con menos controversias y más diáfanas, porque la misma ley se encarga de definirla y regularla”.²⁹

2.4. Naturaleza jurídica

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

En el caso de Guatemala, el problema se torna interesante, en vista de que con fecha uno de julio de 1964, entró en vigor el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley 107, en cuya distribución de materias tuvo que enfrentarse el aspecto relativo a si se conservaban o no los asuntos que el Código derogado, Decreto legislativo 2009 o Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, establecía como asuntos de jurisdicción voluntaria. Además, era necesario también recoger la tendencia, favorable en el medio, de darles mayor intervención a los notarios, en algunos asuntos que tradicionalmente habían estado adscritos al campo jurisdiccional. Esta tendencia motiva la emisión de la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República.

En la doctrina se discute si la jurisdicción voluntaria es una función administrativa o judicial. El Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985, y el Artículo 27 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 1792 del Congreso de la República de Guatemala, confieren a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgado, pero es el caso de que en la jurisdicción voluntaria no se produce un juicio, no hay litigio, no hay contienda, no hay controversia entre los solicitantes o partes; sin embargo, el ya mencionado Código Procesal Civil y Mercantil atribuye a los tribunales de lo civil el

²⁹ Nájera, **Ob. Cit.**, pág. 135.

conocer de las cuestiones de aquella índole, de donde se puede concluir que los asuntos de jurisdicción voluntaria son sustancialmente administrativos y formalmente jurisdiccionales.

Con la idea de que se encuentra bastante generalizada la creencia de que la jurisdicción voluntaria es por su contenido de naturaleza administrativa, aunque por motivos históricos o de conveniencia se siga confiando, en todo o en parte, su conocimiento a los funcionarios judiciales, puede admitirse que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa exponiendo que: “no se dictan, normalmente de oficio, sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional”.³⁰

Por su parte Rufino Larraud, expone que: “la jurisdicción voluntaria es una actividad de naturaleza administrativa no jurisdiccional, asignada por el legislador a la competencia de los órganos judiciales”.³¹

2.5. Objeto y efectos

2.5.1. Objeto

La finalidad de la jurisdicción voluntaria es darle solemnidad a ciertas actuaciones ante los tribunales del orden civil o al pronunciamiento de determinadas providencias que los jueces habrán de dictar y termina con un pronunciamiento que sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma.

³⁰ Couture, **Ob. Cit.**; pág. 52.

³¹ Larraud, **Ob. Cit.**; pág. 119.

2.5.2. Efectos

La jurisdicción de que se habla, en la que no hay controversia entre las partes ni cosa juzgada, aunque sus providencias son apelables, no produce estados o situaciones jurídicas definitivas, por el contrario engendra situaciones cambiantes y lo que el juez negó hoy, con nuevos elementos puede concederlo posteriormente.

2.6. Definiciones doctrinarias y legales

“En el lindero entre la función jurisdiccional y la administrativa, esta la llamada jurisdicción voluntaria; la cual aun siendo función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por los órganos judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equivoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción, la cual, a su vez, se designa, en tal contraposición, como jurisdicción contenciosa. La jurisdicción voluntaria entra en la rama más vasta de la función administrativa que se suele llamar; administración pública del derecho privado y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, en diversas formas y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. Esta administración pública del derecho privado puede ser ejercida por autoridades pertenecientes, también orgánicamente, al ordenamiento administrativo pero, en determinados casos, la misma, sin que por ello cambie su naturaleza, se confía, por razones de conveniencia práctica o de tradición histórica, a los órganos judiciales y entonces toma el nombre de jurisdicción voluntaria”.³²

³² Calamandrei, Piero, **Derecho procesal civil**, volumen 2, págs. 27 y 28.

2.6.1. Definiciones doctrinarias

Manuel Ossorio manifiesta que jurisdicción voluntaria es: “la caracterizada por no existir controversia de partes, ni exigir siquiera su dualidad”.³³

Mario Aguirre expresa: “lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos del estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad exigida por la ley”.³⁴

Para Cabanellas, jurisdicción voluntaria es: “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 halla, no admite contradicción de parte”.³⁵

Según Pallares, es: “la que ejercen los tribunales en los asuntos que no son litigiosos”.³⁶

2.6.2. Definición legal

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley 107, en su libro IV que regula los procesos especiales, establece en su Artículo 401: 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 cuestión alguna entre partes determinadas. Ahora bien, si a esa solicitud se opone alguien que tiene derecho para hacerlo, el asunto se declara contencioso para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos, y si la solicitud la hace quien no tiene derecho en el asunto, el juez la rechaza de oficio (Artículo 404).

³³ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 410.

³⁴ Aguirre, **Ob. Cit.**; tomo I, pág. 85.

³⁵ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, tomo II, pág. 469.

³⁶ Pallares, Eduardo, **Diccionario de derecho procesal civil**, pág. 512.

De las definiciones anotadas se tiene como punto principal la ausencia de discusión entre partes, indispensable para que un asunto pueda someterse a la jurisdicción voluntaria, y no necesariamente se debe acudir al órgano jurisdiccional, para el trámite de estas diligencias ya que el notario tiene competencia para conocer de asuntos voluntarios y lo hace en forma extrajudicial.

2.7. Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria

2.7.1. Principios generales de la jurisdicción voluntaria

Los principios de la jurisdicción voluntaria, los cuales son propios del derecho notarial, pero son aplicables a ella por pertenecer a esta rama del derecho, son los siguientes:

- 2.7.1.1. De la forma.
- 2.7.1.2. De intermediación.
- 2.7.1.3. De rogación.
- 2.7.1.4. Del consentimiento.
- 2.7.1.5. De seguridad jurídica.
- 2.7.1.6. De autenticación.
- 2.7.1.7. De fe pública.
- 2.7.1.8. De publicidad.

2.7.1.1. De la forma

Este principio señala el procedimiento para la elaboración del documento público, teniendo en cuenta que el derecho notarial tiene como característica esencial de ser un derecho de forma, que establece las formalidades que deben observarse, por ejemplo en la jurisdicción voluntaria los asuntos que se tramitan deben constar en actas notariales.

2.7.1.2. De intermediación

Según este principio el notario debe estar en contacto directo con los requirentes, con los hechos y actos que se producen, dando fe de lo que se ve o se escucha, el notario recibe personalmente los informes requeridos y la documentación aportada, levantando actas que correspondan al caso y dictando las resoluciones respectivas, personalmente y bajo su estricta responsabilidad.

2.7.1.3. De rogación

La intervención del notario siempre es solicitada, no puede actuar de oficio o por si mismo, sino que debe intervenir por disposición de la ley o a requerimiento de parte. Tal cual lo expresa el principio denominado dispositivo que “consiste en que tanto la iniciativa como el impulso, tramitación, ofrecimiento y rendición de las pruebas, está a cargo de los solicitantes e interesados”.³⁷

2.7.1.4. Del consentimiento

El consentimiento de las partes es esencial, si no hay consentimiento, no puede haber autorización del notario, ya que él sólo puede actuar en asuntos en donde no existe contención entre partes de lo contrario, devendría en asunto litigioso cuya competencia es exclusiva de los tribunales.

2.7.1.5. De seguridad jurídica

Por la fe pública que tiene el notario, los actos que legaliza se tienen por ciertos, existe certidumbre o certeza. Como consecuencia, los actos autorizados en ejercicio de su función producen plena prueba ante terceros, salvo que se declare su nulidad por tribunal competente, tal como lo establece el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, que los documentos que un notario o funcionario público autorice en ejercicio

³⁷ Neri, **Ob. Cit.**; pág. 64.

de su cargo producen fe y hacen plena prueba, quedando a salvo el derecho que tienen las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad.

2.7.1.6. De autenticación

Se refiere a la firma y sello del notario, que deberá registrarse en la Corte Suprema de Justicia, ya que mediante ella el notario autoriza los documentos, los cuales se tienen por auténticos.

2.7.1.7. De fe pública

“En definitiva, puede perceptivamente afirmarse que la fe pública es un principio real de derecho notarial, pues viniendo a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta”.³⁸

2.7.1.8. De publicidad

Los actos que autoriza el notario son públicos, ya que mediante la autorización se hace pública la voluntad de una persona, con excepción de los testamentos y donaciones por causa de muerte, que se harán públicos hasta la muerte del otorgante. En lo referente a los asuntos de jurisdicción voluntaria, lo que se documenta y resuelve es público y se pueden expedir certificaciones, avisos, testimonios por el notario, este principio se manifiesta por:

- ◇ La necesidad de efectuar publicaciones, tanto en el diario oficial como en los de mayor circulación;
- ◇ La certificación notarial de la resolución, fotocopia o fotostática autenticada de la misma que el notario debe extender de la resolución, ya sea para la inscripción en el registro correspondiente o a petición del interesado; y,

³⁸ **Ibíd.**, pág. 366.

- ◇ La inscripción en los respectivos registros, los cuales son públicos y pueden ser consultados por cualquier persona.

2.7.2. Principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria

Los principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria, se encuentran contenidos en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, estos principios sirven de base y los mismos indican el procedimiento a seguir, siendo los siguientes:

- 2.7.2.1. Consentimiento unánime.
- 2.7.2.2. Actuaciones y resoluciones.
- 2.7.2.3. Colaboración de las autoridades.
- 2.7.2.4. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación, según el Decreto 25-97 del Congreso de la República, publicado el 12 de mayo de 1997 y con vigencia a partir del 20 de mayo del mismo año.
- 2.7.2.5. Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite.
- 2.7.2.6. Inscripción en los registros.
- 2.7.2.7. Remisión al Archivo General de Protocolos.

2.7.2.1. Consentimiento unánime

Para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación, manifiesta oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente. En estos casos el notario tendrá derecho a percibir los honorarios que se hayan pactado o lo que disponga al respecto el arancel. (Artículo 1 Decreto 54-77)

Este principio se considera el más importante, porque es claro en establecer que debe existir conformidad del o de los interesados, de lo contrario no cabría hablar de jurisdicción voluntaria, ya que el notario sólo actúa donde hay acuerdo de partes.

2.7.2.2. Actuaciones y resoluciones

Todas las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional, pero debiendo contener: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario, los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario. (Artículo 2 Decreto 54-77)

La norma transcrita indica la forma en que las actuaciones deben redactarse, y establece que se harán constar en acta notarial y para ello debe cumplirse con ciertos requisitos que preceptúa el Artículo 61 del Código de notariado. Las resoluciones notariales en cambio, según la norma que se analiza, serán redactadas de una manera discrecional, debiendo contener algunos requisitos o elementos mínimos.

2.7.2.3. Colaboración de las autoridades

Los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes; cuando no le fueren proporcionados después de requeridos tres veces, podrán acudir al juez de primera instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido. (Artículo 3 Decreto 54-77)

De acuerdo a este principio la administración pública adquiere el carácter de auxiliar para el notario, ya que éste puede solicitar en cualquier momento, la información que necesita para la mejor resolución de los asuntos notariales.

2.7.2.4. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación

En los casos que esta ley disponga, será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, la que deberá evacuarla en el término de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado. El notario podrá recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación en los casos de duda o cuando lo estime necesario. Cuando la opinión de la Procuraduría General de la Nación fuese adversa, el notario, previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución. (Artículo 4 Decreto 54-77)

Por disposición legal, el notario puede otorgar audiencia a la Procuraduría General de la Nación en tres casos:

- ◇ Los casos en que la ley lo disponga.
- ◇ En los casos de duda.
- ◇ En los casos en que el notario lo estime necesario.

En el primer caso, la audiencia es obligatoria, en los demás casos es opcional. En los casos en que la opinión de la Procuraduría General de la Nación es adversa, el notario debe comunicarlo a los interesados a través de la notificación, previo a remitir el expediente al tribunal que sea competente para que resuelva.

2.7.2.5. Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite

Esta ley es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación se permite en los siguientes Artículos sin perjuicio de que también puedan tramitarse ante notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil. Los interesados tienen opción a acogerse al trámite notarial o judicial, según lo estimen conveniente y, para la recepción de los medios de prueba, deben observarse los requisitos que preceptúa el Código Procesal Civil y Mercantil. En cualquier momento el trámite notarial puede convertirse en judicial o viceversa. En el primer caso el notario debe enviar el

expediente al tribunal que sea competente. En todo caso puede requerir el pago de sus honorarios profesionales. (Artículo 5 Decreto 54-77)

Este principio señala el campo dentro del cual los notarios pueden actuar de conformidad con la ley, aunque es preciso indicar que no todos los asuntos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, los puede tramitar el notario sino aquellos que aparecen expresamente autorizados para ello.

De igual manera da opción a los interesados de acogerse al trámite notarial o judicial, en todo caso, a los interesados asiste el derecho de acogerse a la vía que mejor les parezca. Asimismo, el trámite puede convertirse de notarial a judicial o viceversa, en cualquier momento, debiendo por supuesto, pagarse los honorarios al notario según lo que hubiere tramitado.

2.7.2.6. Inscripción en los registros

Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la certificación notarial de la resolución, o fotocopia o fotostática autentica de la misma. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado, por el notario, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado. (Artículo 6 Decreto 54-77)

Las certificaciones que se envían a los registros públicos, tienen como finalidad que el duplicado quede en los archivos de los registros, quedando constancia en los libros del asunto realizado y el original debe de ser devuelto por el registrador, debidamente razonado. Existen algunos expedientes que concluyen con escritura pública, en el cual el notario deberá extender el testimonio respectivo para la inscripción registral.

2.7.2.7. Remisión al Archivo General de Protocolos

Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive. (Artículo 7 Decreto 54-77)

No existe ninguna forma legal que fije plazo alguno, como tampoco existe sanción por el incumplimiento de la remisión de los expedientes.

2.8. Ausencia de la cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria

La cosa juzgada es definida como, “la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, entendiéndose por autoridad la necesidad jurídica de que lo fallado en las sentencias se considere como irrevocable e inmutable, ya sea en el juicio en que aquellas se pronuncien o en otro, y que la fuerza consiste en el poder coactivo que dimana de la cosa juzgada o sea en que debe cumplirse lo que ella ordena”.³⁹

Tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en negar autoridad de cosa juzgada material a las providencias o resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria, y ello demuestra hasta que punto es contraria a la jurisdicción dicha institución, más aun cuando los legisladores reservan a las partes su derecho para que utilicen el juicio ordinario correspondiente. Es la legislación guatemalteca no se reconoce la autoridad de cosa juzgada ni siquiera parcialmente, a las providencias o resoluciones de la jurisdicción voluntaria o sea que ellas son revocables.

2.9. Diferencias entre jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa

Couture, en fundamentos del derecho procesal civil estima que dentro del lenguaje jurídico se le dan al término jurisdicción cuatro acepciones: o se le utiliza refiriéndose a ámbito territorial, o se le usa como sinónimo de competencia, o como

³⁹ Pallares, **Ob. Cit.**; pág. 198.

poder de facultad, o bien se le da el significado preciso y técnico de función pública de hacer justicia.

El mismo autor la define en los términos claros y sencillos que caracterizan sus obras. Para él, jurisdicción es “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 determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.⁴⁰

A primera vista podemos observar que los elementos que caracterizan a la llamada jurisdicción voluntaria no se ajustan a la definición anterior, mas aún, la contradicen. Porque en los actos de jurisdicción voluntaria:

- ◇ No hay actos de juicio;
- ◇ No hay partes, consideradas éstas como actor y demandado;
- ◇ No se da un conflicto o controversia;
- ◇ Las decisiones que se pronuncian no tienen categoría de cosa juzgada.

“Es fundamental la reiteración de que la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción, por no comprender verdaderas actuaciones procesales. Para insistir en esta nota basta con poner de relieve que en la jurisdicción voluntaria no hay ninguna satisfacción de pretensiones procesales, porque no puede plantearse acerca de ella pretensiones procesales verdaderas. Además en la jurisdicción voluntaria no puede verse conflicto inter partes ni tampoco una protección, actuación o tutela coactiva de ningún derecho, subjetivo y objetivo”.⁴¹

La jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, es una de las divisiones comúnmente explicada por la doctrina y aceptada por los Códigos procesales. A la jurisdicción contenciosa se le caracteriza primordialmente por la existencia del

⁴⁰ Couture, **Ob. Cit.**; pág. 40.

⁴¹ Guasp, Jaime, **Derecho procesal civil**, pág. 1570.

contradictorio, o sea, la disputa de partes sobre determinado asunto, cuya resolución se persigue mediante la actividad de los órganos estatales. Sin embargo, se advierte que aun en la jurisdicción contenciosa no existe siempre contradictorio, como sucede en los casos de sumisión del demandado o de los juicios seguidos en rebeldía.

Por el contrario, lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión entre partes y la actuación de los órganos del estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley. Y así se pueden fijar sus caracteres de la siguiente manera:

- ◇ En la jurisdicción voluntaria 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 cual termina con un fallo pronunciado sobre el litigio.
- ◇ En la jurisdicción voluntaria, sus providencias o resoluciones son esencialmente revocables y modificables por el juzgador; en la jurisdicción contenciosa se persigue, principalmente, la cosa juzgada.
- ◇ En la jurisdicción voluntaria no hay controversia en el juicio el cual posee carácter declarativo; en la jurisdicción contenciosa hay controversia entre las partes, que requiere un juicio y una decisión.

CAPÍTULO III

3. El juez de primera instancia del ramo civil y su función dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria

3.1. Concepto de juez

El juez, se dice que es aquel que ejerce funciones jurisdiccionales. En otras palabras es el representante del poder judicial del Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional, o sea administrador de justicia.

Juez es la persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar, miembro de un jurado o tribunal nombrado para resolver una duda. En época bíblica, magistrado supremo del pueblo de Israel.

“Si la administración de justicia ha de conferirse a un solo juez o a un tribunal colegiado, no es cuestión que pueda resolverse doctrinariamente sino de acuerdo con las circunstancias, ante el juez único el procedimiento es más rápido, sencillo y económico, pero, en cambio, el peligro de errores es mayor y estimula la arbitrariedad; en cambio, ante el tribunal colegiado el procedimiento aparentemente se encarece y se hace más lento, el espíritu de emulación se suprime y se amortigua el sentido de responsabilidad, pero la justicia de la resolución está mejor protegida porque supone una deliberación entre sus miembros antes del pronunciamiento. Técnicamente el juez único ofrece menos garantías que el tribunal colegiado, pero un buen juez es preferible a tres malos jueces, lo que quiere decir que no es cuestión de número sino de calidades”.⁴²

⁴² Alsina, Hugo, **Tratado teórico y práctico de derecho civil y comercial**, págs. 134 y 135.

Los jueces son funcionarios del Estado, su función es permanente, ellos poseen sede estable, tienen su asiento dentro de una circunscripción determinada y sólo pueden ejercer su función jurisdiccional dentro de ese ámbito.

Las palabra juez es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia, pero los que desempeñan los cargos con autoridad superior, y más especialmente los que ejercen en los tribunales de alzada, se distinguen con los nombres de magistrados, ministros, y en algunas partes de América se les designa con el nombre de camaristas.

De acuerdo con la tradición jurídica y judicial de cada país, o la ausencia de una u otra, los sistemas para designación de los jueces varían mucho de uno a otro. En España es casi exclusivo el ingreso en la judicatura mediante severa oposición. En los Estados Unidos predomina el sistema de la elección, el menos científico para cargos de tal dificultad. En Sudamérica prevalece el libre nombramiento por el gobierno, dentro de letrados.

Todas las modernas constituciones se ocupan del poder judicial, aunque en lugar postrero dentro de las instituciones fundamentales del Estado. Se apresuran a proclamar la plena independencia de los jueces en sus funciones y quedar solamente sometidos a la ley, sin perjuicios de impunes atropellos apenas se desvían de las orientaciones personales de los poderes de hecho, a los que no dejan de rendir pleitesía y prestarles cierta absolución inicial con reconocimiento de su potestad para regir los destinos de un país, siempre que se atengan a mínimos principios de orden publico.

3.2. Definición de juez

“Es el funcionario judicial investido de jurisdicción para conocer, tramitar y resolver los juicios así como ejecutar la sentencia respectiva. La noción más generalizada del juez es la que ve en él a la persona encargada de administrar justicia”.⁴³

⁴³ Pallares, **Ob. Cit.**, pág. 460.

La palabra juez, trae su etimología de las latinas jus y dex, nominativo poco usado y contracción de vindex, como si dijera juris vindex, porque el juez es el vindicador del derecho o el que declara, dicta o aplica el derecho o pronuncia lo que es recto y justo. Es, pues, juez, la persona constituida con autoridad pública para administrar justicia, o la que ejerce jurisdicción con arreglo a las leyes, conociendo y dirigiendo el procedimiento de las causas civiles y criminales, y dictando sobre ellas las sentencias que crea justas.

La palabra juez en su acepción más generalizada, comprende también a los magistrados así como a los jueces de primera instancia, de paz, correccionales, etc., es decir, a todas aquellas personas que ejercen jurisdicción en los diversos grados del proceso, sea en materias civiles o penales. Algunos de ellos no tienen la potestad de ejecutar sentencias.

La misión del juez ha sido exaltada muchas veces porque la justicia que debe impartir es una de las virtudes más elevadas y más necesarias para la convivencia humana. La palabra justicia, es la palabra más santa que ha salido de los labios humanos. La noble misión que ha sido encomendada a los jueces al administrar justicia, es la misión más augusta y deliciosa, a él está encomendada la protección del honor, la vida y los bienes de los ciudadanos.

“Los jueces en la actualidad son funcionarios permanentes porque han desaparecido los tribunales por comisión, que se nombraban para conocer únicamente de determinados juicios, individualmente considerados. Son además sedentarios, en el sentido que tiene una sede fija, y no como acontece aun en Inglaterra, y acontecía en la época colonial en la nueva España, cuando los jueces se trasladaban de un lugar a otro para desempeñar sus funciones”.⁴⁴

⁴⁴ **Ibíd.**, pág. 461.

Los jueces de las naciones no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de la ley, como bien decía Montesquieu.

El juez es el que tiene autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar, y ejecutar, el fallo en un pleito o causa. Es la persona, un organismo nombrado para resolver una duda, una competencia o un conflicto.

“Juez, en sentido amplio llámese así todo miembro integrante del poder judicial, encargado de juzgar los asuntos sometidos a su jurisdicción. Tales magistrados están obligados al cumplimiento de su función de acuerdo con la Constitución y las leyes, con las responsabilidades que aquélla y éstas determinan. En sentido restringido, suele denominarse juez quien actúa unipersonalmente, a diferencia de los que actúan colegiadamente y que suelen llamarse ministros, vocales, camaristas o magistrados”.⁴⁵

El juzgador, en el momento en que se encuentra en funciones en el proceso, se presenta personificado en un determinado funcionario; pero de ordinario los funcionarios adscritos administrativamente a cada oficio son en número superior al necesario para constituir el órgano en el momento de su funcionamiento: así, por ejemplo, en tanto el oficio juzgador de la pretura se personifica, en el momento en que concretamente ejerce la jurisdicción en el proceso, en un solo magistrado, dispone la ley que la pretura está dirigida por el pretor titular y vicepretos honorarios; lo mismo ocurre con el tribunal, al cual pueden estar adscritos jueces en número mucho mayor que los necesarios para poder constituir en cada caso, en el proceso concreto, el órgano juzgador no colegiado, que en el proceso juzga con el número invariable de tres votantes. Hay que distinguir, pues, entre la invariable composición que debe tener el órgano judicial en el momento en que despliega sus funciones en el proceso, y su variable composición de cuerpo administrativo, determinada, de acuerdo con las exigencias del servicio, por el llamado turno orgánico de la magistratura, que a cada

⁴⁵ Ossorio, **Ob. Cit.**, pág. 522.

oficio judicial le asigna un cierto número de funcionarios, puestos bajo la dependencia administrativa de su jefe jerárquico.

“El juzgador puede estar compuesto por una sola persona física (juez único o monocrático), o por una pluralidad de personas físicas, que cooperan en forma tal, que sus actividades aparecen en el proceso como expresión de una voluntad unitaria (juez colegiado). En la ley, la palabra juez, que a veces se emplea en el sentido genérico de órgano judicial (como órgano complejo, comprensivo de los oficios ya considerados, por lo común, en el sentido de órgano juzgador, cualquiera que sea el número de personas físicas que lo componen en el momento en que ejerce la jurisdicción; también colegiado, compuesto por una pluralidad de personas físicas, es decir, por varios magistrados) es, en el lenguaje del Código, un juez, o sea, un oficio juzgador que jurídicamente constituye una unidad”.⁴⁶

El juez único o unipersonal es, el que ejerce de manera exclusiva las funciones que a un tribunal competen. Tal situación suele producirse en la primera instancia o en jurisdicciones a las que se confían asuntos de importancia reducida.

3.3. Juez de primera instancia del ramo civil

El juez de primera instancias, es el juez ordinario de un partido, distrito o región, que entiende en los asuntos civiles, donde dicta sentencia apelable ante la audiencia o cámara. Cuando falla en segunda instancia, en asuntos resueltos en primera por el juez municipal o de paz, sus fallos suelen ser firmes.

En España, los jueces de primera instancia se denominan asimismo de instrucción, por instruir el sumario, ya de oficio o a instancia de parte. Los jueces de esta clase, grado jerárquico de iniciación en la judicatura, mediante oposición, se dividen en tres clases, según la importancia de los juzgados o partidos: de entrada, de

⁴⁶ Calamandrei, **Ob. Cit.**, pág. 91.

ascenso y de término, cuya diferencia estriba tan solo en la retribución y en el trabajo, pero nunca en la jurisdicción ni en las atribuciones.

Los jueces de primera instancia verán por si mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias; mientras en las audiencias y en el tribunal superior, el relator o el secretario forma el correspondiente apuntamiento. Salvo que se trate de diligencias de mero trámite, en que sólo cabe el recurso de reposición ante el mismo juez, contra todos los autos y sentencias de los jueces de primera instancia cabe segunda instancia o apelación en uno o ambos efectos.

“El juez de primera instancia, es el juez que conoce de los juicios en primer grado de jurisdicción o sea en la primera instancia”.⁴⁷

3.4. Juez competente para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria

“Juez civil, es aquel que conoce de los juicios civiles. Se contrapone al juez penal o criminal, que conoce de los juicios penales”.⁴⁸

En general, el juez civil es, el que conoce asuntos contenciosos donde solo se ventilan intereses. En contraposición a los jueces que entienden en los fueros eclesiásticos, castrenses y otros, se denomina juez civil al que ejerce la jurisdicción ordinaria, tanto en asuntos civiles como en los criminales. En la primera de las acepciones, el juez civil de ahora es el juez de primera instancia. En el segundo significado coincide, según los países, con el juez de instrucción, con el correccional o con el del crimen.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el juez competente para el conocimiento de los asuntos que se tramitan en jurisdicción voluntaria, por disposición de la ley, es el juez de primera instancia, del ramo civil. Es él quien tiene competencia

⁴⁷ Pallares, **Ob. Cit.**, pág. 462.

⁴⁸ **Ibíd.** pág. 461.

para conocer y resolver de todos aquellos asuntos que por disposición de la ley o por solicitud de parte interesada, se requiera su intervención, en los asuntos de jurisdicción voluntaria, aquellos en donde no existe controversia alguna entre las partes.

3.5. Función del juez de primera instancia del ramo civil

La principal función de los jueces es conocer, resolver y sentenciar, con arreglo a las leyes, en los asuntos litigiosos civiles o penales o de otra naturaleza de que conoce, y eso es, a según el criterio, el verdadero sentido de la jurisdicción; pero también ejecutan actos que no suponen una controversia sino por el contrario se fundan en el acuerdo de las partes o en la inexistencia de un contradictorio, de donde se tiene, como ya se dijo, que la jurisdicción voluntaria es la facultad o la potestad conferida por el Estado a ciertos órganos jurisdiccionales para intervenir, a solicitud de uno o de varios interesados, de común acuerdo, en los casos en que les sean sometidos y estén previstos por la ley, con el fin de darles autenticidad y contribuir a la formación de situaciones jurídicas concretas, es decir que hay jurisdicción voluntaria cuando la intervención del juez solo tiene por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad.

La jurisdicción voluntaria se ejerce, ya sea por quienes están de acuerdo con el acto que se ejecuta o por solicitud de una persona a cuya contradicción no aparece ningún interés de tercero; no hay conflicto de intereses y la intervención del juez se concreta a satisfacer exigencias de orden público. En dicha jurisdicción hay uno o varios requirentes que solicitan la intervención del órgano jurisdiccional, sin que exista contradictorio.

3.6. La intervención del juez de primera instancia del ramo civil dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria

La intervención del juez de primera instancia del ramo civil, dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria, en forma genérica es la de conocer, tramitar y resolver los

asuntos que se le sometan a su consideración por disposición de la ley o por solicitud de parte interesada.

El juez de primera instancia es quien recibe el escrito de solicitud de determinado asunto de jurisdicción voluntaria y este conferirá audiencia a quien corresponda por medio de la notificación respectiva, de igual forma dicho juez podrá variar o modificar las providencias que dicte, sin sujetarse a los términos y formas establecidos para la jurisdicción contenciosa.

En determinados casos el juez mandara a realizar publicaciones en el diario oficial, cuando el caso lo amerite y así lo disponga la ley, de igual manera mandara a oír a la Procuraduría General de la Nación cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos o cuando se refiera a personas incapaces o ausentes.

Si el caso lo requiere y amerita la resolución final que emita el juez de primera instancia, será inscrita en el Registro Civil, para la mejor finalización del asunto respectivo. De todo lo actuado se le notificará a las partes interesadas correspondientes, para que tengan conocimiento del trámite y de la resolución emitida.

Es imperativo establecer que la intervención del juez de primera instancia, en los asuntos de jurisdicción voluntaria, se debe a la competencia que la Corte Suprema de Justicia le otorga, para el conocimiento de dichos asuntos, siempre y cuando sea por disposición de la ley o a solicitud de parte interesada.

3.7. Regulación legal

3.7.1. Constitución Política de la República de Guatemala

El Artículo 203, regula la independencia del Organismo Judicial y su potestad de juzgar, al establecer que; la justicia se imparte de conformidad con la Constitución misma y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad

de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.... La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

La norma referida es clara, al decir a quienes les corresponde la potestad de juzgar y como se ejerce la función jurisdiccional, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la jurisdicción voluntaria judicial, se ejerce con exclusividad por el juez de primera instancia del ramo civil.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República, establece en su Artículo 207 los requisitos que deben llenar los aspirantes a ocupar el cargo de jueces dentro del sistema jurídico, siendo estos los siguientes:

- ◇ Ser guatemalteco de origen;
- ◇ Ser de reconocida honorabilidad;
- ◇ Estar en el goce de sus derechos ciudadanos;
- ◇ Ser abogado colegiado.

La excepción al último requisito se da en relación a determinados jueces de jurisdicción privativa y jueces menores.

La función de juez es incompatible con cualquier otro empleo, con cargos directivos en sindicatos y partidos políticos, y con la calidad de ministro de cualquier religión. Es requisito previo, de acuerdo con la Constitución Política de la República, prestar juramento ante el Congreso de la República, antes de comenzar a desempeñar el cargo.

Los jueces son inamovibles, conservan sus empleos mientras dure el periodo por el cual fueron nombrados por la Corte Suprema de Justicia, el cual es de cinco años, mismo durante el cual no podrán ser removidos ni suspendidos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la ley, según lo establece la Constitución Política de la República en sus Artículos 208 y 209.

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

El Artículo 57, de este cuerpo legal establece que: la justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado....

El Artículo transcrito tiene íntima relación con la norma establecida en la Constitución Política de la República contenida en el Artículo 203, con lo cual queda establecido que los órganos jurisdiccionales están sujetos únicamente a la Constitución y a las demás leyes.

El Artículo 58, regula los órganos jurisdiccionales, al establecer que: la jurisdicción es única. Para su ejercicio se distribuirá en los siguientes órganos:

- Corte Suprema de Justicia y sus Cámaras.
- Corte de Apelaciones.
- Magistratura coordinadora de la Jurisdicción de menores y los tribunales de menores.
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- Tribunales de Segunda Instancia.
- Tribunales militares.
- Juzgados de Primera Instancia.
- Juzgados de Menores.
- Juzgados de paz o menores.
- Los demás que la ley establezca....

Es precisamente en el numeral siete en donde se encuentra al juzgado encargado de conocer, tramitar y resolver los asuntos de jurisdicción voluntaria, como lo

son los juzgados de primera instancia del ramo civil, estos son quienes por disposición de la ley tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver dichos asuntos, tal y como lo establece la norma citada con anterioridad. Tal como lo regula el Artículo 94 del mismo cuerpo legal, al decir específicamente que es la Corte Suprema de Justicia quien determinara la sede y distrito que corresponde a cada juez de primera instancia, fijándoles también la competencia que les corresponda, en razón de la materia, cuantía y territorio.

Dentro de las atribuciones de los jueces de primera instancia se encuentran, que deben de conocer de los asuntos de la competencia que les fue asignada; en este caso en específico el juez de primera instancia del ramo civil, tiene competencia para conocer los asuntos de jurisdicción voluntaria, de conformidad con la ley.

3.7.3. Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107

El Artículo 24 expresa que; para el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria, son competentes los jueces de primera instancia, de acuerdo con las disposiciones de este Código.

La norma es clara al establecer que la ley le otorga competencia específica a los jueces de primera instancia del ramo civil, para el conocimiento y resolución de los asuntos de jurisdicción voluntaria que sean sometidos a su consideración, ya sea por disposición de la ley o por solicitud de parte interesada, tal como lo establece el Artículo 401 del mismo Código.

Es de hacer notar que dentro del cuerpo legal referido, mas específicamente en sus Artículos 401 al 499 y 503 al 515, se encuentra todo lo relativo al trámite de jurisdicción voluntaria de los diversos asuntos en los cuales tiene competencia el juez de primera Instancia para su conocimiento, trámite y resolución.

CAPÍTULO IV

4. El dictamen

4.1. Concepto

El Dictamen es una opinión y juicio que se forma o emite sobre algo, el dictamen es el consejo emitido por alguien. El dictamen en una opinión o criterio.

“Dictamen significa el estudio jurídico o técnico sobre un expediente o asunto determinado, el cual es emitido por una persona versada en la materia que se trate”.⁴⁹

“Los dictámenes son actos jurídicos de la administración emitidos por órganos competentes que contienen informes y opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa”.⁵⁰

Se trata de actos jurídicos de la administración, no de actos administrativos, con efectos mediatos, indirectos, que constituyen declaraciones internas de juicio u opinión; emitidos por órganos a los cuales el ordenamiento jurídico en forma expresa o razonablemente implícita ha asignado la función administrativa específica de emitir opiniones o pareceres técnico-jurídicos, que contienen informes (mero relato y exposiciones de los hechos sin valoración axiológica) u opiniones (juicio que importa una apreciación valorativa); técnico-jurídicos, se busca la opinión especializada que puede ser técnica, jurídica o técnica y jurídica; preparatorias de la voluntad administrativa, el dictamen forma parte de los trámites sustanciales previos a la emisión de la voluntad, integran el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad estatal. Los órganos consultivos no deciden, sino que se limitan a asesorar, aconsejar,

⁴⁹ Calderón Morales, Hugo H., **Derecho administrativo I**, pág. 28.

⁵⁰ Farrando Ismael, y R. Martínez, Patricia, **Manual de derecho administrativo**. pág. 268.

formando una declaración de juicio u opinión que no obliga, en principio, al órgano ejecutivo decisorio; ni extinguen o modifican una relación de derecho con efectos respecto de terceros.

La vastedad, variedad y complejidad cada vez mayores de la actividad administrativa, hace necesaria la colaboración y apoyo de órganos de consulta, que en la actualidad han pasado a integrar definitiva y permanentemente el aparato administrativo, hasta se habla de administración consultiva.

“Órganos de consulta son aquellos que cumplen una función que se traduce, generalmente, en emitir una opinión de carácter técnico, destinada a asesorar a los órganos de la administración activa, preparando de este modo su acción, al facilitarle elementos de juicio que sirvan de base para la formación de la voluntad del órgano llamado a pronunciarse. Esta función consultiva constituye una actividad preparatoria y se la ejerce mediante dictámenes que, conceptualmente, constituyen actos jurídicos, actos simples de la administración –no actos administrativos-, emitidos por órganos competentes y que contienen informes y opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa. Son juicios que la administración manifiesta por intermedio de sus órganos o funcionarios, sobre determinadas cuestiones”.⁵¹

4.2. Definición

El dictamen es el parecer que emite la autoridad, funcionario u organismo distinto de aquel a quien le corresponde dictar la resolución o propuesta de resolución, respecto de las pretensiones, los hechos o los derechos que sean objetos del expediente y sirvan para proporcionar los elementos de juicio necesarios para la adecuada resolución. Los dictámenes son meramente juicios que la administración expresa por medio de sus órganos o funcionarios, sobre cuestiones determinadas. Las opiniones vertidas no obligan al órgano que debe resolver, el cual puede decidir de distinto modo. A veces, cuando resuelve en contra de los dictámenes producidos, se exige que la

⁵¹ Fernández V. Emilio, **Diccionario de derecho público**. pág. 240

decisión sea fundada o, tratándose de órganos colegiados, que se obtenga una mayoría especial.

“El dictamen es la opinión o consejo de un organismo o autoridad acerca de una cuestión. Parecer técnico de un abogado sobre un caso que se consulta; en especial, cuando se concreta por escrito”.⁵²

Los dictámenes son actuaciones suministradoras de importantes datos a efecto de la resolución final y cuya realización corresponde normalmente a la administración. Debe solicitarse en todo caso la emisión de aquellos que sean prescritos por disposiciones legales y los que, aun no teniendo dicho carácter, se consideren necesarios para resolver, citando el precepto que los exija, en el primer caso, o fundamentando la conveniencia de reclamarlos, en el segundo caso, y especificando el extremo o los extremos sobre los que desea la formulación de juicio, en ambos supuestos.

La actividad estatal es tan amplia y compleja que los órganos estatales que ejercen la administración activa para poder decidir acertadamente necesitan, en la mayoría de los casos, de la colaboración de órganos de consulta técnicos y profesionales. La función administrativa que ejercen estos órganos de consulta es preparatoria de las decisiones de los órganos que ejercen la administración activa y se manifiestan por medio de informes periciales, contables, técnicos y opiniones jurídicas denominadas genéricamente dictámenes.

La actividad administrativa consultiva presenta ciertas características jurídicas propias, a saber:

- ◇ El órgano consultivo no actúa de oficio o espontáneamente, sino a requerimiento de un órgano activo,
- ◇ Las opiniones se emiten para casos concretos, y no para casos abstractos o hipotéticos,

⁵² Ossorio, **Ob. Cit.**, pág. 329.

- ◇ El dictamen jurídico es requisito esencial previo a la emisión del acto administrativo cuando:
 - Se pudieran con él afectar derechos subjetivos o intereses legítimos;
 - En caso de conflictos de competencia y,
 - Previo a la resolución de los recursos administrativos que interpongan los administradores.

“El dictamen jurídico se define como la opinión manifestada por un abogado en determinada materia jurídica. El dictamen jurídico se requiere al abogado, quien no opina de oficio sino por solicitud”.⁵³

El fundamento de todo dictamen es la independencia de criterio. El abogado opinará con libertad, orientado por su ética personal y sus conocimientos jurídicos. En la administración pública se acostumbra decir: el dictamen sienta criterio. A causa de esta afirmación, el abogado verdaderamente responsable funda su criterio en la investigación y el estudio jurídico. El buen dictamen se fundamenta, además, en la cultura y experiencia del abogado.

4.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del dictamen está entre establecer si el mismo es un acto administrativo o no lo es. Desde este punto de vista, se puede decir que el dictamen no es un acto administrativo porque no produce efectos jurídicos, lo que produce los efectos jurídicos es la resolución final y notificada a los particulares. Por lo anterior se considera al dictamen un hecho administrativo, siendo este en principio todo acontecimiento del cual surgen o se producen efectos, no jurídicos. Desde el punto de vista de su naturaleza, los actos administrativos se pueden clasificar en las categorías ya conocidas de actos materiales y actos jurídicos, siendo los primeros los que no producen ningún efecto de derecho y los segundos los que sí engendran consecuencias jurídicas.

⁵³ Castillo G., Jorge M, **Derecho administrativo.** pág. 426.1

El dictamen tiene por fin facilitar ciertos elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa. El dictamen forma parte de los actos previos a la emisión de la voluntad y se integra como una etapa de carácter consultivo-deliberativo en el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad estatal.

Los actos consultivos son meramente preparativos de la voluntad administrativa. No constituyen un acto administrativo en sentido estricto en tanto no producen un efecto jurídico mediato, sino que posiblemente tendrán un efecto jurídico a través del acto administrativo que se dicte posteriormente.

4.4. Características del dictamen

El dictamen se caracteriza por ser:

- ◇ Preparatorio, es decir, anterior y previo a la emisión de la voluntad para facilitar su formación;
- ◇ Indelegable, siendo la competencia improrrogable, las excepciones deberán estar establecidas expresamente por Ley;
- ◇ Irrevocable, a menos que adolezca de graves vicios jurídicos,
- ◇ Irrecurable, salvo expresas excepciones.

La forma normal de exteriorización de los pareceres o dictámenes, es la escrita aunque nada impide que puedan evacuarse oralmente. En cuanto a los requisitos de forma que deben cumplir estos actos, además de los comunes a toda la actividad administrativa, ellos figuran normalmente enunciados en las normas de procedimiento administrativo y se relacionan con la indicación de fecha, lugar, resumen de la cuestión objeto de la consulta, opinión fundada y conclusiones. No se requiere publicación ni notificación; sólo basta el conocimiento del órgano que solicitó la propuesta o dictamen. Por otro lado los dictámenes son públicos para las partes y terceros con interés jurídico en el procedimiento, por lo que no pueden, en principio, ser declarados reservados. Respecto de su alcance no vinculan al órgano decisorio; ni extinguen ni modifican una relación de derecho con efectos respecto de terceros.

“Los dictámenes deber ser emitidos en el plazo fijado para el efecto, de suerte que su no evacuación en tiempo permite a la administración actuante, aun cuando se hubieran solicitado de otra administración distinta y para la incorporación al procedimiento del punto de vista de ésta desde su esfera competencial, proseguir las actuaciones hasta su terminación, así como desconocer, es decir, no tener en cuenta, los emitidos fuera de plazo. La regla así formulada vale con independencia del carácter del dictamen requerido y tiene una sola excepción: la integrada por el supuesto de dictámenes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento. En tal supuesto, la administración actuante queda habilitada, que no obligada, para interrumpir el plazo de los trámites sucesivos y, con ello, la tramitación del procedimiento, hasta la emisión del dictamen”.⁵⁴

Los dictámenes, por principio general, no son impugnables por recursos administrativos ni judiciales, aunque adolezcan de algún vicio. En efecto, es condición necesaria para la interposición de recursos administrativos la existencia de un acto productor de efectos jurídicos inmediatos. Los actos preparatorios de una posterior decisión son declaraciones internas que no causan perjuicio directo al administrado, careciendo éste, consecuentemente, de interés directo de impugnación actual. No obstante, nada impide que se pueda impugnar el acto administrativo que omitió el dictamen o que se dictó en su consecuencia, en razón de estar viciado por alguna causal.

4.5. Clases de dictamen

En la doctrina existen 3 clases de dictámenes:

- ◇ Facultativo.
- ◇ Obligatorio.
- ◇ Vinculante.

⁵⁴ Jiménez-Blanco, A y Ortega Álvarez, L., **Manual de derecho administrativo**. pág. 450.

4.6. Dictamen facultativo

Esta clase de dictamen es potestativo, es aquel que se puede hacer u omitir libremente y sin consecuencias desfavorables en ninguno de los supuestos.

Este dictamen es aquel a través del cual el administrador queda en libertad de pedirlo, la ley no obliga a pedirlo ni a que el administrador tenga que basar su actuación o resolución final en el dictamen.

“Son aquellos que la administración no esta obligada a requerir, pero puede voluntariamente solicitarlos y aceptar o no sus conclusiones”.⁵⁵

En el trámite de los asuntos de jurisdicción voluntaria, en los casos en que la ley no manda a oír a la Procuraduría General de la Nación, el notario o el juez de primera instancia del ramo civil, pueden solicitar opinión de la misma, quien emitirá su dictamen respectivo, tal es el caso del notario que teniendo duda o cuando lo estime necesario recabará la opinión de la Procuraduría General de la Nación, según lo establece el Artículo 4 de la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria (Decreto número 54-77 del Congreso de la República), en este caso se esta hablando de un dictamen facultativo.

4.7. Dictamen obligatorio

El dictamen obligatorio es aquel cuya realización constituye un deber normativo establecido. En este dictamen la ley obliga a que el administrador requiera el dictamen pero no obliga a que en la decisión se tome obligadamente el contenido del mismo.

“Los órganos activos están obligados a requerirlos por imposición del orden normativo, pero no están obligados a conformarse con ellos. Son cuasi-vinculantes, es obligatorio solicitar el parecer, y facultativo el ser o no consecuente con él”.⁵⁶

⁵⁵ Farrando, y Martínez, **Ob. Cit.**, pág. 269.

4.8. Dictamen vinculante

Este dictamen es el que la ley obliga a pedirlo al órgano consultivo y también obliga a basar su resolución o acto administrativo en el mismo. Esta clase de dictámenes es cuestionable, por cuanto la responsabilidad en las decisiones administrativas es del administrador y da la impresión que si los dictámenes fueran todos vinculantes no le queda al órgano con competencia la decisión sino quedaría en manos del consultor la decisión final y sin ningún tipo de responsabilidad frente a particulares.

“La ley impone la obligación del órgano activo de requerir el dictamen y también de conformar su voluntad a sus conclusiones. La vinculación es absoluta, porque obliga a actuar y resolver en el sentido informado. Este tipo de dictámenes conforma un acto complejo de la administración y es, en general, desestimado por la legislación y la doctrina, en virtud de que excede el alcance consultivo que naturalmente debería ostentar. En efecto, sustituye la voluntad del órgano ejecutivo con competencia para decidir, por la del órgano consultivo sin facultades decisorias. Por ello, los dictámenes vinculantes sólo serán viables excepcionalmente y cuando estén previstos en forma expresa”.⁵⁷

El licenciado Calderón, en su libro de derecho administrativo, dice que “esta clase de dictámenes no existe en Guatemala, por las razones apuntadas, únicamente se da el caso de los dictámenes facultativos y los obligatorios”.⁵⁸

Dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria, tramitados ante notario la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria (Decreto número 54-77 del Congreso de la República), en su Artículo 4 establece que será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, la que deberá de

⁵⁶ **Ibíd.**, pág. 270.

⁵⁷ **Ibíd.**

⁵⁸ Calderón, **Ob. Cit.**, pág. 29.

evacuarla en el plazo de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado, en el caso de que el trámite se lleve ante juez de primera instancia del ramo civil, el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto-ley 107), en su Artículo 403 establece que se oirá a la Procuraduría General de la Nación, cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y cuando se refiera a personas incapaces o ausentes.

En ambos casos es obligatorio recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación, misma que emitirá su dictamen en relación al asunto consultado, y es este dictamen que adquiere carácter de vinculante, debido a que tanto el notario como el juez de primera instancia del ramo civil, deben de basar su resolución en la opinión emitida por dicha institución, en casos concretos.

4.9. El dictamen en la administración pública

Los actos administrativos se clasifican en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado, y el acto discrecional. El primero es el acto que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho. En esta clase de actos la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente sino también si ésta debe actuar y como debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo de no dejar margen a diversidad de resoluciones según la apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias del caso.

Por el contrario, los actos discrecionales tienen lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación. Por lo general, de los términos mismos que use la ley se podrá deducir si ella concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional.

Los actos internos de la administración pública, comprenden medidas de orden y disciplina para el funcionamiento de las unidades burocráticas, igualmente abarcan las reglamentaciones para los procedimientos o trámites que deben observarse en los despachos de los asuntos, imponiendo la necesidad de estudios previos, de consulta a los departamentos legales, médicos y, en general, a los departamentos técnicos, etc., pero se debe tener presente que esos actos de procedimiento sólo tienen el carácter de actos internos, cuando ellos no estén establecidos como una garantía para los particulares, sino solamente estén prescritos en interés del buen orden administrativo.

En la administración pública, el dictamen es un instrumento por medio del cual se da el estudio jurídico o técnico de un asunto determinado, mismo que es emitido por el órgano consultor o unidad de dictámenes, creado para el efecto en cada uno de los organismos que conforman la administración pública. El objeto del dictamen es recabar un parecer técnico o una opinión, previamente a emitirse la resolución administrativa que resuelva algún asunto en concreto. Dentro del conjunto de actividades que desarrolla la administración pública, se encuentra que en cada una de ellas es necesario recabar la opinión del departamento de consultoría respectivo para fundamentar la resolución administrativa. En el vasto conjunto de leyes que regula la actividad administrativa del Estado, se observa que casi, por no decir siempre, es necesario recabar la opinión técnica previo a resolver un expediente administrativo, y es aquí en donde evidenciamos la diversidad de dictámenes que existen, tales como el obligatorio, el facultativo y el vinculante, mismos que ya se expusieron con anterioridad.

CAPÍTULO V

5. La Procuraduría General de la Nación y su intervención en los asuntos de jurisdicción voluntaria

5.1. Antecedentes históricos

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

El 11 de marzo de 1921 fue emitido por la Asamblea Nacional Constituyente el Decreto número 7, en el Artículo 11, numeral 11 del inciso e), que reformo el Artículo 52 de la Ley Constitutiva de la República emitida en el año de 1879 y se indicaba en forma genérica las atribuciones y funciones que se asignaban al cargo por dicha disposición legal, se crea el Procurador General de la Nación y jefe del Ministerio Público, así como a las correspondientes a la institución, la que no estaba organizada, sino que una ley especial establecía el desarrollo de los asuntos relativas a la materia. El 31 de mayo con motivo del auge que se dio en el derecho se emitió el Decreto número 1618, creándose la ley del Ministerio Público, estableciéndose los lineamientos fundamentales para dar inicio a la organización de la institución ya que antes no estaba organizada. El Ministerio Público dependería del Organismo Ejecutivo por conducto de la secretaria del Estado en el despacho de gobernación y justicia.

Desde el año de 1929 a los agentes auxiliares del Ministerio Público, se les identificó con esa denominación, fue hasta el nueve de septiembre de 1931 en que por acuerdo sin número del Presidente de la República, Jorge Ubico Castañeda, que se organiza el Ministerio Público, integrado por un Procurador General y un agente auxiliar quedando a los síndicos municipales ejercer el cargo de representantes de la institución en las cabeceras departamentales.

Mediante Decreto gubernativo número 1187 de 23 de octubre de 1931, se dispuso que el Procurador General y los agentes auxiliares del Ministerio Público, actuaran en representación de los intereses del fisco bajo la dependencia y el control directo e inmediato de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público (ahora Ministerio de Finanzas Públicas). Como producto de la innovación revolucionaria y los nuevos enfoques dados a la organización gubernamental, se creó una nueva ley que regiría a la institución del Ministerio Público unida a la Procuraduría General de la Nación, se emitió el Decreto 512 del Congreso de la República, Ley orgánica del Ministerio Publico de fecha 25 de mayo de 1948, en la que se designó que al frente de la institución estaría el Procurador General de la Nación, jefe del Ministerio Público.

“Fue la Constitución de la República de Guatemala de 1945, en su Artículo 165 quien hizo una breve referencia a que una ley organizara el Ministerio Público, posteriormente, el 25 de mayo de 1948, se emitió el Decreto número 512, como se menciono anteriormente, y así se cumplía con las disposiciones de organizar esta institución de la siguiente manera: una sección de procuraduría, una sección de fiscalía y una sección de consultoría”.⁵⁹

La Constitución que decretó la Asamblea Constituyente del año 1956, mantiene un precepto semejante a la de la anterior, e indica que: “una ley organizará el Ministerio Público y determinará sus atribuciones y funcionamiento”. El mandato referido no habría surtido sus efectos, toda vez que esa ley ya existía, -el Decreto 512-, cuyas disposiciones alcanzarían rango constitucional en la carta fundamental de 1965, cuyo

⁵⁹ Prado, Gerardo, **Derecho constitucional guatemalteco**. pág. 154.

Artículo 221 expresa: “las funciones del Ministerio Público serán ejercidas por el Procurador General de la Nación, quien tendrá los agentes auxiliares e investigadores que la ley determine. El Procurador General será nombrado por el Presidente de la República escogiéndolo de una terna que le proponga el Consejo de Estado”.

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

Con fecha 12 de mayo de 1994, se crea el Decreto Número 40-94 del Congreso de la República, ley orgánica del Ministerio Público, en donde se regula de manera especial a la institución del Ministerio Público. Dicho cuerpo legal deroga la sección de fiscalía, que se encontraba regulada en el Decreto número 512, continuando este último vigente, en cuanto a sus secciones de procuraduría y consultoría.

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

5.2. Concepto de Procurador General de la Nación.

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

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

Para Cabanellas, Procurador es “el apoderado o representante. Mandatario. Quien con facultad recibida de otro actúa en su nombre”.⁶⁰

“En Argentina se denomina Procurador General de la Nación al magistrado que ejerce la jefatura del Ministerio Público y fiscal, y que dictamina en los asuntos que se tramitan ante la Suprema Corte de Justicia”.⁶¹

5.3. Definición de la Procuraduría General de la Nación

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

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

El Procurador General de la Nación es el mandatario del Estado, ejerce funciones de Procuraduría o sea de representación, por lo que sus gestiones van encaminadas a representar intereses del Estado, en el caso del Procurador General de la Nación es el Estado quien le delega estas representaciones, tal como lo establece la Constitución Política de República.

⁶⁰ Cabanellas, **Ob. Cit.**, tomo V. pág. 441.

⁶¹ Ossorio, **Ob. Cit.**, pág. 779.

La Procuraduría General de la Nación, es el bufete del Estado, su abogado es el Procurador General de la Nación, su representante; es el abogado, asesor y consultor de todos los órganos de la administración pública, es decir del Organismo Ejecutivo. Por lo tanto sus funciones provienen de la Constitución Política de la República, aunque no se define de qué organismo del Estado depende.

La Procuraduría General de la Nación es de origen constitucional. La Constitución Política de la República define su naturaleza, funciones y competencias, por su estructura: es burocrática o unipersonal, por que la misma se confía a un titular es decir, el Procurador General de la Nación. Por sus efectos: es un órgano consultivo y de procuración judicial, prejudicial y contractual. Por el ámbito territorial de su competencia es nacional, dado que sus funciones se extienden en todo el territorio de la República. Por ende la Procuraduría General de la Nación es una institución jurídica y administrativa, ya que en virtud de un poder otorgado constitucionalmente, está facultada para actuar en nombre del Estado, ejerce la personería de éste, protege sus intereses jurídicos, defendiéndolo procesalmente. Es el órgano asesor máximo de toda la administración pública para que su actuación se sujete a derecho.

5.4. La Procuraduría General de la Nación como ente encargado de la representación del Estado

La representación equivale a la autoridad para representar al Estado o a cualquiera de sus organizaciones, tales como los Ministerios de Estado, la Contraloría General de Cuentas, el Tribunal Supremo Electoral, la Superintendencia de Administración Tributaria entre otros. Dicha representación es legal si la otorga o la reconoce alguna norma jurídica. Esta norma puede ser constitucional, legal o reglamentaria.

La Constitución Política de la República establece que el Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado. “Ejercer representación significa que la persona individual que ocupa el puesto de Procurador General de la Nación, practicará

determinadas decisiones o actividades jurídicas en nombre del Estado de Guatemala, en documentos y hechos que se relacionan con el Estado, o que interesan al Presidente de la República, quien efectúa el nombramiento. La Constitución no incurre en el vicio usual de calificar la representación legal, como si el funcionario representara a la ley, la cual, como tal, carece de representación. La Constitución limitó la representación del Procurador General a funciones de asesoría y consultoría, no de oficio porque ésta, significa ejercer representación en cualquier caso, sino por disposición de la ley orgánica de la Procuraduría General de la Nación, por requerimiento de otras organizaciones públicas o por instrucciones del Presidente de la República”.⁶²

Dentro de las funciones que le corresponde a la Procuraduría General de la Nación está la de representar al Estado, misma que le corresponde por disposición constitucional al Procurador General quien a su vez es el jefe de la Procuraduría General de la Nación, y es nombrado por el Presidente de la República, pudiendo él también removerlo por causa justificada debidamente establecida; entre ellas, cuando se conduzca durante sus labores en forma inmoral, acuda a injuria, calumnia o vías de hecho en la direcciones de sus labores, cuando cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del Estado, cuando falte a la debida discreción según su cargo, etc. Esencialmente el propósito de la Procuraduría General de la Nación es ejercer la representación del Estado y ser el instrumento de asesoría y consultoría para los órganos y entidades estatales; es así como la Constitución Política de la República le otorga sus funciones así como establece que su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

Uno de los objetivos fundamentales de la Procuraduría General de la Nación, es el de ejercer la representación del Estado que implica defender y sostener los derechos de la Nación en todos los juicios en que fuera parte, de acuerdo con las instituciones del ejecutivo y promover la oportuna ejecución de las sentencias que dicten ellos.

⁶² Castillo, **Ob. Cit.**, pág. 198

5.5. Funciones y atribuciones de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo las funciones de asesoría y consultoría, de los órganos y entidades estatales, según la Constitución Política de la República de Guatemala. Dicho cuerpo legal une ambas funciones; ahora bien desglosándolas para su mayor comprensión, se tiene la palabra asesor definida por Ossorio de la siguiente forma: “en sentido general, quien asesora. Más concretamente, el letrado que por razón de oficio aconseja o ilustra con su dictamen a un juez lego. Análoga función de los abogados con relación a sus clientes, para orientarlos en cuanto a sus derechos y obligaciones y acerca de la conducción judicial o extrajudicial de asuntos contenciosos, o no en la esfera jurídica”.⁶³

Se observa como el aludido autor define consultor: “el que evacua una consulta. También el que la plantea, al que menos equívocamente se le llama consultante. En opinión de la Academia, cada uno de los individuos no investidos con la dignidad cardenalicia que con voz y o voto forman parte de algunas de las congregaciones de la curia romana, ya por razón de sus cargos, ya elegidos por el Sumo Pontífice”.⁶⁴

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

Como atribuciones de la Procuraduría General de la Nación encontramos que ejerce la personería de la Nación, intervenir si así lo dispone el ejecutivo y conforme a las instrucciones de éste, en los negocios en que estuviere interesada la Nación, formalizar los actos y suscribir los contratos que sean necesarios a tal fin, cumplir con los deberes de defensa de los ausentes, menores e incapaces, asesorar jurídicamente a la administración pública en todos los casos que aquella consulte o intervenir en todos los negocios que las leyes determinen.

⁶³ Ossorio, **Ob. Cit.**, págs. 90 y 91.

⁶⁴ **Ibíd.** pág. 214 y 215.

5.6. Función asesora de la Procuraduría General de la Nación

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

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

5.7. Función consultora de la Procuraduría General de la Nación

La consultoría es otra de las funciones elementales de esta institución y la que cumple cuando diversos órganos piden opinión, sobre un asunto que requiere la resolución del gobierno. Emite dictámenes o providencias en casos en los cuales el Estado tenga interés directo o indirecto. Aprueba, reprueba, rectifica o modifica los dictámenes enviados por las secciones jurídicas de los Ministerios y organismos del Estado. Aclara, por petición o de oficio, dudas respecto a la legalidad o ilegalidad de acciones emprendidas o por emprender por los organismos del Estado. Y evacua audiencias en el trámite de recursos administrativos.

Como se indica, esta función de la Procuraduría General de la Nación tiene íntima relación con la función de asesoría, toda vez que ambas se complementan, razón por la cual dentro de esta función se aprueban o no, ratifican o modifican los dictámenes sometidos a consulta y emitidos por los abogados asesores de los órganos del Estado. De igual manera se emiten opiniones en los casos en que por imperio legal

debe oírse a la Procuraduría General de la Nación, tal es el caso de la jurisdicción voluntaria.

El Artículo 36 del Decreto número 512, del Congreso de la República regula: “Se considerarán como abogados consultores permanentes de la institución, todos aquellos que a cualquier título de asesoría trabajen en los Ministerios y dependencias del Ejecutivo, ya sea en oficinas jurídicas o en departamentos legales o consultivos. Se exceptúan los Consejos Técnicos, aunque estén integrados por abogados”.

Así mismo el Artículo 37 de dicho Decreto regula: “Los ministerios y oficinas que tengan abogados consultores a su servicio lo harán saber a la Procuraduría General de la Nación para que éste los incorpore a su Sección de Consultoría, sin necesidad de acuerdo o nombramiento especial. Serán considerados como funcionarios auxiliares de la institución y devengaran los sueldos o remuneraciones que le seas asignados en el Ministerio u oficina donde trabajen y en los cuales continuarán fungiendo”.

El Artículo 38 del mismo cuerpo legal establece: “Cuando un Ministerio o dependencia del Ejecutivo requiera opinión consultiva de carácter jurídico, mandará pasar el asunto de que se trate a su abogado consultor y, si no lo tuviere, a la Sección de Consultoría. En el primer caso el abogado consultor extenderá y suscribirá su dictamen a nombre de la institución y lo pasará al visto bueno del Procurador General. En el segundo, emitirá dictamen el Procurador General, el Jefe de la Sección o el abogado consultor que aquél designe. Todo dictamen deberá acompañarse de una copia firmada para el archivo de la Procuraduría General de la Nación y, si no fuere emitido por el Procurador General deberá llevar su visto bueno”.

En los Artículos citados se establece que todos aquellos abogados que desempeñen funciones de consultoría en los Ministerios y en las dependencias del Ejecutivo, exceptuando los Consejos Técnicos, tendrán que hacerlo saber a la Procuraduría General de la Nación, para que sean incorporados a la Sección de Consultoría, lo cual les dará el carácter de funcionarios auxiliares de la institución, para

que cuando se les solicite opinión en un caso en particular, lo tramiten en forma directa sin necesidad de enviarlo a la Sección de Consultoría, salvo el caso de que no existieren abogados consultor en dicha dependencia.

5.8. Situación actual del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación

El Congreso de la República aprobó en noviembre de 1993, algunas reformas a la Constitución que fueron ratificadas en consulta popular efectuada en enero de 1994. Entre las reformas constitucionales se separó a la Procuraduría General de la Nación del Ministerio Público, quedando delimitadas las funciones de cada institución.

Respecto al Ministerio Público el Artículo 251 de la Constitución Política de la República reformado en su contenido expresa que es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, que posee autonomía en cuanto al ejercicio de sus funciones, tiene como finalidad velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país; es al Fiscal General a quien corresponde llevar la dirección del Ministerio Público, asimismo se le atribuye como cargo específico el ejercicio de la acción penal pública.

Su organización y funcionamiento se rige por la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto número 40-94, del Congreso de la República. Prácticamente las funciones que antes tenía el Ministerio Público, quedaron divididas, correspondiéndole conocer de los asuntos penales en exclusivo.

Por su parte el Artículo 252 de la Constitución Política de la República, también reformado en su contenido, regula a la Procuraduría General de la Nación como una institución única, y le asigna las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. El ejercicio de la representación del Estado se le atribuye al Procurador General de la Nación. Su organización y funcionamiento como institución independiente del Ministerio Público se rige por el Decreto número 512 del Congreso de

la República, Ley Orgánica del Ministerio Público, ley que antes regía al Ministerio Público que quedó derogada parcialmente en lo que a la sección de fiscalía se refiere.

Asimismo, las funciones de la Procuraduría General de la Nación se encuentran dispersas a la legislación nacional de naturaleza diversa (civil, familiar, etc.), se encuentran disposiciones legales que hacen referencia al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), por lo que se recarga con obligaciones y funciones que devienen extrañas a la función que se le han asignado por virtud de la reforma constitucional. La referencia al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) en varios cuerpos de leyes provocó incertidumbre y confusión para la interpretación de dichas disposiciones. Ante tal situación el Congreso de la República emitió el Decreto número 25-97, por el cual se establece que, salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo correspondiente a la ley de amparo y exhibición personal y de constitucionalidad y en la propia ley orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación.

5.9. Intervención de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos de jurisdicción voluntaria

Efectivamente además de la intervención del notario como profesional del derecho, a quien se le ha atribuido la función de tramitar asuntos de jurisdicción voluntaria en sede notarial por disposición de la ley, o en los juzgados de primera instancia del ramo civil cuando así lo permita la ley, y la del requirente o requirentes que son los que solicitan la actuación del notario poniéndose así en práctica el principio de rogación, mediante el cual el notario puede poner en marcha dicha actuación, también interviene la Procuraduría General de la Nación, que como se ha indicado, se considera una institución auxiliar de la administración pública que actúa con independencia del Ministerio Público, y aunque la Constitución Política de la República no establece a que institución corresponde el conocimiento de la jurisdicción voluntaria, al expresar que el Ministerio Público es el encargado de la persecución penal pública, la

costumbre se ha impuesto y con base en lo preceptuado en los Artículos 251 y 252 de la Constitución Política de la República ha quedado a la Procuraduría General de la Nación conocer dichos asuntos.

Sin embargo, el Decreto número 25-97 del Congreso de la República, publicado el 12 de mayo de 1997 y que ha entrado en vigencia a partir del 20 de mayo del mismo año, viene a aclarar lo establecido en los Artículos 251 y 252 de la Constitución Política de la República, estableciendo en su Artículo 1 que toda norma legal o reglamentaria que se refiera al Ministerio Público, se debe entender que se refiere a la Procuraduría General de la Nación, con excepción de lo relativo a materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo correspondiente a la ley de amparo y exhibición personal y de constitucionalidad y en la propia ley orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 207, en el libro IV, dentro de los que se han denominado procesos especiales, la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República, y la Ley de rectificación de área, Decreto-ley número 125-83, regulan en su cuerpo legal la intervención de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación reviste especial importancia en la jurisdicción voluntaria, su intervención es imprescindible, ya que representa intereses y derechos de los particulares dentro de la sociedad y de los del Estado, y por ende debe velar por que se cumpla con lo establecido en la ley. El notario está obligado a presentar el expediente respectivo a la Procuraduría General de la Nación, quien para el efecto debe emitir su dictamen en el asunto, en que por disposición de la ley se solicita su intervención, o en el caso que el notario considere pertinente recabar opinión por motivos de duda o cuando lo estime necesario.

Las leyes que fundamentan la intervención de la Procuraduría General de la Nación, hacen alusión al término audiencia, que proviene del verbo audire; que

significa: “el acto de oír a un juez o tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas. Recepción del soberano o autoridad elevada como ministro, embajador, jerarca de la iglesia, para oír las peticiones que se le formulen, ser objeto de cortesía o cumplimiento, o resolver algún caso”.⁶⁵

Adecuando al término audiencia al punto que se está analizando, significa oír a la Procuraduría General de la Nación, para el solo efecto de que emita su dictamen del asunto en que se deba su intervención.

El Artículo 4 del Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, regula: “En los casos que esta ley disponga, será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, la que deberá evacuarla en el término de tres días, antes de dictar resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado. El notario podrá recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación en los casos de duda o cuando lo estime necesario. Cuando la opinión de la Procuraduría General de la Nación fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución”. Aquí encontramos el principio de dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación en los casos en que la ley así lo disponga, casos en que dicha audiencia será obligatoria, pero en los casos en que ley no lo estipule será opcional.

En los casos en que la audiencia es obligatoria, el notario o juez no pueden dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado, si previamente la Procuraduría General de la Nación no ha emitido su opinión. La audiencia conferida a dicha institución debe ser evacuada en un plazo de tres días.

Si la opinión de la Procuraduría General de la Nación es desfavorable, el asunto que se tramita en sede notarial, debe trasladarse al juez competente, el notario ya no puede seguir conociendo el asunto, y previa notificación a los interesados debe remitir

⁶⁵ Cabanellas, **Ob. Cit.**, tomo I. pág. 410.

el expediente que formó con las diligencias efectuadas al juzgado de Primera Instancia del ramo Civil que deba resolver lo que proceda.

Hay algunos casos en los que no es necesario dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación, por no tratarse de asuntos en los que afecten intereses de incapaces o de ausentes, o no se afectan intereses del Estado, pero el notario si lo considera conveniente puede hacerlo.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 207, regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación en los asuntos de jurisdicción voluntaria, estableciendo que debe de oírse la opinión de dicha institución en los casos que la solicitud promovida afecte los intereses del Estado y cuando se refiera a personas incapaces o ausentes.

Por su parte el Decreto-ley número 125-83 en su Artículo 12, establece que será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, en todos los casos de rectificación de área de inmuebles urbanos, audiencia que deberá evacuar dentro del plazo de tres días antes de que se dicte la resolución que ponga fin al expediente.

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

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

Como se manifiesta en el desarrollo de este capítulo el dictamen que la Procuraduría General de la Nación debe emitir, es determinante para que el notario o el

juez de primera instancia del ramo civil puedan declarar la procedencia o la improcedencia de las diligencias voluntarias.

El dictamen que emite la Procuraduría General de la Nación adquiere carácter vinculante en cuanto que deberá de rendirse antes de emitirse la resolución que resuelva el asunto de jurisdicción voluntaria que se trate y dicha opinión debe ser favorable, de lo contrario se estará en nulidad de lo actuado, por incumplir el procedimiento establecido en la ley.

5.11. Regulación legal

5.11.1. Constitución Política de la República de Guatemala

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

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

Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

El Procurador General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia”.

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

Dentro del Artículo citado se encuentran los requisitos que son necesarios para optar a dicho cargo, estableciendo que no solo debe de ser abogado colegiado sino también tener las mismas calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y éstas se encuentran reguladas en la Constitución Política de La República en su Artículo 216, que textualmente estipula: “Requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Para ser electo magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se requiere, además de los requisitos previstos en el Artículo 207 de esta Constitución, ser mayor de cuarenta años y haber desempeñado un período completo como magistrado de la Corte de apelaciones o de los tribunales colegiados que tengan la misma calidad, o haber ejercido la profesión de abogado por más de diez años”. Este mismo Artículo hace referencia al Artículo 207, en el que se encuentran los requisitos que son necesarios para ser magistrado o juez, como lo son el ser guatemalteco de origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser abogados colegiados.

5.11.2. Ley orgánica de la Procuraduría General de la Nación, Decreto número 512 del Congreso de la República

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

Dentro de esta ley se encuentran las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación, así como su organización, contemplamos las secciones de procuraduría y de consultoría, que son el ámbito dentro del cual se desarrolla la misma Procuraduría.

Este Decreto sufrió cambios en el año 2000, por medio del Decreto número 55-200, el cual reformó el Artículo 2 en el cual se establece que, el Procurador General de la Nación es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación, dirige la institución....., el mismo Artículo contempla la delegación de la representación del Estado, que por mandato constitucional ostenta la Procuraduría General de la Nación, en uno o más abogados colegiados activos para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y en determinados asuntos podrá delegarse dicha facultad a funcionarios de la institución u otorgar poderes. Otro Artículo reformado por el Decreto número 55-200 fue el Artículo 14, dentro del cual se sigue contemplado la posibilidad de delegar la representación del Estado, tal y cual lo establece el Artículo anteriormente citado.

5.11.3. Ley orgánica del Ministerio Público, Decreto número 40-94 del Congreso de la República

Es esta Ley la que en la actualidad rige todo lo relativo al Ministerio Público, con motivo de la creación de la figura del Procurador General de la Nación a raíz del Acuerdo legislativo número 18-93, se deroga parcialmente el Decreto número 512 del Congreso de la República, en lo concerniente a la sección de fiscalía, que ahora en adelante le compete al Fiscal General de la República. El Decreto 40-94 del Congreso de la República, en su Artículo 90 establece: “Se deroga el Decreto número 512 del Congreso de la República que contiene la ley del Ministerio Público en lo concerniente a la sección de fiscalía, así como los Acuerdos gubernativos números 393-90 de fecha nueve de mayo de 1990, 527-90 de fecha 31 de mayo de 1990, 898-90 de fecha 21 de septiembre de 1990 y cualquier otra disposición que se oponga o límite las funciones contenidas en esta ley”.

CAPÍTULO VI

6. Asuntos de jurisdicción voluntaria en que se da intervención a la Procuraduría General de la Nación

6.1. Declaratoria de incapacidad

La capacidad es la aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo. Como se observa, esa capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, y relativa, cuando consciente realizar alguno de ellos y no otros. Así se puede tener capacidad para testar, para contraer matrimonio, para trabajar, para ser elector, y no tenerla para disponer de los bienes.

“La capacidad civil es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del derecho privado, y, más comúnmente, en el ámbito tradicional del derecho civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales, obligacionales y sucesorias”.⁶⁶

La capacidad para el ejercicio de los derechos que establece la ley se adquiere por la mayoría de edad, en este caso se consideran mayores de edad aquellos que hallan cumplidos 18 años de edad, pero existe el caso en que los menores de edad que hallan cumplido 14 años de edad son capaces para algunos actos que están determinados en la ley. La incapacidad es el defecto o falta total de capacidad, de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones.

“La incapacidad civil es la carencia de aptitud legal para ejercer validamente determinados derechos. La incapacidad puede estar referida a diversas ramas del

⁶⁶ Ossorio, **Ob. Cit.**, pág. 137.

derecho, pero en lo civil significa la falta de capacidad para realizar actos de disposición o actos de administración, así como también para hacer, dar, recibir, transmitir, aceptar alguna cosa, contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, la tutela y la curatela, etc.”⁶⁷

Es de hacer notar que la ley establece que los incapaces pueden ejercer todos sus derechos y contraer las obligaciones respectivas por medio de sus representantes legales.

6.2. Ausencia y muerte presunta

“Ausente es quien no se encuentra en el lugar de referencia. Con mayor frecuencia, se dice ausente de quien no se encuentra en el lugar donde debiera encontrarse; ya para usar de algún derecho o facultad, ya para que otro ejercite una u otra contra él. Más concretamente, la persona cuyo paradero y existencia se ignora, por haber desaparecido de su domicilio habitual o de haber dejado de dar noticias suyas.”⁶⁸

Con respecto al concepto de ausencia, Alfonso Brañas, señala: los civilistas españoles coinciden, al iniciar el estudio de esta materia, en afirmar que la expresión ausencia se contrapone a la de presencia, que la ausencia es la no presencia. Refiriéndose, por supuesto, al concepto corriente de la palabra ausencia. Así Espín Canovas escribe: se llama ausente en sentido vulgar, al que está fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia. Pero en sentido técnico, ausente es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia; la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona.”

La ausencia es la condición legal de la persona cuyo paradero se ignora. Es el estado de la persona cuya desaparición y falta de noticias, durante un tiempo más o

⁶⁷ **Ibíd.** pág. 481.

⁶⁸ Cabanellas, **Ob. Cit.**, Tomo I. pág. 240.

menos largo, toman su existencia incierta. Esta situación exige que se adopten medidas para la custodia y administración de los bienes del ausente, y que puedan ser distintas según que este mismo haya dejado, o no, apoderado.

En lo que respecta a la muerte presunta, de acuerdo a las normas establecidas por las legislaciones, se presume que una persona ha fallecido cuando está ausente del lugar de su domicilio y no tienen noticias de ella durante un número de años, que varían según los países, y que la Argentina ha fijado en tres, a diferencia de la legislación guatemalteca que la estableció en cinco años. Y esa presunción es válida lo mismo si el ausente ha dejado o no apoderado. La presunción de fallecimiento ha de ser declarada judicialmente, y, una vez formulada por sentencia firme, es lógico que sus consecuencias sean similares a las de un fallecimiento no presunto, sino cierto.

6.2.1. Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes

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

El vocablo de utilidad suele emplearse en muchos sentidos. En el presente caso nos referimos al provecho material. Beneficio de cualquier índole: Ventaja. Interés. Rédito. Fruto. Comodidad. Conveniencia.

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

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

Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden asimismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos. Para los ausentes, es en principio el defensor judicial y en definitiva el guardador el que lo representa.

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

6.4. Omisión de partida de nacimiento

“Omisión es abstención de actuar. Es la inactividad frente a deber o conveniencia de actuar. Descuido, olvido”.⁶⁹

Esta diligencia puede ser la omisión de una partida de nacimiento por no haberse inscrito en su debido momento. Según la ley civil guatemalteca, la inscripción de un nacimiento debe de hacerse dentro de los 30 días siguientes del mismo, en el registro civil respectivo. Se puede hacer extemporáneamente siempre y cuando se cancele una multa que fijará el registrador civil. Este trámite es necesario seguirlo, cuando ha transcurrido cierto tiempo y no se dio el aviso del nacimiento.

⁶⁹ Ossorio, **Ob. Cit.**, pág. 655.

6.5. Rectificación de inscripción

“Rectificación es reducción a la debida exactitud. Aclaración de la verdad alterada por error o malicia. Corrección de falta o yerro por uno mismo. Enmienda”.⁷⁰

En los casos que habiéndose asentado la partida de nacimiento en el registro civil respectivo, esta contenga errores, se esta ante el caso de rectificación de partidas. Tanto el caso de omisión como de rectificación son susceptibles de tramitarse ante notario o juez de primera instancia del ramo civil.

6.6. Patrimonio familiar

En el tratado de política laboral y social, se expresaba que el clasicismo jurídico, atribuía un solo patrimonio a cada persona, pero sólo a cada persona, resulta inconcebible un patrimonio familiar, por el argumento de que la familia, aun institución venerable a través de los tiempos, no ha tenido reconocimiento de persona para el derecho. Pero como el derecho no es únicamente ciencia lógica sino social además, se ha visto forzado a reconocer que la familia tiene su esfera propia. De ahí que algunos bienes, con afectación dominical a alguno de los individuos componentes del grupo, cuenten con incuestionable afectación familiar. El conjunto de los bienes que ha recibido tal afectación integra el denominado patrimonio familiar.

El patrimonio familiar lo componen derechos pecuniarios y no pecuniarios. Entre los segundos puede citarse el derecho al honor familiar y el de llevar el apellido. Entre los de índole pecuniaria se encuentran las legítimas sucesorias, la continuidad de la personalidad jurídica del difunto por su heredero y pariente: la transmisión integra del patrimonio, en las sucesiones ab intestado, las restricciones de algunos por nacimiento ulterior de hijos y el sometimiento a tutela en los ordenamientos que condenan la prodigalidad del que tiene parientes inmediatos. Otra forma más concreta de patrimonio familiar es el llamado bien de familia.

⁷⁰ **Ibíd.** pág. 814.

Siendo el patrimonio familiar la institución por la cual se destinan bienes a la protección del hogar y para el sostenimiento de la familia, se puede constituir sobre casas de habitación, predios o parcelas cultivables y; establecimientos industriales y comerciales, que sean objeto de explotación familiar, cuando no exceda de de una cantidad máxima establecida en la ley.

La duración del patrimonio familiar, debe de comprender todo el tiempo en el que el menor de los miembros de la familia alcance la mayoría de edad; pero, en ningún caso se podrá constituir un patrimonio familiar por menos de 10 años. El representante legal de la familia será el administrador del patrimonio familiar y representante a la vez de los beneficios en todo lo que al patrimonio se refiera.

6.7. Adopción

“Es acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La determinación, no ya de esas formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes y los adoptados, al estado civil, a la existencia o no de hijos efectivos, al número posible de adopciones, etc.”⁷¹ Se trata de una institución aceptada por casi la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza. Argentina no admitía la adopción, más; como ella llenaba evidentes finalidades sociales y emotivas, tuvo que terminar por aceptarla.

Los sujetos que intervienen en la adopción son el adoptado y el adoptante, siendo el primero quien es recibido como hijo del adoptante, y este último, es el que asume legalmente el carácter de padre del adoptado.

⁷¹ **Ibíd.** pág. 48.

La ley civil de Guatemala, define la adopción de la siguiente manera: es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona. De igual manera puede adoptarse a personas mayores de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiera existido la adopción de hecho durante la menor edad.

Al darse la adopción nacen derechos y obligaciones de ambas partes, así como el parentesco civil entre el adoptado y el adoptante, pero éstas no se extienden a los parientes de uno u otro. El adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de aquel. La adopción no termina con la mayoría de edad del adoptado, solo pone fin a la patria potestad.

6.8. Proceso sucesorio intestado

Sucesión quiere decir, en su primera acepción, entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra. No obstante lo amplio del concepto, es corriente limitarlo a otra de las acepciones gramaticales referida a la entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto; o sea, a la sucesión mortis causa, o al conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario. Sin embargo, la sucesión puede igualmente originarse ínter vivos, como ocurre con frecuencia en materia comercial, con relación a quienes adquieren una empresa o fondo de comercio y continúan la acción y los negocios de sus antecesores.

La sucesión intestada o ab intestado es aquella en la que, como su nombre lo indica, el causante no ha otorgado testamento y los bienes son distribuidos de acuerdo con las indicaciones de la ley.

Los distintos Códigos latinoamericanos establecen para estos casos un orden, haciendo beneficiarios, en primer término a los descendientes, tanto legítimos como naturales del causante, al cónyuge sobreviviente; después, a los ascendientes, legítimos o naturales, y, en caso de ausencia de éstos, a los colaterales, generalmente

hasta el cuarto o sexto grado. En el caso de que no existan herederos, los bienes corresponden, por lo general, al Estado, como se vera mas adelante.

Según la ley civil guatemalteca, la sucesión por causa de muerte se realiza por voluntad de la persona, manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda, intestada, comprendiendo en uno y otro caso todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Para reglar la sucesión intestada, la ley sólo considera los vínculos del parentesco; no el sexo de las personas, ni la naturaleza, ni el origen de los bienes. En esta clase de sucesión se hereda por derecho propio y por representación.

6.9. Sucesión vacante

La sucesión vacante es la carente de herederos, situación que se puede presentar no solo por su inexistencia (lo que puede ocurrir por no haber testado el causante y carecer de parientes en grados sucesibles), sino también por renuncia de los herederos o de su indignidad para suceder. La norma corriente en las legislaciones es atribuir al Estado la propiedad de los bienes constitutivos de las herencias vacantes.

6.10. Rectificación de área

Este trámite solo es aplicable a bienes urbanos con áreas registradas mayores a las que real y físicamente comprenden. La ley que regula esta materia está contenida en el Decreto-ley número 125-83, emitido por el jefe de Estado, el 13 de octubre de 1983, es en la misma en la que se faculta al notario para diligenciar este trámite.

Se sabe que existen bienes inmuebles urbanos que por diversas causas, figuran inscritos en el Registro de la Propiedad, con áreas mayores a las que real y físicamente

comprenden, por lo que era de intereses público crear una ley que regulara el trámite necesario para que se corrigiera dichas discrepancias existentes.

6.11. Regulación legal

6.11.1. Declaratoria de incapacidad

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

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

En lo que respecta a la Procuraduría General de la Nación, se manifiesta su actuar en la solicitud respectiva, en cuanto a que dicha institución es una de las partes facultadas para poder dar inicio a la solicitud de declaratoria de incapacidad, toda vez que la misma ley ordena oír a la Procuraduría General de la Nación cuando se refiera a personas incapaces, esta tendrá audiencia por el juez de primera instancia del ramo civil, previo a que el mismo resuelva si ha o no ha lugar a la declaración de incapacidad.

6.11.2. Ausencia y muerte presunta

El Código Civil, Decreto-ley número 106, regula en su Artículo 42, lo relativo a la ausencia diciendo lo siguiente, ausente es la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

En este cuerpo legal se encuentra el hecho de que si existen bienes del ausente que deban de ser administrados, es la Procuraduría General de la Nación una de las partes facultadas para denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de un guardador de los bienes del ausente. De igual manera la Procuraduría General de la Nación puede denunciar al juez de primera instancia del ramo civil, las causas de remoción del guardador.

En el Artículo 63 del Código Civil, Decreto-ley número 106, se encuentra regulada la muerte presunta de la siguiente manera, transcurridos cinco años desde que se decreto la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá declararse la muerte presunta de éste, y en tal caso, podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia.

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

En el trámite de la declaración de ausencia y muerte presunta, previo a que el juez de primera instancia del ramo civil nombre a un guardador que asumirá la representación judicial del ausente, deberá de oír a la Procuraduría General de la

Nación, en congruencia con la ley, al establecer que, en los casos que se refiera a personas ausentes deberá oírse en forma obligada a la Procuraduría General de la Nación.

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

El Artículo 8 de la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República, regula que el notario, con notificación a la Procuraduría General de la Nación recibirá información testimonial o documental, que compruebe lo siguiente: 1º. El hecho de ausencia; 2º. La circunstancia de no tener el ausente parientes, o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor e incapacitado; 3º. El tiempo de la ausencia.

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

6.11.3. Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes

Dentro de las disposiciones relativas a la administración de bienes de menores, incapaces y ausentes, el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, en su Artículo 418 regula lo siguiente: todo tutor, protutor o guardador, deberá solicitar del juez de primera instancia el discernimiento del cargo; y el juez, antes de confirmarlo o discernirlo, podrá pedir, de oficio, información respecto a la moralidad y aptitudes del nombrado. Con el resultado de la información, el juez confirmara el cargo, procediendo

al inventario y avaluó de los bienes, así como al otorgamiento de las garantías correspondientes, conforme al Código Civil.

Es preciso anotar que la tutela en el sentido muy general de las legislaciones de algunos países, es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapaces para gobernarse por sí mismas. En este sentido el tutor será quien ejerce la tutela. Es el tutor quien representará legalmente al menor o al incapacitado. Pero la tutela se ejerce en forma conjunta por un tutor y un protutor, siendo este último quien vigila los actos que realiza el tutor, a efecto de evitar abusos en contra del representado. El Código Civil, Decreto-ley número 106, en su capítulo IX, título II, regula todo lo relativo a estas dos instituciones, tanto sus obligaciones como sus prohibiciones.

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

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

Por su parte el Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación en su Artículo 12, al establecer que el notario, con audiencia a la Procuraduría General de la Nación y notificación al

protutor o representante del menor, en su caso, mandará recabar la prueba propuesta y practicará, de oficio, cuantas diligencias sean conveniente...

El trámite ante notario se limita a dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación y a recabar las pruebas pertinentes del caso, con ellas y con el dictamen emitido por la Procuraduría General de la Nación, dictará resolución y remitirá el expediente al juez de primera instancia del ramo civil, para que este emita el auto declarando la utilidad y necesidad para la disposición de los bienes de menores, incapaces y ausentes. De igual manera que en el trámite ante el juez de primera instancia del ramo civil, el notario tiene la obligación de recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación por referirse a personas incapaces o ausentes, y por que así lo determina la ley.

6.11.4. Omisión de partida de nacimiento

El Artículo 378 del Código Civil, Decreto-ley número 106, regula que las inscripciones debe hacerlas el registrador en el momento en que el interesado comparece a dar el aviso. La inscripción que proceda en virtud de resolución judicial o administrativa, o de actos verificados ante los alcaldes municipales u otorgados ante notario, la hará el registrador en vista del aviso, certificación o testimonio que se le presente.

La ley es clara al establecer quien es el que hace las inscripciones y en que momento deben de hacerse. Pero en el caso de que no se haga en su debido momento puede seguirse el trámite para realizar la inscripción respectiva, ante juez de primera instancia del ramo civil o ante notario. En el primero de los casos se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, así lo establece el Artículo 443 al decir que, en caso de haberse omitido alguna partida y circunstancia esencial en los registros civiles, el juez de primera Instancia, en vista de las pruebas que se le presenten, de las que de oficio recabe, y previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, resolverá que se repare la omisión o se haga la

rectificación correspondiente mandando aplicar las sanciones que establece el Código Civil, si fuera el caso.

En el segundo caso, el trámite ante notario, el Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, en su Artículo 21 regula que, en caso de haberse omitido alguna partida o circunstancia esencial en los registros civiles, el interesado podrá acudir ante notario, quien en vista de las pruebas que se le presenten, de las que de oficio recabe y previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, resolverá que se repare la omisión o se haga la rectificación correspondiente. Si hubiere alguna sanción, que aplicar, ésta será determinada por el respectivo registrador civil, a fin de que se haga efectiva previamente a la inscripción del nuevo asiento.

Al momento de darle audiencia a la Procuraduría General de la Nación analizará el expediente y si, a su juicio, estuviera suficientemente probado el hecho del nacimiento en base a las pruebas presentadas y lo relativo a los padres del interesado emite opinión favorable, posteriormente el juez de primera instancia del ramo civil o por el notario, dictaran su resolución.

6.11.5. Rectificación de inscripción

El Código Civil, Decreto-ley número 106, en su Artículo 381 regula que cuando en alguna acta se haya cometido error de palabra, que no entrañe alteración de concepto, podrá rectificarse en nuevo asiento poniéndose razón al margen del primitivo, si las partes y el registrador estuvieren de acuerdo.

Por su parte el Artículo 382 de la ley citada, establece que, cuando se hubiere incurrido en omisión, error o equivocación que afecte el fondo del acto inscrito, el interesado ocurrirá al juez competente para que, con audiencia del registrador y de la Procuraduría General de la Nación, se ordene la rectificación y se anote la inscripción original.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, en su Artículo 443, mismo que ya se hizo mención y se transcribió con anterioridad, en su parte conducente establece que se debe de dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación, previo a resolver la solicitud planteada para que se lleve a cabo la rectificación correspondiente.

Por su parte el Artículo 23 de la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República, regula que, cuando en el acta respectiva se hubiere incurrido en omisión, error o equivocación que afecte al fondo del acto inscrito, el interesado podrá ocurrir ante notario para que, con audiencia del registrador y de la Procuraduría General de la Nación, resuelva sobre la procedencia de la rectificación y anotación en la inscripción original.

Al igual que en el caso anterior es obligatorio conferirle audiencia a la Procuraduría General de la Nación, la que analizará el expediente y si, a su juicio, estuviera probado que existe un error u omisión en el acta que se pide que se rectifique, emitirá opinión favorable, posteriormente según sea el caso, se emitirá la resolución respectiva por el juez de primera instancia del ramo civil o por el notario

6.11.6. Patrimonio familiar

El Código Civil, Decreto-ley número 106, regula el Artículo 352 a la institución del patrimonio familiar de la siguiente manera; el patrimonio familiar es la institución jurídico-social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia. La norma descrita es clara al establecer cuales son los fines para los cuales se constituye el patrimonio familiar, como lo son la protección del hogar y sostenimiento de la familia.

El Artículo 368 de la ley citada con anterioridad regula la obligación que tiene la Procuraduría General de la Nación, de intervenir al momento de que se lleve a cabo la

constitución de un patrimonio familiar, al decir que; la Procuraduría General de la Nación intervendrá en la constitución, extinción y redacción del patrimonio familiar.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, regula en su Artículo 446 la intervención de la Procuraduría General de la Nación en la constitución de patrimonio familiar ante juez de primera instancia del ramo civil, diciendo que; efectuadas las publicaciones sin que hubiere presentado oposición, o rechazada o declarada sin lugar, en su caso, el juez, previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, declarará que ha lugar a constituir el patrimonio familiar y ordenará el otorgamiento de la escritura pública respectiva.... Tal como lo ordena el Código Civil, Decreto-ley número 106, y en congruencia con el Artículo transcrito anteriormente, la Procuraduría General de la Nación debe de intervenir en la constitución y redacción de la escritura pública en la que se constituya el patrimonio familiar.

El trámite para constituir patrimonio familiar es uno de los cuales también se puede tramitar ante notario, así lo contempla el Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, en su Artículo 24, al decir; salvo lo que permitan leyes especiales para la constitución de un patrimonio familiar, la solicitud puede presentarse ante notario....

Dentro de esta misma ley, se encuentra regulada la intervención de la Procuraduría General de la Nación en el trámite para constituir patrimonio familiar, tal y como lo expresa el Artículo 26; pasado el término de las publicaciones sin que se hubiera presentado oposición, el notario oirá a la Procuraduría General de la Nación....

6.11.7. Adopción

El Código Civil, Decreto-ley número 106, regula en sus Artículos 228 al 251, todo lo relativo a esta institución, pero específicamente en los Artículos 239 al 245 es que regula como se establece la adopción, regulando el trámite a seguir para que se lleve a cabo ante el juez de primera instancia del ramo civil.

El Artículo 239 regula que; la adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el juez de primera instancia competente. Y es ante este juez quien se presenta la solicitud acompañada de los documentos que requiere la ley.

Por su parte el Artículo 243, regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación, al decir que; los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela deberá expresar su consentimiento para la adopción. La Procuraduría General de la Nación examinará las diligencias y si no opusiere objeción alguna, el juez declarará haber lugar a la adopción y mandará que se otorgue la escritura respectiva. La Procuraduría General de la Nación intervendrá también en la revocación de la adopción cuando fuere el caso.

Como lo regula el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, en su Artículo 403, establece que; se oirá a la Procuraduría General de la Nación, cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos y cuando se refiera a personas incapaces o ausentes. Siendo el adoptado menor de edad, se hace necesaria la intervención de dicha institución.

El trámite de la adopción es posible que se lleve ante notario, pero en este caso será necesaria la intervención de una trabajadora social adscrita al tribunal de familia de su jurisdicción, por medio de un informe que contenga su opinión favorable bajo juramento, para que se lleve a cabo la adopción.

Así, el Artículo 32 de de la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República, regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación al decir que; llenados los requisitos anteriores, el notario oirá a la Procuraduría General de la Nación y si esta institución no pusiere objeción alguna, se otorgará la escritura respectiva. En el caso de que la Procuraduría General de la Nación objetara, se remitirá el expediente al tribunal competente para que dicte la resolución procedente. La norma es clara al establecer

que debe de existir opinión favorable por parte de la Procuraduría General de la Nación para que se lleve a cabo la adopción, de lo contrario esta nunca se podrá dar, ante notario.

6.11.8. Proceso sucesorio intestado

El Código Civil, Decreto-ley número 106, en su Artículo 1068 regula las causas por las que procede la sucesión intestada, de la siguiente manera; la sucesión intestada tiene lugar:

- ◇ Cuando no hay testamento;
- ◇ Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o el instituido muere antes que el testador, o es incapaz de heredar, o repudio la herencia; fuera de los casos de sustitución, representación y acrecimiento con arreglo a este Código;
- ◇ Cuando en el testamento no hay heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados; y
- ◇ Cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o algunos de sus bienes.

La ley es clara al respecto de en qué casos se esta dentro de la figura jurídica de la sucesión intestada, tal como lo dispone el Artículo transcrito con anterioridad.

En los Artículos 1078 y 1079, del Código Civil, Decreto-ley número 106, se regula la orden de sucesión, estableciendo quienes son llamados a la sucesión intestada, siendo estos en primer lugar, los hijos, incluyendo los adoptivos; y al cónyuge sobreviviente que no tenga derechos a gananciales; quienes heredan por partes iguales. Cuando no existen descendientes, la ley establece que sucederán los ascendientes más próximos y el cónyuge, por iguales porciones, y cuando sólo hubiere una de esas partes, ésta llevará toda la herencia. En caso de que no existieran las personas descritas anteriormente, la ley les otorga el derecho de sucesión a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

La Procuraduría General de la Nación, juega un papel muy importante dentro de la sucesión hereditaria, tal y como lo expresa el Código Civil, Decreto-ley número 106, en sus Artículos 1029, 1048 y 1100, estableciendo el primero, que la renuncia de la herencia dejada a menores e incapacitados deberá hacerse con intervención de la Procuraduría General de la Nación, el segundo que para ejercer el cargo de albacea no se tiene que estar en actual servicio de la Procuraduría General de la Nación, y el tercer Artículo establece que si alguno de los herederos estuviere ausente y no tuviere representante, el juez competente les nombrará uno a solicitud de la Procuraduría General de la Nación.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, en su Artículo 457 regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación de la siguiente manera; la Procuraduría General de la Nación es parte de todos los procesos sucesorios hasta que haya declaración de herederos. Además representará a los herederos ausentes mientras no se presenten o acrediten su representante legítimo, a los menores e incapaces que no tengan representante y al Estado y a las Universidades en caso de herencia vacante.

En su Artículo 478, establece de qué manera se debe promover el trámite de la sucesión intestada ante el juez competente. La intervención de la Procuraduría General de la Nación se observa en el Artículo 480 que establece que, la misma puede impugnar la capacidad para suceder de algún heredero o de algún documento que justifique el parentesco.

El trámite del proceso sucesorio extrajudicial, lo regula el capítulo V, título II, libro IV del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, el cual se lleva a cabo ante notario. Este trámite se lleva a cabo en tres fases, la primera es la fase notarial, la segunda es la fase administrativa y la tercera es la fase de titulación y registro. La intervención de la Procuraduría General de la Nación en el proceso sucesorio ante notario es de igual importancia que ante juez competente.

El objeto de recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación se evidencia en el Artículo 492 que al respecto dice; llenados todos los requisitos del caso, el notario entregará el expediente a la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de recabar su parecer. La Procuraduría General de la Nación podrá pedir la presentación de los documentos que estime necesarios o la enmienda de los ya acompañados si fueren defectuosos, e impugnar el inventario. Se pronunciara acerca de quienes son las personas llamadas a heredar al causante y aprobará la calificación de bienes gananciales que contenga el inventario.

6.11.9. Sucesión vacante

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley número 107, en su Artículo 482 regula que; no existiendo testamento y no concurriendo a heredar al causante personas que se hallen dentro del grado legal, se declarará vacante su sucesión, procediéndose siempre en forma judicial. La denuncia para que proceda la sucesión vacante solamente se puede hacer ante el juez competente,

El Artículo 486 regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación en el trámite de sucesiones vacantes al establecer que; en todos los trámites de la herencia vacante, intervendrá la Procuraduría General de la Nación, como representante del Estado y de las Universidades.

6.11.10. Rectificación de área

El objeto del Decreto-ley número 125-83, Ley de rectificación de área, se ubica en el Artículo 1 de la misma, que dice; los propietarios de bienes inmuebles urbanos, cuya área física sea mayor de la que aparece inscrita en los Registros de la Propiedad puedan solicitar ante notario la rectificación del área de tales inmuebles, en la forma y de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente ley.

Como en los casos anteriores, de igual manera es obligatoria la intervención de la Procuraduría General de la Nación, según lo regula el Artículo 12 de esta ley, el cual dice que; en todos los casos de rectificación de área de inmuebles urbanos, será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, institución que deberá evacuarla, dentro del termino de tres días, antes de dictarse resolución que ponga fin al expediente.

CONCLUSIONES

1. El notario latino, por su naturaleza, es un profesional del derecho de carácter independiente que desempeña una función pública que es a la vez autónoma; por ello, la fe notarial es personal, indelegable y autónoma lo cual la distingue de las otras formas de ejercicio de la fe pública. Su fundamento está en la necesidad de dotar de notoriedad y certidumbre a los hechos y relaciones jurídicas de carácter privado, como lo son los asuntos de jurisdicción voluntaria.
2. La jurisdicción se denomina contenciosa cuando por haber en ella contradictorio, conflicto entre las partes, es necesaria una decisión; esta decisión es de carácter judicial y voluntaria, cuando no hay controversia en el proceso ya que éste es de carácter declarativo.
3. Predomina en la doctrina y en las legislaciones el criterio de atribuir al notario si no a todos, la mayoría de los asuntos de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, hay asuntos que, por su trascendencia, necesitan de una protección especial del Estado y deben seguirse reservando al conocimiento del juez, aunque no se puede dejar de lado que la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria ha constituido un gran adelanto en materia notarial, y la intervención que en ella se le ha dado al notario es muy importante, como un excelente auxiliar de los tribunales de justicia.
4. Con las reformas constitucionales, que dieron origen al Acuerdo legislativo 18-93, los Artículos 251 y 252 de la Constitución Política de la República, quedaron reformados en su contenido, dándose la separación de la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio Público, que antes funcionaban como una sola institución, correspondiendo en consecuencia al Ministerio Público ser un auxiliar de la administración pública y de los tribunales de justicia y a la Procuraduría

General de la Nación las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales y la representación del Estado.

5. Con fundamento en los Artículos 251 y 252 de la Constitución Política de la República, y el Decreto 25-97 del Congreso de la República, le corresponde a la Procuraduría General de la Nación el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria, debiendo emitir su dictamen en aquellos casos que se le da intervención por disposición de la ley.
6. Tanto el notario como el juez de primera instancia del ramo civil, tienen la obligación de conferir audiencia a la Procuraduría General de la Nación, para que conozca de un asunto determinado de jurisdicción voluntaria, ya que la opinión de dicha institución es vinculante para el notario como para el juez, y es en el dictamen que emite dicha institución que se sustenta la resolución final del asunto en particular.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE G., Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala.** 2t., 2vols.; Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial.** 2t., 2 vols.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Sociedad Anónima, 1957.
- BARRAGÁN, Alfonso M. **Manual de derecho notarial.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1979.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 3t., 3 vols.; 10^a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1976.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas, 1962.
- CALDERÓN M., Hugo H. **Derecho administrativo.** 1t., 3vols.; 5^a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2002.
- CARRAL y DE TERESA, Luís. **Derecho notarial y derecho registral.** México, D. F.: Ed. Porrúa, S. A., 1988.
- CASTILLO G., Jorge M. **Requisitos para ejercer el notariado en Guatemala.** Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1977.
- CASTILLO G., Jorge M. **Derecho administrativo.** 10^a. ed.; Guatemala: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil.** 3^a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1977.
- Diccionario de la lengua española.** Barcelona, España: Ed. Ediciones Nauta, 1979.
- Diferenciación institucional del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación.** Guatemala: Ministerio Público y la Comunidad Europea, 1997.
- FARRANDO, I., y R. M., P. **Manual de derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1996.

- FERNÁNDEZ V., Emilio. **Diccionario de derecho público.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1981.
- GARCÍA M., Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** 29ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; México, D. F.: Ed. Porrúa, S. A., 1978.
- GIMÉNEZ A., Enrique. **Derecho notarial.** 2ª. ed.; Pamplona, España: Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1976.
- GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1961.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A. y O. A. L. **Manual de derecho administrativo.** 4ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S. A., 1998.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Desalma, 1966.
- LUJÁN M., Jorge. **Los escribanos en las indias occidentales y en particular en el reino unido de Guatemala.** 2ª. ed.; Guatemala: Instituto de Derecho Notarial, 1977.
- MUÑOZ, Nery R. **Introducción al estudio del derecho notarial.** 5º. Ed.; Guatemala: 1996.
- MUÑOZ, Nery R. **Jurisdicción voluntaria notarial.** 4ª. ed.; Guatemala: 1998.
- NAJERA F. Mario E. **Derecho procesal civil.** Guatemala: Ed. Eros, 1970.
- NERI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial.** 1vols.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Desalma, 1980.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Argentina: Ed. Heliasta, (s.f.).
- PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil.** 11ª. ed.; México, D. F.: Ed. Porrúa, S. A., 1978.
- PÉREZ F. DEL C., Bernardo. **Derecho notarial.** 2º. Ed.; México, D. F.: Ed. Porrúa, S. A., 1983.
- PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco.** Guatemala: Ed. Praxis, 2001.
- PUIG P. Federico. **Compendio de derecho civil español.** 4t., 1vols.; Barcelona, España: Ed. Ediciones Nauta, S. A., 1966.

Legislación:

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

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

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

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

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

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

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación. Congreso de la República, Decreto número 512, 1948.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República, Decreto número 40-94, 1994.

Ley de Rectificación de Área. Oscar Humberto Mejía Victores, Jefe de Estado, Decreto-Ley número 125-83, 1983.

Decreto número 25-97. Congreso de la República, 1997.