

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

**LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LA MUERTE PRESUNTA DENTRO DE LOS  
TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL**

**JACOBO FERNANDO HUERTAS DUARTE**

**GUATEMALA, JUNIO 2009**

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

**LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LA MUERTE PRESUNTA DENTRO DE LOS  
TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Por

**JACOBO FERNANDO HUERTAS DUARTE**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, junio 2009.

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

**DECANO:** Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana

**VOCAL I:** Lic. César Landelino Franco López

**VOCAL II:** Lic. Gustavo Bonilla

**VOCAL III:** Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez

**VOCAL VI:** Br. Marco Vinicio Villatoro López

**VOCAL V:** Br. Gabriela María Santizo Mazariegos

**SECRETARIO:** Lic. Avidán Ortiz Orellana

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



Lic. Edgar Waldemar Solórzano

ABOGADO Y NOTARIO  
Colegiado 3810



Guatemala, 22 de abril de 2008.

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



Licenciado Castillo Lutín:

En atención al oficio de fecha 29 de agosto de 2005 proveniente de esa unidad, mediante el cual se me nombra como asesor de tesis del bachiller **JACOBO FERNANDO HUERTAS DUARTE**, quien se identifica con el carné universitario número 199822117 extendido por la Universidad de San Carlos de Guatemala, quien realizó el trabajo intitulado "LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LA MUERTE PRESUNTA DENTRO DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL", he procedido a cumplir con la función que se me delegó para asistir al ponente en la realización de su investigación.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad la normativa respectiva: la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente,

Lic. Edgar Waldemar Solórzano Morales  
ABOGADO Y NOTARIO

Of. 408, 4o. Nivel, Edif. Valenzuela  
14 Calle 6-12, Zona 1, Ciudad Capital  
Teléfono: 2251-9373 - 2232-2145  
01001 Guatemala

2a. Avenida 6-28, Zona 1, Villa Canales  
Guatemala - Teléfonos: 6635-0067 / 6635-1640  
01065 Guatemala.

e-mail: licwaldemarlex@hotmail.com

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES. Guatemala, quince de mayo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CÉSAR LANDELINO FRANCO  
LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JACOBO  
FERNANDO HUERTAS DUARTE, Intitulado: "LA NECESIDAD DE  
IMPLEMENTAR LA MUERTE PRESUNTA DENTRO DE LOS TRAMITES DE  
JURISDICCION VOLUNTARIA NOTARIAL".

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

  
LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis  
MTCL/ragm

**LIC. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**COL.4596**

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

**Licenciado Castillo Lutín:**

De conformidad con el nombramiento emitido por esa Jefatura con fecha quince de mayo de dos mil ocho, en el que se dispone nombrar al suscrito como revisor del trabajo del bachiller **JACOBO FERNANDO HUERTAS DUARTE**, para lo cual informo:

El postulante presentó el tema de investigación **“LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LA MUERTE PRESUNTA DENTRO DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL”**.

De la revisión practicada al trabajo de tesis presentado por el bachiller Huertas Duarte, se puede extraer que el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, relativos al contenido científico y técnico de la tesis, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas, siendo las conclusiones y recomendaciones del trabajo presentado, una contribución científica para la facultad.

Asimismo, es de hacer notar que el trabajo presentado, aborda un tema de especial importancia, como lo es, lo relativo a la necesidad de implementar la muerte presunta en los trámites que se observan dentro de la jurisdicción voluntaria notarial. En este sentido me permito coincidir con lo afirmado por el bachiller Huertas Duarte, pues, efectivamente por la necesidad de aquellos casos en los que el notario está imposibilitado para conocer el trámite sin que ésta se encuentre declarada primero por un tribunal; en el trabajo del bachiller Huertas Duarte, se pretende acceder a un trámite mixto en el que el notario pueda iniciar el proceso de declaración de muerte presunta a solicitud de parte, para que los órganos jurisdiccionales competentes declaren en definitiva ésta, haciendo de éste un trámite mixto que vendría a aplicar los principios de celeridad y economía procesal, pues será el propio notario quien tenga a su cargo el expediente respectivo que en su oportunidad deberá conocer el juzgador. Debido a esta problemática es que en la actualidad el trámite de jurisdicción voluntaria se vuelve engorroso y demora los trámites en perjuicio de quienes lo promueven, los que en este planteamiento deberían de ser más sencillos y eficaces.

**Bufete Profesional**  
4 Calle 7-53 Zona 9  
Edificio Torre Azul, Oficina 506  
Guatemala, C.A.  
Tels. 2361 1020 – 2361 0015

*Lic. César Landelino Franco López*  
ABOGADO Y NOTARIO



**LIC. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**COL.4596**



Por lo anteriormente referido, considero que este trabajo de investigación se ajusta a los requerimientos de este tiempo y de las circunstancias que hoy día observan estos casos.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito revisor derivadas del examen del trabajo, y por las razones anteriormente expresadas, considero que el trabajo presentado por el estudiante Huertas Duarte, debe continuar su trámite, a efecto de que se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke.

*Lic. César Landelino Franco López*  
ABOGADO Y NOTARIO

---

**Bufete Profesional**  
4 Calle 7-53 Zona 9  
Edificio Torre Azul, Oficina 506  
Guatemala, C.A.  
Tels. 2361 1020 – 2361 0015

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

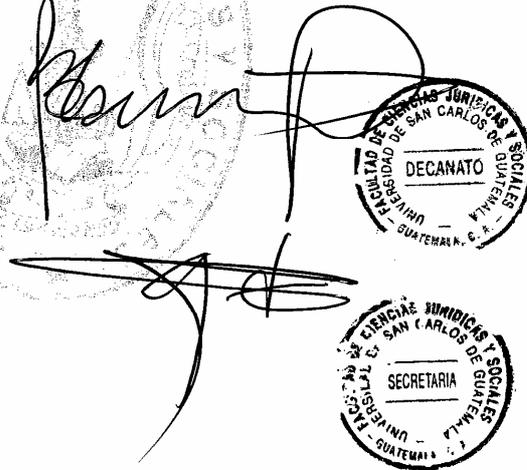
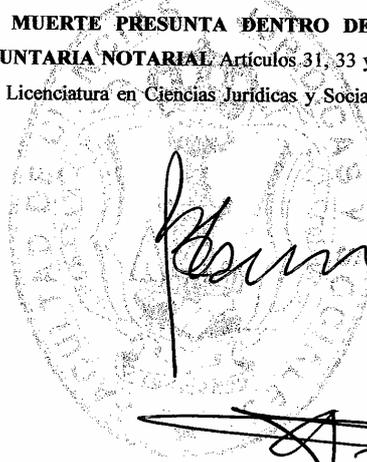
Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, siete de noviembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **JACOBO FERNANDO HUERTAS DUARTE**, Titulado **LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LA MUERTE PRESUNTA DENTRO DE LOS TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL** Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/slh



## **DEDICATORIA**

- A DIOS:** Ser supremo que me ha mostrado el camino y la verdad.
- A MI MADRE:** Por haberme dado la vida y brindarme su apoyo, agradeciendo todos sus esfuerzos.
- A MIS HERMANAS:** Como muestra de que los sueños si se hacen realidad.
- A MI ESPOSA:** Quien me apoya en las buenas y en las malas.
- A MIS HIJOS:** Por quienes vivo y lucho en esta vida.
- A MIS AMIGOS:** En especial a Emmanuel, Fernando, Guillermo, Javier y Sergio, a quienes les agradezco su apoyo.
- A MIS MAESTROS:** En especial a los de esta casa de estudio y al doctor Landelino Franco por haberme enseñado más que la doctrina del derecho, una filosofía de la vida.
- A MI PAÍS:** Porque por él es mi lucha.
- A:** La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme culminar una de mis metas académicas.

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

<b>1. Jurisdicción voluntaria notarial.....</b>	<b>1</b>
1.1. Breve reseña histórica.....	1
1.2. Jurisdicción.....	4
1.3. Jurisdicción voluntaria.....	5
1.4. Principios de la jurisdicción voluntaria.....	7

### CAPÍTULO II

<b>2. Asuntos que se tramitan en jurisdicción voluntaria notarial.....</b>	<b>15</b>
2.1. Legislación guatemalteca que contienen asuntos de jurisdicción voluntaria notarial.....	15
2.1.1. Código Procesal Civil y Mercantil.....	15
2.2.2. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Notarial.....	17
2.2.3. Ley de Rectificación de Área.....	18
2.2. Identificación de tercero o acta de notoriedad.....	18
2.3. Subasta voluntaria.....	23
2.4. Proceso sucesorio.....	25
2.5. La ausencia.....	28

	<b>Pág.</b>
2.6. La disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.....	31
2.7. Reconocimiento de preñez o parto.....	38
2.8. Cambio de nombre.....	40
2.9. Omisión y rectificación de partidas.....	42
2.10. Determinación de edad.....	45
2.11. Patrimonio familiar.....	46
2.12. Rectificación de área.....	49

### **CAPÍTULO III**

<b>3. La ausencia en la legislación guatemalteca.....</b>	<b>53</b>
3.1. Concepto de ausencia.....	53
3.2. Antecedentes históricos de la ausencia.....	54
3.3. Definición de ausencia.....	59
3.4. Periodos sucesivos de la ausencia.....	62
3.5. La declaración de ausencia para la presentación en juicio.....	64
3.6. Efectos de la declaración de ausencia.....	67
3.7. Periodo de declaración de ausencia.....	68
3.8. Requisitos para obtener la declaración de ausencia legal.....	70
3.9. Quienes pueden gestionar la declaración de ausencia.....	72
3.10. Procedimiento para obtener la declaración de ausencia legal.....	73
3.11. Efectos de la ausencia declarada.....	78
3.12. Cese de la ausencia.....	79

**CAPÍTULO IV****4. La muerte presunta o declaración de fallecimiento como trámite**

<b>de jurisdicción voluntaria notarial.....</b>	<b>81</b>
4.1. Concepto de muerte presunta.....	81
4.2. Características de muerte presunta.....	83
4.3. Modalidades.....	84
4.4. Procedimiento para obtener la declaración de muerte presunta.....	86
4.5. Efectos de la muerte presunta .....	88
4.6. Revocación de la declaratoria de la muerte presenta.....	92
4.7. Inscripción en el registro civil y de la propiedad de los hechos concernientes a la muerte presunta.....	93
4.8. Ventajas al implementar la muerte presunta dentro de los trámites de la jurisdicción voluntaria notarial.....	96
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>101</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>103</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>105</b>

## INTRODUCCIÓN

La legislación guatemalteca preceptúa que la única forma para solicitar la declaración de la muerte presunta debe realizarse ante juez competente, después de transcurrido el plazo de cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente.

Sin embargo, dicho trámite judicial constituye un desgaste por la duración y por el detrimento económico que ello implica.

En virtud de lo antes citado, se considera que fundamentados en los principios de economía y celeridad procesal inmersos en la ley, se debe realizar el trámite en mención en la vía de la jurisdicción voluntaria notarial, esto con el objetivo desjudicializar los órganos correspondientes, lo que repercutirá en prontitud y economía tanto para el requirente como para la propia administración de justicia.

Derivado de lo anterior, con esta investigación se pretende fundamentar teórica y doctrinariamente la necesidad de legislar el trámite antes mencionado, de tal forma que la muerte presunta debiera ser un proceso de carácter mixto, es decir ser tramitado de inicio ante un notario y concluido por un juez competente.

Para el desarrollo de esta tesis, se utilizó los siguientes métodos: inductivo, para realizar análisis de hechos particulares dentro concernientes al tema; comparativo en el que se practicaron silogismos sobre las observaciones realizadas sobre la declaración de ausencia, muerte presunta y cómo podría tramitarse la muerte presunta en jurisdicción voluntaria notarial; el analítico éste último con el objeto de establecer jurídicamente cómo se puede modificar el procedimiento judicial indicado, en la actualidad y cómo podría resolverse en jurisdicción voluntaria notarial. Así también la técnica de investigación esgrimida fue la documental, la que se utilizó para efectuar el estudio histórico de la jurisdicción voluntaria, ausencia y muerte presunta.

El trabajo está contenido en cuatro capítulos desarrollados de la siguiente manera: el primer capítulo versa sobre la jurisdicción voluntaria notarial; el segundo capítulo analiza la legislación guatemalteca que contienen asuntos de jurisdicción voluntaria notarial; el tercer capítulo aborda la institución de la ausencia dentro de la legislación guatemalteca; y en el cuarto y último capítulo se expone la muerte presentada como un trámite de jurisdicción voluntaria notarial.

## CAPÍTULO I

### 1. Jurisdicción voluntaria notarial

#### 1.1. Breve reseña histórica

La jurisdicción voluntaria es más reciente que la contenciosa. La necesidad de reparar una violación del derecho por un pronunciamiento judicial apareció antes que el anhelo de prevenir por publicidad oficial un acto jurídico, porque una futura relación del derecho es la confusión de una situación jurídica. También para las disposiciones administrativas de carácter jurídico constitutivo, en asuntos de ausencia o de un proceso sucesorio, se consideraba más adecuada la actividad de la autoridad administrativa que la de un procedimiento judicial. La evolución de actos especiales de procedimientos no contenciosos comenzó en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental la que se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

Entre los Siglos XI y XII se marca el momento del inicio del notariado con la adquisición de la fe pública. La función autenticadora de negocios había pasado por distintas manos antes de llegar el notario, quien cumplía distintas funciones públicas o privadas pero desprovistas de fe pública.

Durante este periodo se da una distinción histórica de la función notarial con el inicio de la fe pública ejercida por pretores, magistrados, jueces y notarios, entre otros, así también se clasifica la historia del órgano notarial, mencionando a los notarios romanos y eclesiásticos, tabeliones, notarios longobardos y francos y el notario medieval.

El notario romano, al decir de los autores, era una especie de taquígrafo, que ejercía actividades públicas al servicio de las personas que tenían cargos públicos y tomaba nota de los discursos de los mismos. Como taquigráficos los notarios en un segundo tiempo, formaban un cuerpo al servicio de los tribunales, donde cumplían funciones que

hoy desempeñan los secretarios judiciales, esos notarios, de funciones estatales, pasaron a formar parte de la casa del emperador.

A imitación de estos funcionarios la iglesia de Roma tuvo, desde el Siglo III, un propio cuerpo de notarios, pero en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares estuvo atribuida no a los notarios, sino a otro cuerpo especial de funcionarios, los *tabelliones* organizados en corporaciones. La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del *tabellio*, pero aun no se les concedía la fe pública.

En el Siglo VII después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, es en esta época donde se activa el movimiento inmobiliario, lo que derivó una continua necesidad de documentación, fue aquí donde actuaron los notarios eclesiásticos, que aun no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas, en la forma permitida por la ley. En el transcurso de este período algunos notarios fungieron dentro de sus oficios el de juez. En el Siglo IX este fenómeno se hace más frecuente y se llegó, incluso, a valorar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato, era el juez.

Hay autores que consideran al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, por lo que el notario es emanación del juez.

En el curso del Siglo XI con más exactitud, entre los Siglos XI y XII, el notario italiano, había conseguido un alto prestigio y difusión por lo que adquirió la fe pública; además consigue que los documentos notariales fueran considerados válidos y con ello producir la eficacia de *actio iudicati*, adjudicación del acto, por lo que ya no era indispensable la presencia del juez para este tipo de actos.

En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública hizo que se alcanzaran los juicios fingidos o aparentes, por esta deficiencia en Roma se reglamentó la actividad

notarial por lo que era indispensable su cumplimiento, para el ejercicio de esta y se logró a través de las dos especies procedimentales admitidas, la *in iure cessio*, en posesión del derecho, y la *in iudicio*, según el indicio. El rasgo fundamental del proceso civil romano, es la peculiar división en procedimiento *in iure*, en derecho, ante el magistrado, o *in iudicio*, en presencia ante el *iudex*, juez.

La primera etapa de un proceso judicial de esa época consistía en suprimir la fórmula de sentencia, bastando que el juez dictase un simple *praeceptum de solvendo*, pretensión de solución, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la *actio iudicati*, acto adjudicado; de la segunda etapa en referencia se anula la necesidad de la demanda lo que significa que las partes comparecían ante el juez, y, previo requerimiento de una parte, pero sin formular la demanda, la otra confesaba y el juez pronunciaba un simple *praeceptum de solvendo*, con la eficacia de la *actio iudicati*.

Siguiendo durante la época referida, el notario que había adquirido ya la fe pública, consigue además que este juicio aparente fuera sustituido por una actuación ante aquel, y que el documento que había redactado, de la *pseudo confessio*, confesión aparente de las partes, adquiriera, por virtud de la llamada cláusula *guarentigia* pública, es decir la misma eficacia que el *praeceptum de solvendo del iudex*. Por lo que con dicho procedimiento nacen entonces, los instrumentos públicos denominados instrumentos *guarentigia*.

Por el gran movimiento económico de esa época aumentaron las contrataciones judiciales por lo que entonces surge la necesidad del servicio del notario para agilizar estos trámites, pero aún se tenían dudas sobre la no intervención del juez en estos actos, es así como se nombra Juez ordinario al notario para todos los que fueran actos de jurisdicción voluntaria y otros similares. Los instrumentos *guarentigia*, son los referidos como las manifestaciones de *iudex cartularios*, Juez redactor.

Elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se

venía realizando a través de juicios. El notario encontró así, lo que en el transcurso del tiempo se había venido estimando como función suya, típica. Quedando para el juez la actividad propiamente jurisdiccional, el *ius dicere*, en los procesos civiles.

La actividad notarial se desprende de lo que antes era actividad jurisdiccional. Decía Eduardo Couture que “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 mañana a la administración y aunque vuelvan a su fuente de origen, como se ha propuesto”.<sup>1</sup>

## 1.2. Jurisdicción

Debemos iniciar en el sentido de entender qué es jurisdicción, palabra que deriva del latín *jurisdictio* la cual significa acción de decir el derecho, por lo que se deduce que el único ente facultado para impartir justicia es el Estado por medio del órgano judicial; por lo que efectivamente se entiende por jurisdicción como el ámbito territorial de la aplicabilidad de la normativa jurídica de un Estado en particular. Para entender de una forma certera lo qué es jurisdicción citaremos algunas definiciones, a continuación:

Mario Gordillo dice en su obra derecho Procesal civil guatemalteco, refiriéndose a la jurisdicción, que es “La facultad de administrar justicia, que la ley encomienda a un órgano del Estado, el cual a través de un procedimiento determinado dirime controversias de carácter particular, cuya resolución definitiva adquiere efectos de cosa juzgada, siendo su fin primordial mantener la paz social.”<sup>2</sup>

Eduardo Couture por su parte indica que es la “Función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de

---

<sup>1</sup> Couture, Eduardo. **Fundamentos de derecho Procesal civil**. Pág. 35.

<sup>2</sup> Gordillo Galindo, Mario. **Derecho Procesal civil guatemalteco**. Pág. 15.

cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.<sup>3</sup>

Y por último Manuel Osorio referente al tema cita que “Es la función específica de los jueces. También, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón de territorio, si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido. En este último sentido se habla de jurisdicción administrativa, civil, comercial, criminal, voluntaria, laboral, etc.”<sup>4</sup>

Por lo que analizando las definiciones anteriormente citadas podemos concluir que jurisdicción es la potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir, es decir la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto; su instrumento específico es el poder judicial.

### 1.3. Jurisdicción voluntaria

Es una especie de jurisdicción civil ejercida de acuerdo con el criterio generalmente admitido, en relación con los actos que por disposición de la ley o a solicitud de parte, se requiere la intervención del juez sin que esté promovida ni se origine cuestión alguna entre las partes. La mayoría de los tratadistas le niega el carácter de verdadera jurisdicción, afirmando que constituye una actividad administrativa encomendada a los jueces.

En la actualidad, ese criterio tiene sus opositores, los que sostienen que la jurisdicción llamada voluntaria es verdadera y propia jurisdicción.

La denominación de esta definición deviene que en esta jurisdicción, según la concepción tradicional, no existe contenciosidad.

---

<sup>3</sup> Couture. **Ob.Cit.** Pág. 14.

<sup>4</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 85.

En conclusión, podríamos decir que en la actualidad existen tres formas de aplicar la jurisdicción voluntaria, siendo la primera la aplicada y solicitada ante juez, llamada jurisdicción voluntaria judicial, como lo establece el Artículo 401 de la legislación guatemalteca, en el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107, el cual preceptúa que “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la Ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”; La segunda es en la cual se solicita ante notario como se establece en el quinto considerando Decreto número 54-77, el que indica que “es conveniente ampliar la función del notario a fin de que pueda llevar a cabo los distintos actos en que no hay contención, para facilitar la celebración de los actos de la vida”.

En este Decreto se regula todo lo relacionado con los asuntos que se pueden tramitar en dicha jurisdicción; y una tercera siendo esta iniciada ante notario y concluida por el juez llamándole mixta; en Guatemala solamente la ausencia es la que establece esta última forma de trámite, siempre que se inicie ante notario pues es el juez quien resuelve.

La jurisdicción voluntaria judicial es aquella que solamente es aplicada por los jueces, por lo que de una forma concreta se entiende como jurisdicción voluntaria a aquellos actos en los que por disposición de ley o por solicitud de parte, se requiere de la intervención del juez, sin que esté originada ni se suscite cuestión alguna entre las partes determinadas.

Por lo que podríamos decir que la jurisdicción voluntaria notarial, es aquella en la que el notario actúa a requerimiento de parte para poder dilucidar un asunto, en el cual las partes afectadas están de acuerdo con una solución determinada y que no intervenga juez alguno.

#### 1.4. Principios de la jurisdicción voluntaria notarial

Debemos entender que dentro de las fuentes de la creación del derecho están como fundamento los principios generales de la jurisdicción voluntaria; en el caso de tipo de jurisdicción, no es la excepción, por lo que para ello se hace un análisis de los principios del derecho notarial, ya que estos se aplican de una forma directa en la jurisdicción voluntaria, siendo los siguientes:

De la forma: Este principio afirma que el derecho notarial indica el procedimiento a seguir al momento de ir documentando, por lo que se utiliza en la jurisdicción voluntaria, ya que en esta debemos seguir una forma determinada al redactar las actas notariales y las resoluciones emitidas por los notarios al momento de llevar en su despacho un proceso de esta índole; tomando en consideración que se indica que las resoluciones se deben redactar de forma discrecional, aunque las mismas siempre deben llevar requisitos mínimos y un orden lógico sin excepción.

De la inmediación: Este recita que el notario siempre debe estar en contacto con los requirentes y pendiente de los asuntos que está tramitando en su despacho con relación a lo solicitado.

Del consentimiento: Este se refiere a la aceptación de forma expresa del requirente, por medio de la firma en los documentos en los que aparece, debe de tomarse en cuenta que dicho consentimiento siempre debe de estar libre de vicios, lo que significa que no debe existir hecho ilícito al momento en que el requirente firma en los documentos respectivos.

Autenticación: El notario con su intervención reviste de autenticidad a los documentos faccionados para dichos trámites a través de la fe pública otorgada por el Estado mediante ley, con el registro de la firma y sello debidamente en la Corte Suprema de Justicia.

Publicidad: Este principio tiene amplia aplicación en la jurisdicción voluntaria notarial pues todos los documentos que autoriza el notario y las resoluciones emitidas por este se deben expedir testimonios o certificaciones de lo actuado.

De rogación: Este es un principio fundamental a mi criterio, sin él no se podría dar inicio a un trámite de jurisdicción voluntaria notarial, pues para que el notario de inicio a la actividad notarial requerida debe ser a solicitud de parte o sea que debe ser requerido por la persona o personas interesadas en el asunto.

Seguridad jurídica: Por la fe pública que el Estado le confiere a los notarios por medio de la ley, es decir que los actos que legaliza se tienen por ciertos, eso implica que se tiene seguridad jurídica. Hay que considerar que la excepción en este caso es el precepto que indica que se puede iniciar la nulidad o falsedad de dicho documento como lo establece el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual estipula que “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad”.

Fe pública: Se puede afirmar que la fe pública es un principio real de derecho notarial, pues como ya lo dijimos anteriormente, esto hace que los documentos elaborados por notario creen certeza jurídica lo cual da legalidad a dichos documentos.

También se deben tomar en cuenta como principios generales de la jurisdicción voluntaria notarial los siguientes:

La escritura: Este principio es fundamental pues como ya lo hemos mencionado el notario debe de hacer constar todo por escrito, en este caso por medio de actas notariales, resoluciones, avisos, publicaciones o certificaciones.

Publicidad: Como ya se indicó con antelación, todo lo elaborado por notario es público, con excepción de algunos asuntos que establece la ley. En esta jurisdicción todo es

público, pues el expediente puede ser solicitado al notario que lo tramita, de igual forma se ordenan publicaciones en el diario oficial y en uno de mayor circulación, asimismo se expiden certificaciones de lo actuado y de los avisos correspondientes.

**Sencillez:** Este principio asegura que el notario debe de redactar todos los documentos con tecnicismo, pero al mismo tiempo con sencillez o sea que quien firme dicho documento entiende a la perfección lo que está firmando, por lo que debe evitar el uso del lenguaje redundante y que no sea difícil o confuso para su interpretación.

**Dispositivo:** Este principio afirma que los medios de prueba, como lo son la iniciativa y el impulso, están a cargo de los solicitantes como interesados.

**Economía Procesal:** Este principio es importante en los asuntos de jurisdicción voluntaria pues el mismo establece que en dicha jurisdicción, si el notario es capaz y diligente y actúa con dedicación y esmero dará una solución rápida al asunto que tramita. Lo que consiste en que los tribunales se deben descongestionar Procesal y económicamente, para concluir a la mayor brevedad posible el trámite relacionado; por otro lado el requirente obtendría resultados favorables en menos tiempo, lo cual implicaría un ahorro para él mismo y el notario obtendría por su parte una fuente adicional de trabajo.

También dentro de los principios de jurisdicción voluntaria notarial debemos tomar en cuenta los establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, que adopta como disposiciones comunes, partiendo del Artículo 401 del mismo cuerpo legal el cual cita: “la jurisdicción voluntaria comprende los actos en que por disposición de la Ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes determinadas”; de igual forma en el Artículo 402 reza el principio general “las informaciones que las Leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificación de partidas, etc., y todos los que no estuvieren especialmente reglamentados, se sujetarán a lo dispuesto en este título aplicándose, además, lo que

particularmente establezcan como requisito especial las leyes respectivas”; en el Artículo 403 establece “Las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia; cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que dentro del tercer día, la evacúe. Los documentos que se presentarán y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación. Se oirá al Ministerio Público:

1. Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos.
2. Cuando se refiere a personas incapaces o ausentes”.

Con respecto a la oposición que se establece en el Artículo 404 si este llegara a suscitarse, el asunto se convertiría en contencioso. Cuando la solicitud se realizare por personas que no tengan derechos en el asunto el juez la rechazará de oficio; para terminar podríamos concluir con lo que establece el Artículo 405 “El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa”.

Es así como los procesos relacionados con la jurisdicción voluntaria notarial regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil, en su mayoría solamente pueden ser tramitados ante juez, pero a partir de la emisión del Decreto 54-77 del Congreso de la República, se les faculta a los notarios para poder tramitar algunos procesos de jurisdicción voluntaria, por lo que podemos denotar los siguientes principios en dicha normativa:

Consentimiento unánime: Este afirma que para que un trámite de jurisdicción voluntaria notarial pueda llevarse ante notario, se debe de tener el consentimiento unánime de todos los interesados en el asunto, si en cualquier momento alguna de las partes manifestase oposición, el notario deberá abstenerse de seguir conociendo y deberá remitirlo al tribunal competente.

Debe de tomarse en cuenta que este principio es vital para poder iniciar el trámite con el notario, pues sin este no podría llevarse el asunto, pues de nada serviría que un noventa y nueve por ciento estuvieran de acuerdo si un uno por ciento no lo está, por lo que en este supuesto el notario no podría tramitarlo.

De tal forma los efectos que produce según Javier Efraín Santizo Vicente son los siguientes:

“Sin consentimiento unánime de todos los interesados el notario no podría actuar, si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación manifestare oposición, el notario se abstendría de seguir conociendo y remitirá lo actuado al juez competente”.<sup>5</sup>

Actuaciones y resoluciones: En este principio se establece que el notario debe de hacer constar todo lo actuado en actas notariales, resoluciones que deberán ser de forma discrecional, pero debiendo contener la firma de este, los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección del bufete profesional de quien los elaboró.

De esa cuenta que el trámite en jurisdicción voluntaria notarial da inicio con un acta notarial de requerimiento, la que deberá llenar los requisitos establecidos en el Código de Notariado en el Artículo 60 “El notario, en los actos en que por disposición de la Ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten”; Artículo 61 “El notario hará constar en el acta notarial: el lugar, fecha y hora de la diligencia; el nombre de la persona que lo ha requerido; los nombres de las personas que además intervengan el acto; la relación circunstanciada de la diligencia; y el valor y número de orden del papel sellado en que estén extendidas las hojas anteriores a la última. En los protestos, inventarios y diligencias judiciales, observará las disposiciones especiales determinadas por la ley, para cada caso, sin que sea obligatoria la concurrencia de testigos”; Artículo 62 “El notario numerará, sellará y firmará todas las hojas del acta”.

Tomando en cuenta los requisitos que se deben cumplir en todas las actas notariales,

---

<sup>5</sup> Santizo Vicente, Javier. **Aplicación y procedencia de los principios fundamentales de ley reguladora de la Tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria.** Pág. 39.

que se faccionen en un trámite de jurisdicción voluntaria notarial podríamos decir que este principio es de forma, por todas las formalidades que se deben de satisfacer para su realización. De igual manera las resoluciones notariales deben de contener la dirección de la oficina profesional, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario; también los avisos y publicaciones deben observar las mismas formalidades; es decir que si alguien quiere oponerse al trámite sepa a donde acudir para poder hacerlo.

Colaboración de las autoridades: En él la administración es auxiliar del notario y no el notario es auxiliar del juez.

De esta forma se regula en el Decreto 54-77 en el Artículo tres “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 requerirlos tres veces podrán acudir al juez de primera instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido”.

Audiencia a la Procuraduría General de la Nación: El Artículo cuatro del Decreto 54-77 establece “En los casos que esta Ley disponga, será obligatoria la audiencia al Ministerio Público, 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 Ministerio Público en los casos de duda o cuando lo estime necesario. Cuando la opinión del Ministerio Público fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución”.

Las funciones que antes tenía el Ministerio Público en asuntos de jurisdicción voluntaria, actualmente las está conociendo la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento en lo regulado en el Decreto 25-97 del Congreso de la República, de fecha 9 de abril de 1997. Se debe de toma en cuenta que la opinión de la Procuraduría General de la Nación es vinculante ya que la misma obliga.

Como ya lo hemos visto la Ley determina los casos en los que existe obligatoriedad de

audiencia otorgada por la Procuraduría General de la Nación, para que esta emita o no dictamen favorable, pues sin ese dictamen no se puede dictar ninguna resolución; lo cual obligaría al notario a notificar dicha resolución a los interesados y remitir el expediente al Juez para que lo resuelvan en la vía contenciosa, pues si este llegara a continuar con dicho proceso lo haría bajo pena de nulidad. También hay que considerar, que en algunos casos no es necesaria dicha audiencia sino que la misma puede ser opcional y para concluir debemos tomar en cuenta que, al Juez la opinión no le obliga, contrario *semsu* al notario si.

Ámbito de aplicación de la ley y de opción al trámite: Al respecto podemos decir que los interesados tienen opción de llevar el trámite en jurisdicción voluntaria notarial o jurisdicción voluntaria judicial según les convenga. Como lo establece el Artículo cinco del Decreto 54-77, el que cita que “Esta Ley es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación notarial se permita 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 al judicial, según lo estimen conveniente, para la recepción de los medios de publicación, deben de observarse los requisitos que preceptúa el Código Procesal Civil y Mercantil. En cualquier momento la tramitación 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”.

Inscripción en los registros: Al dictarse la resolución final en cualquier asunto de jurisdicción voluntaria el notario debe expedir certificación, siempre y cuando la ley no indique otro requisito. En la práctica lo común es lo que mencionamos anteriormente, aunque lo establecido en la ley es que puede ser de cualquier documento.

Dicha certificación puede expedirse por los medios acostumbrados, la transcripción literal de la misma o a la reproducción por medio de la fotocopia o fotostática auténtica del documento que concluye el trámite. Dicha certificación se envía con duplicado a los registros respectivos con la finalidad que estos permanezcan con el duplicado y

únicamente se razone el original, según lo que instituye el Artículo 6 del Decreto Ley 54-77, el que preceptúa “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, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado”.

Remisión al Archivo General de Protocolos: Al concluir cualquier asunto de jurisdicción voluntaria notarial, el notario que realizó dicho trámite debe enviar el expediente completo al Organismo Judicial a la dependencia del Archivo General de Protocolos y dicha institución dispondrá la forma de archivarlo. Hay que tomar en cuenta que no existe un plazo determinado para enviar el expediente al Archivo General de Protocolos, tampoco sanción alguna para aquellos que no lo hagan. Al respecto el Artículo siete del mismo cuerpo legal reza “Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive”.

## **CAPÍTULO II**

### **2. Asuntos que se tramitan en jurisdicción voluntaria notarial**

#### 2.1. Legislación guatemalteca que contienen asuntos de jurisdicción voluntaria notarial

##### 2.1.1. Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107

Este Decreto fue emitido por el jefe de gobierno Enrique Peralta Azurdía, el 14 de septiembre del año 1963 y entró en vigencia el primero de julio de 1964, en este código se tienen regulados los principios de jurisdicción voluntaria y se les denominan disposiciones comunes, partiendo de los actos de jurisdicción voluntaria como lo establece la misma ley en el 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 ante las partes determinadas”.

El Artículo 402 regula como principio general “las informaciones que las leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificación de partidas, entre otros, y todos los que no estuviesen especialmente reglamentados, se sujetarán a lo dispuesto en este título, aplicándose, además, lo que particularmente establezcan como requisito especial las leyes respectivas”.

De la misma manera nos damos cuenta que el Artículo 403 establece las solicitudes de la siguiente forma: “las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formulan por escrito ante los jueces de primera instancia; y cuando fuere necesario la audiencia de alguna persona, se le notificará para que dentro del tercer día, la evacúe.

Los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación.

Se oirá al Ministerio Público, ahora a la Procuraduría General de la Nación, primero, cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y segundo, cuando se refiere a personas incapaces o ausentes.

Con respecto a la oposición codifica el Artículo 404 del mismo cuerpo lo siguiente: “Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos.

Si la solicitud se hiciere por alguien quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará de oficio”.

Y para finalizar con lo establecido en los principios generales de la jurisdicción voluntaria en el Decreto Ley 107 se establece en el Artículo 405 el carácter revocable de las providencias: “El Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa”.

Como podemos observar el decreto referido establece que únicamente algunos asuntos pueden ser tramitados ante notario, pues al regular las disposiciones comunes se refiere siempre al juez y no al notario; esto es comprensible pues ya que en dicha normativa regula pocos asuntos que pueden tramitarse ante notario siendo estos únicamente la identificación de terceros o acta de notoriedad en el Artículo 402, las subastas voluntarias en el Artículo 409, los procesos sucesorios cuando los herederos estén de acuerdo Artículo 454 y el proceso testamentario en caso de testamento abierto Artículo 461.

Todos los demás asuntos que pueden ser tramitados ante notario por acuerdo de las partes se encuentran regulados en el Decreto 54–77 del Congreso de la República como lo veremos mas adelante.

## 2.1.2. Ley reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Ley 54-77 del Congreso de la República.

Damos inicio dando a conocer los antecedentes a la emisión de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Notarial.

El Colegio de Abogados y Notarios delega el proyecto de dicha normativa a Mario Aguirre Godoy y él lo presentó ante este órgano colegiado el dos de septiembre del año 1974. Dicho proyecto contemplaba que podía, además, tramitarse ante notario, el divorcio y separación por mutuo consentimiento y la titulación supletoria. Aguirre Godoy introducía dentro del proyecto referido solamente 49 Artículos pues era necesario que fuera lo más comprimido posible en número de artículos, y que su estructura estaba conformada por dos títulos, siendo el primero el de las disposiciones generales que debían ser aplicadas a toda la tramitación de la jurisdicción voluntaria notarial y en dichas disposiciones se regulaba la forma en que debía solicitarse la intervención de un notario, la manera de documentar los actos y de registrarlos y la importancia de la intervención del Ministerio Público, institución que en ese entonces realizaba los trámites relacionados que hoy en día los efectúa la Procuraduría General de la Nación, y cómo había desarrollado cada Artículo explicando el espíritu de cada uno de los mismos en dicha Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

En el año de 1977 se realizó en Guatemala el catorceavo congreso de la Unión Internacional del Notario Latino, en esa oportunidad el Congreso de la República conoció dicha ley y fue sancionada por el Presidente de la República de ese entonces Kjell Eugenio Laugerud García. Durante el acto inaugural, en las memorias del Congreso Notarial referido, se encontró el dictamen emitido por la comisión de gobernación del Congreso de la República, que equivalía a una exposición de motivos.

Como podemos darnos cuenta el Decreto 54-77 entró en vigencia el tres de noviembre del año de 1977, conteniendo los siguientes asuntos que se pueden tramitar ante

notario siempre que no exista litis, la ausencia, disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes; Artículo 11 reconocimiento de preñez y parto; Artículo 14 cambio de nombre; Artículo 18 omisión y rectificación de partidas; Artículo 21 determinación de edad; Artículo 22 omisión de errores en el acta de inscripción; Artículo 23 constitución de patrimonio familiar. Comparto opinión con Nery Roberto Muñoz respecto al hecho que en dicho cuerpo normativo no se regula la remisión del expediente al finalizar el trámite al Archivo General de Protocolos en tiempo determinado, pues esto provoca que algunos notarios no remitan los expedientes.

### 2.1.3. Ley de rectificación de área Decreto Ley 125-83.

La Ley de Rectificación de Área Decreto Ley 125 – 83 fue emitida el trece de octubre del año de 1983, por el jefe de Estado, entró en vigencia quince días después de su publicación en el diario oficial de Centroamérica. Con la emisión de dicho decreto vino a ampliarse aún más el campo de actuación del notario en asuntos de jurisdicción voluntaria, pues esta última ley emitida en materia de jurisdicción voluntaria notarial, tiene como propósito reglamentar un procedimiento veloz y que al mismo tiempo garantice los derechos de terceras personas y los propios intereses del Estado, cuando por diversas causas figuran inscritos en el Registro de la Propiedad, bienes inmuebles urbanos, con áreas distintas a las que real y físicamente comprenden. Lo único controversial que encontramos con dicha normativa es que en la actualidad no se puede determinar en dónde inicia o concluye el área urbana.

### 2.2. La identificación de tercero o acta de notoriedad

Debemos iniciar explicando que el nombre es aquel con el cual se identifican las personas, como se establece el Artículo cuatro del Código Civil el que literalmente establece “La persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados o el de sus padres no casados que lo hubieren reconocido. Los hijos de madre soltera serán inscritos con los apellidos de esta. Los hijos de padres

desconocidos serán inscritos con el nombre que les dé la persona o institución que los inscriba. En el caso de los menores ya inscritos en el Registro Civil con un solo apellido, la madre, o quien ejerza la patria potestad, podrá acudir nuevamente a dicho registro a ampliar la inscripción correspondiente para inscribir los apellidos”.

En Guatemala nos identificamos con un nombre de pila, comúnmente escogido por los padres y con apellidos utilizando el primero del padre y el segundo de la madre, casados o unidos; y con los dos apellidos de la madre cuando solo esta los reconoce. Además ocurre constantemente que una persona utilice su nombre de forma distinta al que está inscrito en su partida de nacimiento, como por ejemplo la persona se llama Juan Antonio Quic Sapon y esta en sus presentaciones sociales y familiares firma como Juan Quic Sapon o Antonio Quic Sapon.

En este caso, la persona debe abocarse ante un notario, y declararle bajo juramento esta circunstancia, quien lo hace constar en una escritura pública de identificación de persona, posteriormente debe inscribirse el testimonio de dicha escritura en el registro civil donde esté inscrita la certificación de nacimiento. El registrador realizará una anotación al margen del asiento de la partida de nacimiento, de los otros nombres que ha utilizado para identificarse constante y públicamente.

También existe el trámite de identificación de terceros y este se produce cuando la persona que solicita la identificación de terceros o acta de notoriedad, no es el propio interesado, es de hacer referencia que se le llama acta de notoriedad pues lo que se declara es un hecho notorio.

Otra situación diferente ocurre cuando en la inscripción del acta de nacimiento no se asienta los datos correctamente, dicha persona en este supuesto debe iniciar un trámite denominado rectificación de partida ante un notario.

También sucede que a algunas personas no les agrada el nombre que sus padres le inscribieron en el registro civil y por esas circunstancias desean cambiarlo, debiendo

iniciar un trámite de cambio de nombre, este trámite está regulado en los artículos siguientes: Artículo cinco del Código Civil “El que constante y públicamente use nombre propio o apellido distinto del que consta en su partida de nacimiento, o use incompleto su nombre, u omita alguno de los apellidos que le corresponden, pueden establecer su identificación por medio de declaración jurada hecha en escritura pública, por la misma persona si fuere mayor de edad o por sus padres que ejercitan la patria potestad.

También podrá hacerse por cualquiera que tenga interés en la identificación conforme el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil”.

El Artículo 440 del cuerpo legal antes mencionado, preceptúa al respecto de la identificación de persona “Cualquier persona que, constante y públicamente, hubiere usado y fuere conocida con nombre propio distinto de que aparece en su partida de nacimiento o usare el nombre incompleto, u omitiere alguno de los apellidos que le corresponde, podrá pedir ante un notario, conforme a lo establecido en el Código Civil, su identificación, la que se hará constar en escritura pública; el testimonio y una copia se presentará al Registro Civil correspondiente para la anotación de la partida.

La identificación de un tercero se podrá pedir ante el juez de primera instancia o un notario. La solicitud se mandará a publicar en el diario oficial en un edicto que contendrá el nombre completo de la persona cuya identificación se pide, los nombres y apellidos que hubiere usado constante y públicamente y los que aparezcan en su partida de nacimiento. El solicitante aportará la documentación que tuviere y propondrá la información de testigo, pudiendo ser parientes de la persona de cuya identificación se trate.”

El Artículo 442 del Código Procesal Civil y Mercantil, al referirse al acta de notoriedad, regula: “En el caso de identificación de un tercero ante notario, una vez publicado el edicto a que se refiere el Artículo 440 y pasado el término para la oposición sin que esta se haya hecho valer, el notario podrá hacer constar la notoriedad de la identificación en acta que contendrá:

1. Requerimiento de la persona interesada, comprobando la calidad con que actúa.
2. Declaración jurada del interesado de testigos, acerca de los extremos de su solicitud.
3. Declaración de dos testigos, cuando menos, pudiendo ser parientes de la persona de cuya identificación se trate.
4. Relación de los documentos que se han tenido a la vista.
5. Declaratoria de la notoriedad de la identificación, justificada suficientemente a juicio del notario.

El notario compulsará certificación del acta que enviará, para los efectos de su inscripción en el registro respectivo; y remitirá el expediente al Archivo General de Protocolos”.

En el Decreto Ley 54-77 Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria el cambio de nombre se encuentra estipulado en el Artículo 18 el cual estipula lo siguiente: “La persona que por cualquier motivo desee cambiar su nombre de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, lo puede solicitar ante notario, expresando los motivos que tenga para hacerlo y el nombre completo que quiera adoptar.

El notario recibirá la información que se ofrezca por el solicitante y dispondrá que se publique el aviso de su solicitud en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces en el término de treinta días.

El aviso expresará el nombre completo del peticionario, el nombre que desea adoptar y la advertencia de que puede formalizarse oposición por quienes se consideren perjudicados, por el cambio de nombre”.

Artículo 19 “Resolución. Recibida la información y transcurridos diez días a partir de la última publicación, sin que haya habido oposición, el notario hará constar el cambio de nombre y dispondrá que se publique por una sola vez en el Diario Oficial y que se comunique al Registro Civil para que se haga la anotación correspondiente”.

Artículo 20 “Oposición. Si se hubiere presentado oposición, el notario remitirá el expediente al tribunal competente para que con audiencia en incidente al oponerse, resuelva si procede o no el cambio de nombre, de conformidad con lo que establece el Artículo 439 del Código Procesal Civil y Mercantil”.

El trámite a seguir es el siguiente: primero se redacta el acta de requerimiento, si el trámite es ante notario, el segundo paso se produce con la primera resolución con la cual se inicia las diligencias voluntarias de identificación de tercero, ordenando la publicación de un edicto; posteriormente se hace una publicación de un edicto en el diario oficial que deberá contener el nombre completo de la persona cuya identificación se pide, los nombres y apellidos que hubiere usado constante y públicamente y los que aparezcan en su partida de nacimiento; el cuarto procedimiento consiste en lapso en el cual se podría presentarse oposición, dentro el plazo de los diez días siguientes a la fecha de publicación del edicto.

Si así fuere el notario suspenderá las diligencias y deberá remitir el expediente al juez de primera instancia resolviéndose en juicio ordinario; ulteriormente si no se presenta oposición dentro de plazo establecido el notario hará constar la notoriedad en acta notarial; después se debe compulsar la certificación del acta respectiva en duplicado y enviarla al Registro Civil en donde se encuentra registrado el nacimiento de la persona cuya identificación se trate; y para finalizar el trámite relacionado por último el notario deberá remitir el expediente al Archivo General de Protocolos.

Hay que tomar en consideración que no existe ningún plazo para dicha entrega y tampoco existe ninguna sanción para el notario que no lo remita.

### 2.3. Subasta voluntaria

Subasta se deriva de las palabras latinas *sub asta* que significa bajo la lanza, por la forma en que se vendía el botín del enemigo. En la actualidad en realidad es la venta de los bienes, muebles o inmuebles al mejor postor por mandato de juez o con la intervención de la justicia, de igual manera el arrendamiento de bienes públicamente al que más ofrezca.

Por lo anterior deduce Nery Muñoz en su libro de jurisdicción voluntaria notarial, refiriéndose a las subastas, se pueden clasificar como “judiciales y extrajudiciales, las extrajudiciales son las de mayor garantía o sea las notariales, las hay por causa determinada las hay voluntarias y forzosas, por los requisitos, ordinarias y extraordinarias, por la graduación, primeras, segundas o terceras, por las condiciones de postura, con sujeción a tipo o sin sujeción a él, que también se llaman con base o sin base”.<sup>6</sup>

Por otro lado podríamos concluir que la subasta judicial es aquella que promueve el dueño de los bienes que se ofrecen en venta pública a mejor postor. Mientras las subastas notariales son aquellas que se realizan a instancia de parte con derecho para enajenar un bien o para pedir su enajenación, esta subasta se debe realizar ante un notario. La regulación de la subasta pública se encuentra en el Código Procesal Civil y Mercantil a partir del Artículo 447 al Artículo 449.

Artículo 447 de la ley preceptúa “Para que pueda anunciarse subasta judicial voluntaria, deberá acreditarse por el que la solicite, que le pertenece lo que ha de ser objeto de la subasta y los gravámenes y anotaciones vigentes, que aparezcan en el registro, debiéndose a los que tengan interés. Llenados los requisitos anteriores el juez accederá al anuncio de la subasta, en la forma y bajo las condiciones que propusiere el que la haya solicitado, pudiendo repetirse cuantas veces lo pida el interesado.”

---

<sup>6</sup> Muñoz Nery, Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**. Pág. 43.

El Artículo 448 del código citado, al referirse a la subasta voluntaria regula: “Condiciones de la subasta. En la subasta voluntaria, el vendedor o quien legitimante represente sus derechos, es libre para establecer las condiciones que le convengan y para aceptar las propuestas por el postor.

Sin que conste el consentimiento del vendedor, el juez no podrá apercibir de remate; y el secretario o testigos de actuación, cuidaran de hacerlo constar en el acta respectiva y de puntualizar en la misma todas las condiciones del contrato”.

Además el Artículo 449 del mismo cuerpo legal, al respecto de la subasta ante notario establece “Las subastas voluntarias a que se refiere este capítulo podrán llevarse a cabo ante notario, en las condiciones que libremente fijen las partes”.

El trámite a seguir en la subasta pública según la legislación antes expuesta, infiere que es el siguiente: se inicia con el acta notarial de requerimiento. Debiendo presentar para la elaboración de dicha acta la acreditación de la propiedad, declarar las cargas de las subastas y las bases de la misma.

De igual forma el derecho del propietario de aceptar o no las ofertas que se le planteen, el siguiente paso consiste en emitir la primera resolución en la cual se accede al anuncio de la subasta y bajo qué condiciones se llevará a cabo, después de esto se realizará la publicación de edictos y la notificación a los interesados, lo siguiente sería la redacción del acta notarial de subasta voluntaria.

En el acta notarial relacionada, en la cual el notario declara el remate, se deben puntualizar las condiciones que se tengan que hacer constar en el contrato correspondiente; lo que posteriormente procede es faccionar la escritura pública traslativa de dominio del objeto subastado y efectuar el pago de impuestos respectivos.

Para finalizar dicho trámite, se debe efectuar la presentación de testimonio respectivo al Registro de la Propiedad y avisos a donde corresponda y la remisión del expediente

al Archivo General de Protocolos.

#### 2.4. Proceso sucesorio

Existen dos clases de procesos sucesorios siendo estos, el primero cuando existe testamento o sea que ya existen herederos estipulados en el mismo, llamado proceso sucesorio testamentario y un segundo cuando no existe testamento alguno, llamado proceso sucesorio intestado. Por lo que podemos inferir que dentro de las disposiciones generales especificadas en la legislación encontramos que el fin de este es determinar lo siguiente: el fallecimiento del causante o su muerte presunta; los bienes relictos; las deudas que gravan la herencia; los nombres de los herederos y la partición de la herencia.

Las formas en las que se puede tramitar tanto el proceso sucesorio testamentario e intestado, según la legislación guatemalteca son: la judicial radicándolo ante juez competente y la extrajudicial radicándolo ante notario, siempre que todos los herederos estén de acuerdo con relación a la herencia. A este respecto es importante mencionar que en cualquier momento que uno de los supuestos herederos no esté conforme con lo tramitado podrá oponerse a dicho proceso y derivado de esa conducta el notario deberá remitir las actuaciones a un juzgado competente; de igual manera podría suceder el caso contrario en el supuesto que el trámite se esté conociendo con intervención de juez y todos los supuestos herederos lo remitan a un notario de confianza para que este concluya dicho trámite.

El trámite notarial referido se inicia realizando como primer paso el acta notarial de requerimiento, este proceso lo pueden iniciar el cónyuge supérstite, los herederos, la Procuraduría General de la Nación, los legatarios, los acreedores ó el albacea, presentando para tal efecto los documentos esenciales para la radicación del mismo, siendo estos: el certificado de defunción o la certificación de declaratoria de muerte presunta, los documentos justificativos del parentesco si fuere el caso, y testamento si fuere proceso testamentario por lo que se debe solicitar al Registro General de la

Propiedad informe del mismo.

Posteriormente procede el faccionar la primera resolución en la que deberá resolver, declarar promovido el proceso sucesorio, dar aviso al registro de procesos sucesorios, requerir informes a los registros de la propiedad sobre si el causante otorgó testamento o donaciones por causa de muerte, fijar el lugar, fecha y hora para la junta de herederos e interesados, publicar edictos citando a los que tengan interés en el asunto, nombrar experto valuador y darle intervención a la Procuraduría General de la Nación. Se continúa con la publicación de los edictos en el diario oficial, estos deben publicarse por tres veces dentro del término de quince días, en el diario oficial y deben contener día, hora y lugar, para realizar la junta de herederos.

El cuarto paso consiste en dar el aviso al registro de procesos sucesorios, este procedimiento está establecido en el Decreto 73-75 del Congreso de la República, el cual crea dicho registro, adscrito a la Secretaria de la Corte Suprema de Justicia y su objeto es llevar el control de los procesos sucesorios radicados para evitar duplicidad de un mismo proceso. Debemos considerar que sin el comprobante de inscripción de este registro no se podrá dictar el auto final, el plazo para enviar este aviso es de ocho días después de la radicación del proceso, pues el retraso de dicho aviso hace incurrir al notario en una sanción establecida en multa.

Posteriormente se solicitan informes a los registros de la propiedad, esto se requiere para determinar si el causante otorgó o no testamento o donaciones por causa de muerte, pues podría ocurrir que los herederos desconocían si existían disposiciones de última voluntad; luego se facciona el acta notarial de junta de herederos, en ella se debe hacer constar que los herederos aceptan o renuncian de forma expresa a la herencia, por su parte el cónyuge supérstite podrá pedir que se haga constar lo relativo a los bienes de gananciales, la inasistencia de alguno de los herederos de forma justificada no impedirá la celebración de dicha junta.

La ley indica que posterior a la celebración de la junta de herederos se debe expedir el

acta notarial de inventario; el notario deberá proceder a realizar inventario sobre el patrimonio hereditario existente, describiendo los bienes del causante, los derechos y acciones que constituyen el activo del mismo, así como la conformación del pasivo compuesto por las obligaciones, gastos y las costas que graven la herencia, de igual forma lo relativo a bienes gananciales y litigiosos; al acta adjuntaran los documentos que justifiquen el pasivo.

Después de faccionar el acta de inventario relacionada, se debe correr audiencia a la Procuraduría General de la Nación, enviando el expediente completo para que emita su opinión de forma favorable o desfavorable al proceso sucesorio, pues esta institución es representante de los herederos que se consideran ausentes, mientras no se presenten o acrediten su representación legítima, de igual forma que a los menores o incapaces, que no tengan representante, al Estado y a las universidades en caso de herencia vacante, por lo que la procuraduría puede pedir los documentos necesarios o los que estime pertinentes, además de solicitar la enmienda de los ya presentados e impugnar el inventario realizado, si dicha institución emite un dictamen favorable, podrá dictarse el auto declaratorio de herederos y si la resolución es desfavorable el notario deberá remitir el expediente a juez competente. Y el último procedimiento es el de emitir un auto declaratorio de herederos, en el que el notario dictará la resolución final de forma razonada reconociendo a los herederos legales a quienes corresponda según el orden de sucesión intestada preceptuado en los Artículos del 1078 al 1084 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La fase administrativa de este trámite, consiste en la liquidación de la mortual por parte del departamento de herencias legados y donaciones de la dirección de catastros y avalúo de bienes inmuebles.

El notario para tales efectos entregará el expediente para que procedan a efectuar la liquidación fiscal de acuerdo con las disposiciones de la legislación, la liquidación debe ser aprobada por la Contraloría General de Cuentas, toda vez aprobada la liquidación se debe proceder a efectuar el pago de los impuestos que corresponden.

Se continúa con la fase de titulación y registro, en la que el notario debe compulsar testimonios a las partes conducentes del proceso, debiendo en todo caso los pasajes que contengan reconocimiento de herederos, la aprobación de las actuaciones y la liquidación fiscal. Dicho testimonio con duplicado deberá presentarse en los registros correspondientes en un plazo de quince días siguientes a su compulsión y dar los avisos que corresponden a las transferencias de los bienes sujetos en el trámite.

El notario deberá remitir el expediente al Archivo General de Protocolos, una vez cumplidas todas las diligencias antes descritas, previamente y si es requerido podrá proceder a efectuar la partición de los bienes de la herencia.

## 2.5. La ausencia

Se considera ausente a 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 sea para poder ejercer un derecho o facultad, o que otro lo ejercite en su contra. Más concretamente, se refiere a la persona cuyo paradero y existencia se ignora, por haber desaparecido de su domicilio habitual o de haber dejado de dar noticias suyas.

Con respecto al concepto referido 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”.<sup>7</sup>

También menciona lo escrito por Espín Canovas: “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. Este concepto de la ausencia tiene, a su vez, dos modalidades: ausencia

---

<sup>7</sup> Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 70.

propriadamente dicha y desaparición, la doctrina alemana llama a esta última ausencia calificada, y a la primera, ausencia simple, la desaparición se caracteriza por la circunstancia del peligro que la acompañó como la desaparición en guerra, naufragio, incendio, entre otras, circunstancia que falta en la ausencia propriadamente dicha”.<sup>8</sup>

La regulación legal la encontramos en el Código Civil, en el Artículo 42 “Es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.”

Con respecto al domicilio: “El domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él.” Artículo 32 del Código Civil. El Decreto 54-77 tiene el trámite de declaratoria de ausencia en los Artículos ocho, nueve y diez respectivamente los que textualmente reglamentan “Solicitud. La solicitud para que se declare la ausencia de una persona puede ser presentada por quien tenga interés ante notario. El notario, con notificación a la Procuraduría General de la Nación, recibirá información testimonial o documental, que compruebe lo siguiente: El hecho de la ausencia; la circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado; y el tiempo de la ausencia”.

“Publicaciones: El notario en la primera resolución que dicte, dispondrá la publicación de la solicitud en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces durante un mes debiendo contener los edictos la relación del asunto para que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación del presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y firma del notario”.

“Remisión del expediente al tribunal competente. Pasado el término de las publicaciones o manifestada oposición por algún interesado, “el notario remitirá lo actuado al tribunal competente para los efectos del nombramiento del defensor judicial y continuación de la tramitación, de acuerdo con lo establecido con el Código Procesal

---

<sup>8</sup> **Ibid.** Pág. 70.

Civil y Mercantil.... ”.

El trámite notarial ha seguir es el siguiente:

Primero el acta notarial de requerimiento. En esta el solicitante, que puede ser cualquier persona interesada, acude ante el notario, exponiéndole el hecho de la ausencia, la falta de un mandatario que pueda representar al presunto ausente y el tiempo de la ausencia. Debe acompañar la prueba como la certificación de nacimiento del ausente, constancia de no tener mandatario constituido y cualquier otra que se considere pertinente, si fuere pariente acreditar el parentesco.

Lo que a continuación procede es el faccionar la primera resolución, esta le da trámite a la solicitud, teniendo por incorporados los documentos que se hubieran presentado y ordenado, en dicho trámite también se notifica a la Procuraduría General de la Nación, como representante de los ausentes, se recibe la prueba testimonial que hubiera sido ofrecida, se ordena la publicación de los edictos en el diario oficial y en otro de mayor circulación.

Posteriormente se da la declaración testimonial, la que se recibe en actas notariales en las cuales se establece el hecho de la ausencia, hacer constar que no existe representante legal del presunto ausente y el tiempo que se ha ausentado.

Lo que procede es la publicación de los edictos, en estos se cita al presunto ausente, y también a los que se consideren con derecho a representarlo, indicando el asunto para el cual ha sido pedida la declaración de ausencia.

Seguidamente se procede al nombramiento del defensor judicial. Si no existe oposición, recibidas las pruebas y publicados los edictos, el notario debe presentar el expediente al tribunal competente para nombrar al defensor judicial y continuar para finalizar el trámite notarial; culminado lo anterior se remite el expediente al órgano judicial competente, siendo este un proceso de naturaleza mixta, ya que lo inicia el notario y lo

finaliza el juez.

La resolución o auto final declarando la ausencia la dicta el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial. Se nombra un guardador quien asume la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si lo hubiera.

Es importante hacer notar que, antes de entregar el expediente al juez, el notario puede pedir en cualquier momento la intervención judicial para que se tomen medidas precautorias urgentes. El notario también bajo su responsabilidad puede autorizar inventario de los bienes del ausente, pero es el juez quién resuelve lo relativo al depósito de los mismos.

Al convertirse el proceso en judicial, las facultades del guardador y administrador de los bienes se regulan de conformidad con lo establecido en los Artículos 415 y 416 del Código Procesal Civil y Mercantil.

## 2.6. La disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes

Es importante recalcar que no puede disponerse ni gravarse bienes de menores, incapaces y ausentes, sin que, previamente, se hayan seguido y declarado con lugar las diligencias conocidas como de utilidad y necesidad.

La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. “Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”, Artículo ocho Código Civil, antes de llegar a la mayoría de edad, es en el ejercicio de la patria potestad que se le 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.

En el matrimonio y en la unión de hecho se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre. En los otros casos por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

También debemos establecer que los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales, como está regulado en el Artículo 14 del Código Civil.

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 las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.

Podemos deducir de lo anterior que es en principio el defensor judicial y en definitiva el guardador, quién lo representa. Dicha representación no es tan amplia como para disponer o gravar los bienes de los que representan, y por lo tanto siendo sus representantes legales deben contar con la autorización respectiva.

La minoría de edad es en la que se encuentra una persona antes de llegar a la mayoría de edad. El asunto ha sido discutido, por considerarse que la mayoría de edad no determina la madurez de una persona, ya que esta no siempre coincide con la edad.

Guillermo Cabanellas, afirma al respecto que “el menor de edad es un incapaz jurídico, absoluto en principio; pero atenuado por muchos preceptos legales”.<sup>9</sup>

No obstante lo anterior, el menor es un elemento activo en las relaciones jurídicas, pues existen muchos jóvenes y niños que compran sus útiles escolares y muchos artículos para sí mismos; y otros más reciben cosas en préstamo, ingresan a asociaciones, alquilan computadoras, y disponen de los objetos de su propiedad.

---

<sup>9</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 60.

En Guatemala el menor de edad tiene aptitud para algunos actos que las mismas leyes le permiten, como por ejemplo lo que se preceptúa en el Artículo 94 del Código Civil, al indicar que “los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres o tutores, o presentar autorización escrita de ellos, en forma auténtica, o judicial si procediera y, además, las partidas de nacimiento, o si esto no fuere posible, certificación de la calificación de edad declarada por el juez”.

Con respecto a la unión de hecho se establece que “los alcaldes o notarios no podrán aceptar declaración de unión de hecho de menores de edad, sin el consentimiento de los padres o del tutor, o en su caso autorización del juez”, Artículo 177 Código Civil.

Para el caso de reconocimiento de hijos “el varón menor no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento de los que ejerzan sobre él la patria potestad o de la persona cuya tutela se encuentre, o a falta de esta sin la autorización judicial”.

“La mujer mayor de catorce años sí tiene capacidad civil necesaria para reconocer a sus hijos, sin necesidad de obtener el consentimiento a que se refiere el artículo anterior”, Artículos 217 y 218 del Código Civil.

De los casos mencionados anteriormente, encontramos que un menor aunque pueda contraer matrimonio o solicitar la declaración de unión de hecho, está legalmente imposibilitado de actuar jurídicamente por sí solo, pues es necesaria la asistencia o autorización de sus padres, tutores y en caso de la administración de los bienes del matrimonio, podría la esposa llevar a cabo esta tarea si ésta fuere mayor de edad. Únicamente en el caso del reconocimiento de hijo por parte de la mujer de catorce años está en la libre disposición de hacerlo, sin ninguna asistencia o autorización.

No obstante lo anterior, en el mismo cuerpo legal se codifica la capacidad relativa de los menores, en el Artículo 259 “Los mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus

padres para su propio sostenimiento”.

También el Artículo 303 “a los menores que hayan cumplido la edad de dieciséis años, debe asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento...”.

En el derecho laboral encontramos normas como la contenida en el Artículo 31 del Código de Trabajo regula “que los menores de edad que tengan catorce años o más, tienen capacidad para contratar su trabajo, para percibir y disponer de la retribución convenida y, en general, para ejercer los derechos y acciones que se deriven del presente código....”.

Además regula que los menores de catorce años necesitan autorización de la Inspección General de Trabajo, para permitirles, en casos muy calificados que puedan trabajar, según lo establece el Artículo 150 del mismo cuerpo legal. Por último, en el Artículo 212 preceptúa que “todo trabajador que tenga catorce años o más, puede ingresar a un sindicato, pero, no puede ser miembro del comité ejecutivo y consejo consultivo”.

Es frecuente que las legislaciones exijan para determinados actos en que se disponen o gravan bienes de menores, incapaces y ausentes, la autorización judicial como un paso previo para la actuación del notario. El espíritu de tales disposiciones es evitar que se lesionen los intereses de estos.

Federico Puig Peña, con respecto a la administración y enajenación expresa que “la administración que la ley reconoce a los padres sobre los bienes de los hijos no supone un derecho ilimitado, sino más bien restringido. La expresión administrar está, en efecto, empleado en la ley en un sentido propio, por lo cual quedan excluidos de su poderío los actos típicos de enajenación.”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 42.

Las causales de utilidad o necesidad son las únicas que permiten a los representantes de menores, incapaces o ausentes poder disponer o gravar tales bienes.

Pero no es tan sencillo, ya que el motivo por el que se invoque debe ser probado ante un juez, pues sin esa autorización no podrá llevarse a cabo ningún negocio.

Para que podamos entender de mejor manera debemos decir que el vocablo utilidad suele emplearse en muchos sentidos, Guillermo Cabanellas, lo define como un “provecho material, beneficio de cualquier índole, ventaja, interés, rédito, fruto, comodidad, conveniencia, mientras que, necesidad es la falta de lo principal para la existencia, pobreza, penuria, miseria, escasez, falta de algo, grave riesgo que requiere pronto y eficaz auxilio”.<sup>11</sup>

La regulación legal la encontramos en el Código Procesal Civil y Mercantil, el que regula la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, cuando se tramita judicialmente, según los Artículos del 420 al 423.

Al respecto el Artículo 420 del mismo cuerpo preceptúa “para enajenar o gravar los bienes de menores, incapaces o ausentes, el que los tenga bajo su administración deberá obtener licencia judicial, probando plenamente que hay necesidad urgente o que resulte manifiesta utilidad en el acto que se pretende verificar, a favor de su representado. Hay utilidad y necesidad en los contratos sobre bienes de menores, incapaces o ausentes:

1. Cuando los productos de los bienes inmuebles no alcance para satisfacer créditos legítimos o para llenar necesidades precisas de alimentación del menor incapaz.
2. Cuando para conservar los bienes y sus productos, no se puede encontrar otro medio que el de gravarlos.

---

<sup>11</sup> Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág.80.

3. Cuando se proporciona la redención de un gravamen mayor por otro menor”.

Así también el Artículo 421, refiriéndose a la disposición de gravamen de bienes “El solicitante manifestará ante el Juez respectivo:

1. El título con que administra los bienes, en cual deberá acreditar.

2. Los motivos que le obligan a solicitar la licencia.

3. Los medios de prueba para acreditar la utilidad y necesidad del contrato u obligación.

4. Las bases del contrato respectivo.

5. Los bienes que administra, con designación de los que se propone enajenar o gravar”.

En el Artículo 422 instituye 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. En caso de que fuere necesaria la tasación de bienes, será practicada por un experto de nombramiento del juez”.

En el Artículo 423 la declaratoria de utilidad y necesidad “recabada la prueba y oída la Procuraduría General de la Nación, el Juez dictará auto que deberá contener:

1. Si son o no fundadas las oposiciones que se hubieran planteado.

2. La declaratoria de utilidad y necesidad, en su caso.

3. La autorización para proceder a la venta o gravamen de los bienes, fijando las bases de la operación.

4. El nombramiento de notario y la determinación de los pasajes conducentes del expediente, que deban incluirse en la escritura, en la que comparecerá también el Juez. Tratándose de la venta de bienes, el Juez podrá disponer que se haga en pública subasta, fijando los términos de la misma. La declaratoria de utilidad y necesidad la hará el Juez, siempre bajo la responsabilidad de todos los que hubieran intervenido en las diligencias”.

El Decreto 54-77 del Congreso de la República que contiene la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, contiene el trámite notarial en los mismos términos del trámite judicial observado en el Código Procesal Civil y Mercantil.

El trámite a seguir es el siguiente, primero la redacción del acta notarial de requerimiento, acreditando el solicitante la calidad en la que actúa, expresando los motivos por los cuales solicita la autorización, las pruebas del caso, bases del contrato y el listado de bienes del menor, incapaz o ausente, segundo la primera resolución en la que se tienen por iniciadas las diligencias, por presentados los documentos que le fueran aportados y ordenar las diligencias con el objeto de que quede suficientemente probada la utilidad o necesidad, tercero se da con la notificación al protutor o representante del menor, además se recibe la prueba propuesta, si es testimonial en actas notariales, posteriormente se practica de oficio cuanta diligencia considere necesaria, la valuación del bien del cual se dispondrá o gravará, por un valuator autorizado en la república, también se dará audiencia a la Procuraduría General de la Nación, seguidamente se dicta el auto o resolución final.

Una vez recibida la prueba el notario puede dictar la resolución bajo su más estricta responsabilidad.

A continuación será la declaratoria de utilidad y necesidad, en su caso, la autorización para proceder a la venta o gravamen de los bienes, fijando las bases de la operación, es el nombramiento de notario y la determinación de los pasajes conducentes del

expediente, que deban incluirse en la escritura, como último paso se da el otorgamiento de la escritura pública correspondiente y la remisión del expediente al Archivo General de Protocolos.

## 2.7. Reconocimiento de preñez o de parto

Para que sean procedentes estas diligencias debe partirse de dos supuestos: el primero la ausencia y el segundo la separación o la muerte del marido. Esto se deduce que debe originarse de un matrimonio y no de una convivencia marital, sin reconocimiento legal.

En el Código Civil en el Artículo 199 regula “el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio y que se presume concebido durante el matrimonio, el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo”.

Según el Artículo 206 del Código Civil al respecto establece: “En caso de separación o dilución del matrimonio la mujer que esté en cinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en término de noventa días contados desde su separación o divorcio. Así mismo si la mujer quedará en cita a la muerte del marido deberá denunciarlo al juez competente, dentro del mismo término, a fin de que en uno u otro caso, se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación”.

En el trámite judicial referido según el Artículo 435 del Código Procesal Civil y Mercantil “puede la mujer solicitar el reconocimiento de su preñez, en los casos de ausencia, separación o muerte de su marido. Igual derecho tienen los herederos instituidos o legales del marido, en caso de que este haya muerto. La solicitud se hará ante el Juez de Primera Instancia, acreditando la ausencia, separación o muerte del marido; y pidiendo que se nombren facultativos para que hagan el reconocimiento”.

En el Artículo 436 del mismo cuerpo legal, se codifican las medidas de oficio, siendo

estas “El juez podrá dictar de oficio o a instancia de quien tuviera interés, todas las medidas que estime necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación.

Al ocurrir el parto, los facultativos nombrados darán aviso inmediatamente al juez, expresando la hora del alumbramiento, las personas que asistieron, las demás circunstancias especiales respecto del nacido y el tiempo que vivió, en caso de haber muerto”.

“Si el resultado de la diligencias fuere favorable a la madre o al hijo, mandará el juez, no obstante la oposición, que se ampare al nacido en la cuasi posesión de hijos y de los bienes del presunto padre, se le provea lo que necesite para sus alimentos”, siendo el fundamento legal el Artículo 437 del Código anteriormente mencionado.

El trámite en la vía notarial está establecido en los Artículos del 14 al 17 de la Ley respectiva, en ella se preceptúa lo relativo al reconocimiento de preñez o de parto, siendo el trámite el siguiente:

Primero el acta notarial de requerimiento, en que la mujer solicita al notario, el reconocimiento de su preñez, en los casos de ausencia, separación y muerte de su marido, probando cualquiera de esos tres extremos, para ello presenta la prueba documental del caso, seguidamente el notario dicta la primera resolución dando trámite a las diligencias, en la cual resuelve publicar edictos, recibir pruebas, puede dictar de oficio cuanta medida considere necesaria y nombra facultativos respectivos, sucesivamente se da la publicación de edictos por tres veces durante un mes en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación; posteriormente se reciben las otras pruebas ofrecidas o las que de oficio él solicite, se otorga el discernimiento del cargo a los facultativos nombrados y se reciben los informes de los mismos, después se dicta la resolución o auto final, en ella se declarará el hecho del nacimiento, ampara al nacido en la cuasiposesión del estado de hijo y resuelve lo relativo a alimentos y expide la certificación para los efectos registrales y por último remite el expediente al Archivo

General de Protocolos.

Como podemos observar en el trámite judicial no se publican edictos, y en el notarial si, en este caso no es obligada la intervención de la Procuraduría General de la Nación, sin embargo el notario podrá recabar su opinión en caso de duda o cuando lo estime necesario.

## 2.8. Cambio de Nombre

Partiremos del principio de que cualquier persona puede cambiar su nombre propio e incluso sus apellidos, desde luego, necesita seguir previamente un trámite judicial o notarial que se lo autorice.

Usualmente el cambio es de nombres propios, los cuales no fueron escogidos por el interesado sino por sus padres en el momento de su inscripción y que después resultan no ser del agrado de la persona. En otros casos, la inconformidad deviene del apellido.

En cualquier caso de conformidad con el Código Civil, el cambio de nombre no modifica la condición civil del que lo obtiene ni constituye prueba alguna de filiación.

El trámite judicial se encuentra regulado en los Artículos 438 y 439 del Código Procesal Civil y Mercantil, el que a continuación se presenta.

Artículo 438 regula “La persona que por cualquier motivo desee cambiar su nombre de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, lo solicitará por escrito al juez de primera instancia de su domicilio, expresando los motivos que tenga para hacerlo y el nombre completo que quiera adoptar.

El juez mandará que se reciba la información que se ofrezca por el solicitante y que se publique el aviso de su solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces, en el término de treinta días.

El aviso expresará el nombre completo del peticionario, el nombre que desee adoptar y la advertencia de que puede formalizar oposición por quienes se consideren perjudicados, por el cambio de nombre”.

“Recibida la información y transcurridos diez días a partir de la última publicación, sin que haya habido oposición, el juez accederá al cambio de nombre y ordenará que se publique por una sola vez en el Diario Oficial y que se comuniqué al Registro Civil, para que se haga la anotación correspondiente.

Si se hubiere presentado oposición se tramitará en forma de incidente; y en vista de la prueba aportada, el juez resolverá si procede o no el cambio de nombre. Esta resolución es apelable”, siendo el fundamento legal el Artículo 439 del mismo cuerpo legal.

Es importante que resaltemos dos aspectos, el primero que establece que el juez mandará a que se reciba la información que se ofrezca por el solicitante, esto se ha interpretado que puede ser de forma testimonial, aunque a nuestro criterio es innecesaria para los casos de que una persona desee cambiar su nombre por no ser de su agrado, en este caso, los testigos serían innecesarios por ser un asunto meramente personal.

El otro aspecto, la posibilidad que se deja en los casos de oposición, tramitarlo incidentalmente y que la resolución sea apelable.

El trámite notarial según la legislación es el siguiente, primero el acta notarial de requerimiento, en la cual el interesado expresará el motivo por el cual desea cambiar su nombre, y aportará el nombre completo que quiera adoptar. Presenta como prueba documental la certificación de nacimiento; segundo emitir la primera resolución, dando el trámite a las diligencias, ordenando recibir la información si se ha ofrecido, publicación de edictos; tercero recibir información testimonial en actas notariales si se hubiera ofrecido; cuarto publicar edictos en el diario oficial y en otro de mayor

circulación por tres veces durante treinta días.

El edicto expresará el nombre completo del solicitante, el nombre que desea adoptar y la advertencia de que puede formalizarse oposición por quienes se consideren perjudicados por el cambio de nombre.

Lo subsiguiente sería lo relacionado con la resolución o auto final, recibida la información y transcurridos diez días a partir de la última publicación, sin que se haya presentado oposición, el notario hará constar el cambio de nombre.

En esta resolución ordenará se publique un edicto más y se haga saber al Registro Civil; además se deberá publicar por una sola vez en el diario oficial en que se haga constar que se accedió al cambio de nombre de determinada persona y expedir certificación del auto en duplicado para entregar al Registro Civil para que se haga la anotación correspondiente y por último se remite el expediente al Archivo General de Protocolos.

## 2.9. Omisión y rectificación de partidas

Esta diligencia puede ser la omisión de una partida por no haberse inscrito y la rectificación por contener ésta error.

Según el Artículo 391 del Código Civil “los nacimientos que ocurran en la República deberán declararse al Registro Civil respectivo para su inscripción, dentro del plazo de treinta días del alumbramiento”.

Si no se hace dentro de ese plazo, puede hacerse extemporáneamente con el pago de una multa que fija el registrador de conformidad con el Artículo 386 del mismo cuerpo legal. En otros casos, cuando ha transcurrido mucho tiempo y no se dio el aviso del nacimiento, es necesario seguir un trámite judicial o notarial.

Igualmente en los casos en los cuales habiéndose asentado la partida, esta contuviera errores, se deberá proceder con la rectificación de partida. Ambos casos están regulados en el Artículo 443 del Código Procesal Civil y Mercantil: “En caso de haberse omitido alguna partida o 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, la cual resolverá que se repare la omisión o se haga la rectificación correspondiente mandando aplicar las sanciones que establece el Código Civil, si fuere el caso”.

El trámite notarial, en caso de omisión de la inscripción o asiento tardío o extemporáneo según la legislación es el siguiente, primero el acta notarial de requerimiento, en esta el interesado expone al notario la situación que su nacimiento, si fuere el caso, no está inscrito, aportado la información relativa a su caso.

Presenta como pruebas certificación o constancia que su nacimiento no se encuentra inscrito en el registro civil, en donde se supone debería estar, conocida como certificación negativa de nacimiento, y ofrece las otras pruebas que le sean posibles, entre ellas la testimonial.

El segundo paso se da con la primera resolución o de trámite, el notario con base en el acta anterior, resuelve dar por iniciadas las diligencias, ordenando agregar al expediente los documentos que le hubieren presentado y recabar las otras pruebas ofrecidas o las que de oficio considere adecuadas.

Tercero la declaración testimonial, estas se reciben en actas notariales, en las cuales los testigos declaran acerca de lo que les conste del nacimiento, cuarto la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, esta analiza el expediente y si, a su juicio, estuviera suficientemente probado el hecho de nacimiento y lo relativo a los padres del interesado, emite opinión favorable.

Quinto paso la resolución o auto final, en vista de lo actuado y con la opinión favorable

de la Procuraduría General de la Nación, el notario dicta la resolución en la que ordena se haga la inscripción omitida.

En lo que fuere aplicable deberá llevar la información que contiene toda acta de nacimiento regulada en el Artículo 398 del Código Civil.

Sexto es la certificación del auto en duplicado, el cual se envía al Registro Civil para que se proceda a efectuar el asiento, previo pago de la multa que este impone y por último se remite el expediente al Archivo General de Protocolos.

El trámite notarial en caso de rectificación de la inscripción es, primero el acta notarial de requerimiento, en esta el interesado expone al notario la situación, que la partida está inscrita con determinado error, aportando la información relativa al caso concreto.

Presenta la certificación de la partida que contiene error y ofrece las demás pruebas que le sean posible, entre ellas la testimonial, segundo primera resolución de trámite, el notario con base en el acta anterior, resuelve dar por iniciadas las diligencias, ordenando agregar al expediente los documentos que le hubieran presentado y recabar las otras pruebas ofrecidas o las que de oficio considere adecuadas.

Tercero la declaración testimonial, estas se reciben en actas notariales y audiencia al registrador civil de donde se encuentra inscrita el acta con error, para que se pronuncie al respecto.

El cuarto paso se da con la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, para que analice el expediente y si, a su juicio, estuviera suficientemente probado que existe un error y omisión en el acta que se pide rectificar, emite opinión favorable, la resolución o auto final, en vista de lo actuado y con la opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación, el notario dicta la resolución en la que ordena se haga la rectificación y omisión solicitada.

En el sexto se da la certificación del auto en duplicado, el cual se envía al registro civil para que se proceda a efectuar la rectificación y por ultimo se remite el expediente al Archivo General de Protocolos.

#### 2.10. Determinación de edad

La ley civil regula que cuando no sea posible fijar la fecha de nacimiento de una persona, el juez le atribuirá la edad que fijaran los expertos, compatible con el desarrollo y aspecto físico del individuo, lo que se encuentra intitulado en el Artículo 372 del Código Civil.

Este supuesto es cuando determinada persona ignora cual es su edad, por lo tanto, la fecha de su nacimiento, procede en ese caso, hacer un trámite previo a la inscripción extemporánea de nacimiento.

Debe tomarse en cuenta que esta diligencia, si se hace notarialmente, no es aplicable en asuntos de carácter Procesal penal. De esa manera lo establece el Artículo 22 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la que cita "Determinación de edad. Cuando para cualquier acto o diligencia que no sea de carácter Procesal penal y si no fuere posible fijar la fecha del nacimiento de una persona, podrá acudir ante notario, quien le atribuirá la edad que le fije un facultativo competente, compatible con el desarrollo y aspecto físico de la persona".

Acta notarial de requerimiento, en la cual se solicita al notario el trámite de la diligencia; primera resolución, en ésta se da trámite a la diligencia, y se nombra a un facultativo competente, tercero el discernimiento del cargo al facultativo nombrado, quien procederá a efectuar el examen tomando en cuenta el desarrollo y aspecto físico de la persona; la resolución o auto final, una vez recibido el informe del facultativo, el notario resuelve atribuyendo la edad a la persona que se trate, la cual debe ser compatible con el desarrollo y aspecto físico; la certificación notarial del auto y por último la remisión del expediente al Archivo General de Protocolos.

En este caso en particular no es necesaria la intervención de la Procuraduría General de la Nación, ni publicación de edictos.

#### 2.11. Patrimonio familiar

La regulación del patrimonio familiar la encontramos en los Artículos 352 al 368 del Código Civil.

Podemos establecer que la definición de patrimonio según Nery Roberto Muñoz al referirse al patrimonio familiar “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”.<sup>12</sup>

Los bienes sobre los cuales puede constituirse son las casas de habitación, predios o parcelas cultivables, establecimientos industriales y comerciales, que sean objeto de explotación familiar, cuando no exceda de cien mil quetzales su valor.

Los fundadores de un patrimonio familiar pueden ser, el padre sobre bienes propios, la madre igualmente, el marido y la mujer sobre bienes comunes del matrimonio y por un tercero a título de donación o legado.

La duración del patrimonio familiar, debe comprender todo el tiempo en que el menor de los miembros de la familia alcance la mayoría de edad; pero, en ningún caso podrá constituirse un patrimonio familiar por menos de diez años ni mayor de veinticinco. El monto del bien no debe exceder de cien mil quetzales en el momento de su constitución, puede ser menor y puede ampliarse hasta el monto máximo, también puede disminuirse.

Los bienes que constituyen el patrimonio familiar son indivisibles, inalienables, inembargables y no podrán estar gravados, ni gravarse; excepto, el caso de

---

<sup>12</sup> Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 83.

servidumbres, además deben asimismo, estar libres de anotación y gravamen.

La obligación de los beneficiarios del patrimonio son las de habitar la casa o explotar personalmente el predio agrícola, industria o negocio establecido, salvo excepciones aprobadas por el juez. El representante legal de la familia será el administrador del patrimonio familiar y representante a la vez de los beneficiarios en todo lo que al patrimonio se refiera.

Según la legislación actual, se puede cancelar el patrimonio familiar cuando ocurran los siguientes supuestos, cuando los beneficiarios cesen de tener derecho a percibir alimentos; cuando sin causa justificada y sin autorización judicial, la familia deje de habitar la casa, o de cultivar la parcela o predio; cuando se demuestre la utilidad y necesidad para la familia de que el patrimonio quede extinguido; cuando se expropian los bienes que lo forman; y por vencerse el término por el cual fue constituido.

El trámite judicial del patrimonio familiar se encuentra regulado en los Artículos 444 al 446 del Código Procesal Civil y Mercantil. En el Artículo 444 se establece “El que desee constituir un patrimonio familiar pedirá por escrito, al Juez de primera instancia de su domicilio, que le dé la autorización correspondiente.

La solicitud expresará:

1. Los nombres y apellidos, edad, estado civil, domicilio y nacionalidad de las personas a cuyo favor se desea constituir el patrimonio.
2. La situación, valor, dimensiones, linderos del inmueble, descripción del establecimiento industrial o comercial, en su caso, y de los otros bienes que deben constituir el patrimonio familiar, así como las demás circunstancias necesarias para su identificación.
3. El tiempo que debe durar el patrimonio familiar.

#### 4. El valor de los bienes y el monto de las deudas del solicitante”.

Artículo 445 cita “Si el juez encontrare bien documentada la solicitud, ordenará la publicación de edictos en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces, en el término de treinta días”.

Artículo 446 preceptúa “Efectuadas las publicaciones sin que hubiera oposición, 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 en la que se transcribe la autorización. En caso de oposición se tramitará en juicio ordinario, siempre que se acompañe prueba documental que acredite el derecho a oponerse”.

El trámite notarial para la constitución del patrimonio familiar es el siguiente: primero el acta notarial de requerimiento, en la que el requirente presentará el título con que acredita la propiedad del bien, certificación registral en la que conste que el o los inmuebles no tienen gravámenes, certificación de la matrícula fiscal del valor declarado de los inmuebles y si no se tratara de inmuebles la declaración del valor de los bienes se hará dentro del acta.

En el acta el requirente expresará, los nombres y apellidos, edad, estado civil, domicilio y nacionalidad de las personas a cuyo favor se desea constituir el patrimonio familiar, la situación del bien inmueble, el valor, dimensiones, linderos del inmueble, descripción del establecimiento industrial o comercial, en su caso, y de los otros bienes que deben constituir el patrimonio familiar; así como las demás circunstancias necesarias para su identificación, el tiempo que debe durar el patrimonio familiar, el valor de los bienes y el monto de las deudas del solicitante; seguidamente se fracciona la primera resolución en la que el notario da trámite a las diligencias relacionadas, ordenando agregar al expediente los documentos presentados y la publicación de los edictos respectivos.

A continuación se procede como la ley indica, a efectuar la publicación de los edictos, “si la solicitud se encuentra bien documentada, el notario dispondrá la publicación en el

Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces en treinta días”, Artículo 25 de la citada Ley; posteriormente se otorga audiencia a la Procuraduría General de la Nación, y transcurrido el tiempo de la publicación referida, sin que se hubiera presentado oposición, el notario con la opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación, dicta resolución o auto final en el cual aprueba y resuelve que ha lugar a la constitución del patrimonio familiar, determina la persona del fundador y los nombres de los beneficiarios, detalla los bienes que comprende, valor y tiempo de duración del patrimonio, ordena se otorgue la escritura pública correspondiente, en la cual debe transcribirse la resolución, otorgamiento de la escritura pública por la persona que constituye el patrimonio familiar en su carácter de fundador.

En ella se expresarán los nombres de los beneficiados, bienes que comprende, valor y tiempo de duración, expedición de copia simple legalizada de la escritura con duplicado para proceder al registro respectivo, y por último se debe remitir el expediente al Archivo General de Protocolos.

#### 2.12. Rectificación de área

En una ley posterior al Decreto 54-77 del Congreso de la República, se facultó al notario para diligenciar el trámite referido. Debe tomarse en cuenta que sólo es aplicable a bienes urbanos con áreas registradas mayores a las que real y físicamente comprenden en el Registro General de la Propiedad.

La Ley que regula esta materia está contenida en el Decreto Ley 125-83, la que en su parte considerativa establece: “por un lado 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, discrepancias que era necesario corregir mediante un procedimiento ágil, que al mismo tiempo garantice los derechos de terceros y del Estado”.

Por otro lado, los procedimientos legales que se utilizaban durante la creación de la norma citada, se aplicaban para resolver los problemas mencionados, los que

resultaban onerosos para los interesados e indispensables en cuanto a su tramitación, por la diversidad de dependencias administrativas que tenían ingerencia.

Por lo anterior, era procedente dictar la ley en la que se autorizara al notario ser el encargado de la tramitación y resolución del trámite referido. El Decreto Ley 125-83 trae algunas disposiciones las cuales es importante mencionar, entre ellas:

“El objeto de la ley es para que los propietarios de bienes inmuebles urbanos, cuya área física sea menor de la que aparece inscrita en el Registro de la Propiedad puedan solicitar ante notario la rectificación del área de tales inmuebles.

El consentimiento unánime de todos los interesados, principio fundamental aplicable a todos los asuntos de jurisdicción voluntaria.

Las actuaciones se harán constar en acta notarial, las resoluciones serán de redacción discrecional, debiendo contener la dirección de la oficina del notario, lugar y fecha, disposición razonada que se dicte y la firma y sello del notario; los avisos y publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario”. Éste es también un principio fundamental en los asuntos de jurisdicción voluntaria. La oposición al trámite por parte de los interesados de acogerse desde el inicio al trámite notarial o al administrativo, igualmente al cambio del procedimiento una vez iniciado el mismo.

El trámite notarial de la rectificación del área es el siguiente, primero se facciona el acta notarial de requerimiento, en la cual se hace constar que el interesado, bajo juramento, requiere los servicios del notario para la iniciación del expediente relacionado, debiendo este presentar la certificación registral de la finca como prueba documental y aportar la siguiente información: nombre exacto del o de los requirentes y sus datos de identificación personal, dirección del inmueble cuya rectificación de área se solicita, con indicación de sus números registrales, relación del área que aparece inscrita en el registro respectivo y la afirmación de que la superficie real es inferior a la inscrita, nombre y dirección del ingeniero medidor que se proponga, el que debe ser, según la

ley, ingeniero civil colegiado activo, nombres y direcciones exactas de todos los colindantes del bien objeto de rectificación.

Ulteriormente, se dicta la primera resolución o resolución de trámite, en ella el notario tiene por iniciadas las diligencias, por recibida la prueba documental e información respectiva, además ordena medir el bien objeto de la rectificación, para lo cual nombra al medidor propuesto, se notifica al medidor nombrado, por medio de razón en el expediente. Esta primera resolución la deberán firmar el medidor y el notario, también en ella se hace el discernimiento del cargo al medidor nombrado.

El medidor deberá emitir informe, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se le haya nombrado para el cargo, al cual deberá adjuntar el plano del inmueble relacionado, en el que conste el área real del mismo.

Posteriormente se efectúa la notificación a los colindantes, esta se lleva a cabo entregándoles copias del acta de requerimiento del expediente y del plano elaborado por el medidor, para lo cual citamos el Artículo siete de la ley relacionada, el que preceptúa “en caso de no poderse notificar a los colindantes, se hace constar poniendo razón en el expediente y dispondrá la publicación de un edicto en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación, el cual debe contener: a) nombre del solicitante; b) objetos de las diligencias; c) área real e inscrita en el registro; d) Números registrales y dirección exacta del inmueble cuya rectificación de área se solicita; e) citación a los posibles colindantes”.

Inmediatamente se le concede audiencia a la Procuraduría General de la Nación, en todos los casos será obligatoria dicha audiencia, institución que tiene tres días para evacuarla; seguidamente y con la resolución o auto final, conjuntamente con la opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación, se dicta la resolución final declarando con lugar la rectificación y haciendo constar la extensión que efectivamente le corresponde al inmueble, así como las medidas lineales y los nombres de los colindantes.

Posteriormente, el notario expedirá testimonio con duplicado de las partes conducentes del expediente que deberá contener la resolución, el informe de medidor, la opinión de la Procuraduría General de la Nación y el plano respectivo.

Por último se procede con la inscripción, con base en el testimonio a que se hace referencia en el numeral anterior, al Registro General de la Propiedad, el que efectuará las operaciones correspondientes a la rectificación del área del inmueble y para finalizar se procede con la remisión del expediente al Archivo General de Protocolos.

Si se presenta oposición la Ley específica que el notario remitirá lo actuado a la autoridad administrativa correspondiente, que en este caso es la sección de tierras, de la escribanía de gobierno, si la oposición se declara sin lugar, la sección de tierras, devolverá el expediente al notario para que continúe el trámite.

Si la oposición fuera declarada con lugar, la nombrada dependencia administrativa ordena archivar el expediente.

## CAPÍTULO III

### 3. La ausencia en la legislación guatemalteca

#### 3.1. Concepto de ausencia

La Institución de la ausencia, así como la de declaración de fallecimiento, como figuras jurídicas dentro del derecho civil, son relativamente nuevas, aún cuando su importancia a través del tiempo ha sido relevante. Las figuras mencionadas debieron ser reguladas en la antigüedad de manera muy especial, dadas las continuas guerras, naufragios y desapariciones que originaban incertidumbre de la existencia de las personas; no obstante la existencia de eruditos jurisconsultos, estas instituciones se regularon en forma aislada y para casos determinados, como veremos mas adelante.

La figura de la ausencia admite dos acepciones, primero la no presencia que consiste en la certeza de la existencia de una persona, pero que se encuentra fuera de su domicilio; y la segunda la ausencia propiamente dicha, que a su vez tiene dos modalidades siendo la ausencia en sentido general, llamada simple por la legislación alemana, en la cual hay incertidumbre acerca de la existencia de una persona, ignorándose su paradero y cuya desaparición tuvo lugar en circunstancias normales y ajenas a toda idea de peligro y la segunda desaparición, llamada ausencia calificada por la legislación alemana, en la que una persona ha desaparecido de su domicilio, desconociéndose su paradero, y su existencia y en circunstancias especiales o extraordinarias de peligro.

Las figuras de la ausencia y la declaración de fallecimiento fueron creadas por el derecho civil con la finalidad de proteger los intereses patrimoniales, familiares o de cualquier otra índole de una persona que no está presente en el lugar que habitualmente se encontraba o debería encontrarse. Más estricto aún, es el concepto por el cual se caracteriza esta institución en el sentido de que no basta la no presencia de la persona en su domicilio, sino, además, el hecho de haber desaparecido sin dar

noticias de su paradero, existiendo dudas de su existencia, lo cual crea la figura de la declaración de fallecimiento, si tal desaparición tiene caracteres de peligro inminente para su vida.

Resulta conveniente y necesario el estudio y desarrollo de las instituciones de la ausencia y muerte presunta en nuestra legislación, la cual regula estas figuras en el libro primero, título primero, capítulo cuarto, del Artículo 42 al 77 del Código Civil y cuyo procedimiento para obtener su declaración está regulado en el libro cuarto, capítulo segundo, sección segunda, del Artículo 411 al 417 del Código Procesal Civil y Mercantil, toda vez que debido a las condiciones objetivas de continua violencia y de inestabilidad social que vive nuestro país, se hace necesario recurrir a las instituciones que serán objeto de estudio en el presente trabajo, con la finalidad de obtener la declaración judicial de ausencia o de fallecimiento.

Estableciéndose la necesidad de crear las normas adecuadas y el procedimiento ágil y eficaz para obtener dicha declaración, en beneficio de los sucesores del ausente o declarado muerto, con la finalidad de proteger los intereses patrimoniales y familiares del ausente y de los propios sucesores.

### 3.2. Antecedentes históricos de la ausencia

Ni el derecho romano ni las legislaciones anteriores al derecho francés de 1792 regularon específicamente esta figura; así, encontramos en el digesto algunas disposiciones que hacen relación a la ausencia y en el Código de Justiniano algunas otras, pero todos sus preceptos se referían a aislados aspectos de la ausencia y a especiales relaciones jurídicas que a la misma puedan dar origen, sin ninguna coordinación ni enlace. Asimismo se encuentran algunas disposiciones en las partidas, tales como la firmeza de las sentencias dadas contra la ausencia; la presunción de muerte del que anda en tierras extrañas, si pasados diez años fuere fama pública que había fallecido; la que disuelve los esponsales cuando alguno de los que lo contraen se van a otra tierra y no le pueden encontrar ni saber de su paradero; la que según la cual

no podrá ser acusada de adulterio, la mujer cuyo marido hubiere desaparecido que tardase tanto tiempo que hiciese creer que había muerto o la mujer tuviere noticias de su muerte siendo persona de creer quien lo dijese.

De tales preceptos podemos arribar a la conclusión de que en el derecho romano puro no se configuró la ausencia en el sentido técnico de dicha institución, siendo hasta la época medieval cuando se comenzó a estudiar con mayor detenimiento esta figura civil, toda vez que el derecho romano regulaba la ausencia estableciendo normas respecto a las relaciones patrimoniales y familiares de aquellos cuya existencia no constaba, pero, como ya dijimos, nos son concordantes ni tienen un cuerpo específico que determine su existencia como institución bien definida.

En Silesia, en el año de 1616 hubo alguna difusión la opinión que procedía exigir el transcurso del plazo de prescripción de treinta años, desde el momento en que se hubieran tenido las últimas noticias del ausente. Algunas legislaciones modernas se han adherido a este llamado sistema silesiano pero reduciendo muchas de ellas el plazo a diez años.

Actualmente el derecho alemán autoriza la declaración de fallecimiento cuando sea el fin del año en el cual el desaparecido según las noticias disponibles existan dudas sobre su sobrevivencia o cuando al momento de la declaratoria de muerte, hayan transcurrido cinco años a partir de haberse consumado el octogésimo año de vida del perdido, en circunstancias de desaparición.

La legislación Suiza autoriza la declaración de ausencia, con plenos efectos para la apertura de la sucesión, a los cinco años desde que se tuvieron las últimas noticias del ausente o al año de la desaparición, si ésta tuvo lugar en ocasión de peligro de muerte.

En el derecho francés el problema de la ausencia presentaba un gran interés, en virtud de que como consecuencia de las guerras el número de desaparecidos se hacia mayor, desde 1792. Así pues, los redactores del Código de Napoleón elaboraron una serie de

disposiciones específicas para esta institución, estableciendo un sistema complicado basado en que cuando más dura la ausencia, más aumentan las posibilidades de muerte, aunque tal presunción nunca es absoluta, para el efecto se distingue tres períodos de la ausencia; el primero es el de presunción de ausencia, desde el desaparecimiento; el segundo es el de ausencia declarada, a los cinco u once años, según haya dejado apoderado o no el ausente; y el tercero es el de la posesión definitiva, que se abre a los treinta años de declarada la ausencia o a los cien de nacimiento del ausente. Lo sustancial de este sistema pasó al Código Civil italiano de 1865 y al español de 1889.

El derecho español introduce algunas modificaciones al derecho francés, del que tomó lo modular del Código de Napoleón, abreviando los plazos, convirtiendo la posesión provisional en una administración por ciertas personas y a la posesión definitiva como un efecto de la presunción de muerte.

En el derecho español del año 1939 ha desaparecido el capítulo dedicado a las medidas provisionales, introduciéndolas dentro del capítulo de declaración de ausencia; abreviando los plazos y regulando detalladamente los derechos y obligaciones del representante del ausente y sustituye el antiguo capítulo de presunción de muerte por el de declaración de fallecimiento y crea el registro central de ausentes.

A diferencia del patrón francés que resulta inadecuado en la actualidad, ya que reguló solamente la ausencia propiamente dicha, la legislación alemana ha incluido dentro de sus disposiciones lo relativo a los desaparecidos, o sea la ausencia calificada, recogiendo la distinción entre ausentes y desaparecidos, modelo que han aceptado las codificaciones más recientes, dentro de ellas, la legislación guatemalteca.

José Castán Tobeñas señala que “En el nuevo Derecho Civil de la Rusia Soviética puede un ciudadano ser considerado por los tribunales en situación de ausencia legal si pasado un año de su desaparición, en su domicilio no se tienen noticias suyas, y puede ser declarado por los tribunales fallecidos si durante tres años no se tienen en su

domicilio noticias sobre su paradero.

En caso de que su desaparición haya tenido lugar en condiciones de peligro de muerte o que permitan suponer su muerte en accidente, los tribunales podrán proceder a la declaración de fallecimiento a los seis meses de su desaparición; y tratándose de militares o ciudadanos civiles desaparecidos durante operaciones de campaña, la declaración de fallecimiento puede hacerse luego de transcurridos dos años, contados desde la fecha con el fin de la guerra, principio de legislación civil de la Rusia Soviética promulgados el primero de mayo de 1962, Artículo 10".<sup>13</sup>

En la legislación guatemalteca las figuras de la ausencia y muerte presunta se encuentran reguladas por primera vez en el Código de 1877, las cuales pasan sin mayores modificaciones al Código Civil contenido en el Decreto legislativo del año 1932 del Congreso de la República, habiendo tomado como fundamento para su regulación el sistema alemán que vino a absorber el sistema francés, ya que regulaba lo relativo a la ausencia simple, contemplada por el sistema francés, y además, la ausencia calificada, o sea lo relativo a los desaparecidos.

Tales preceptos se encuentran regulados en nuestra legislación sustantiva vigente en la misma forma que el Código anterior, con las siguientes modificaciones fundamentales: a) los plazos legales para la posesión provisional y definitiva de los bienes del ausente se regulan así: en el Código de 1877 los herederos podían pedir la posesión provisional de los bienes del ausente si no se tenían noticias del mismo durante tres años; en el Código Civil actual se puede denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de guardador de los bienes del ausente o la administración por los parientes en cualquier momento y siempre que la ausencia haya sido declarada judicialmente; b) La posesión definitiva y la declaración de muerte presunta, según el Código civil anterior, podría ser solicitada transcurridos siete años desde que se Decreto la posesión provisional o diez años desde que se tuvo la última noticia del ausente; en tanto, la legislación civil actual requiere de cinco años para poder obtener la posesión definitiva de los bienes, desde

---

<sup>13</sup> Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español común y foral**. Pág. 295.

que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente; c) Asimismo, el Código Civil vigente regula lo relativo al matrimonio del cónyuge de la persona declarada muerta, o ausente, mientras que el Código Civil anterior no hace ninguna mención al respecto.

Respecto al procedimiento para obtener la declaración judicial de las figuras de la ausencia y muerte presunta, nuestra legislación cuenta con mecanismos y medios de prueba que, como veremos más adelante, si bien son ágiles se tropieza con la dificultad de comprobar el de la ausencia o la desaparición en sí. Avance especial lo constituye que la declaración de ausencia, no así la presunción de muerte, puede ser iniciada, y diligenciada por notario, siguiéndose trámites extrajudiciales de jurisdicción voluntaria, al cual nos referiremos en forma especial, agilizando la tramitación para obtener la declaración respectiva.

En síntesis, podemos apreciar que en el devenir histórico esta figura, a pesar de su importancia, no fue regulada técnica ni sistemáticamente sino hasta el apareamiento del Código de Napoleón en Francia, debido a las continuas guerras y desapariciones. Luego de que el derecho francés reguló esta institución, nacieron en otros países como Italia, España, Alemania, entre otros, haciendo una especial regulación de estas figuras, variando principalmente en los plazos o términos para obtener la declaración de ausencia o muerte presunta, los cuales han disminuido ostensiblemente, en virtud del avance tecnológico en los medios de comunicación y a la urgencia del aseguramiento de los bienes patrimoniales o intereses personales del ausente o presunto muerto, pretendiendo asegurar los mismos en el beneficio de sus parientes o posibles sucesores.

Interés especial reviste la figura de, los desaparecidos, la que no ha sido incluida en la mayoría de las legislaciones modernas; mismas que se han limitado a regular la declaración de muerte presunta o ausencia calificada en determinados y específicos casos, debiendo transcurrir varios años para obtener la declaración de muerte del desaparecido o dejando truncado o incompleto el espíritu de la ley, tal como sucede en

nuestra legislación, cuya declaración de muerte queda sujeto al criterio judicial o al transcurso del tiempo.

### 3.3. Definiciones de ausencia

Señala Castán Tobeñas a algunos autores que nos dan un concepto muy vago de la institución de la Ausencia, tales como Paúl Oertmann quien opina que la ausencia es “el Estado de indecisión acerca de la existencia de un individuo; al igual que Ennecerus quien define a la ausencia haciendo relación a la persona, al indicar que ausente es aquel del cual se carece de noticias desde hace tanto tiempo que su vida o muerte resultan inciertas; opina además, que no es necesario que una persona se encuentre fuera del lugar donde tiene su domicilio ya que en una gran ciudad, por ejemplo, cabe perfectamente que un individuo desaparezca sin estar muerto”.<sup>14</sup>

Tales conceptos asimilan algunos elementos necesarios para configurar esta institución, pero no incluyen lo relativo a la certidumbre o incertidumbre de la existencia de la persona. Ambrosio Colin y Humberto Capitan al incluir este elemento señalan que ausente “es el individuo que ha cesado de estar en el lugar de su domicilio o de su residencia y cuya existencia no es conocida”<sup>15</sup>; pues se sobreentiende que el paradero de una persona se ignora al desconocerse su existencia.

Serrano citado por Castán Tobeñas establece que la ausencia “es el estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en circunstancias de peligro para la vida, sin haberse vuelto a saber más de ella”.<sup>16</sup> Tal concepto abarca tanto lo relativo al ausente como a la presunción de muerte, indicando la situación en la cual desapareció la persona o el desconocimiento de su paradero.

De las definiciones anteriores podemos establecer los elementos esenciales que debe

---

<sup>14</sup> **Ibid.** Pág. 330.

<sup>15</sup> Colin Ambrosio y Capitán Humberto. **Curso elemental de derecho civil.** Pág. 982.

<sup>16</sup> Citado por Castán. **Ob. Cit.** Pág. 291.

contener la definición de la institución de la ausencia, siendo éstos, un estado civil, entendiéndose como estado civil a toda cualidad jurídica o condición natural o civil de las personas que influyen sobre el goce o el ejercicio de los derechos. Por lo que se establece que dentro de las concepciones modernas del estado civil, se distinguen tres categorías derivadas de las relaciones del individuo en sí mismo, con su familia y con el Estado, dándose el estado individual; familiar y de ciudadanía. Dentro del primero se comprenden todas las circunstancias modificativas de la capacidad, en sentido estricto, edad, sexo, enfermedad, entre otros, como las circunstancias con influencia sobre la capacidad derivadas de la relación de las personas con un lugar determinado, residencia y ausencia.

De lo anterior concluimos que la ausencia es el estado civil de una persona con relación al lugar en que habitualmente debe encontrarse o en relación a su domicilio, en sentido estricto. De tal suerte, que la ausencia resulta una cualidad jurídica del individuo que modifica la capacidad jurídica y de obrar, por lo que la declaración judicial que se obtenga de la misma debe ser inscrita en los registros civil y de la propiedad, a fin de que los intereses familiares y patrimoniales del ausente sean protegidos y para los efectos legales frente a terceros.

Si una persona desaparece de su domicilio, o del lugar o del círculo territorial donde se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones y constituye la sede jurídica y legal de la persona.

Por lo anterior, se desprende que si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin dejar apoderado, la misma no puede ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, a la vez que se descuidan los intereses de cualquier índole de dicha persona, resultando necesario que se designe a un tercero para se encargue de proteger los intereses del ausente.

Que se ignore el paradero de la misma, una persona debe tener un lugar donde se puede ubicar o encontrar con carácter permanente, determinante de su sede jurídica,

en la cual pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Por tal razón, ignorándose el paradero de una persona, resulta necesario obtener la declaración judicial de ausencia para los efectos señalados en los incisos anteriores, que exista incertidumbre al respecto de la existencia de una persona.

Elemento necesario lo constituye la incertidumbre acerca de la existencia de la misma, ya sea porque no se tiene noticias de ella durante un tiempo prolongado o por otras circunstancias.

Cabe mencionar que en la declaración de ausencia, a la persona se le presume viva, aún cuando existe una leve duda acerca de su existencia, mientras que en la muerte presunta, existen electos indicadores que la persona cuya declaración de fallecimiento se desea obtener, ha muerto.

Por lo anterior y en términos generales, consideramos que la ausencia es el estado civil de una persona que ha desaparecido de su domicilio, existiendo incertidumbre al respecto de la existencia de la misma, debiendo protegerse sus intereses familiares y patrimoniales.

El Código Civil, en su Artículo 42, nos proporciona dos definiciones legales de ausente, siendo estas: la primera “es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella”. Este presupuesto legal regula la ausencia de las personas consideradas vivas que se encuentran fuera de la República, pero no existe incertidumbre acerca de su existencia. La misma contiene algunos elementos señalados con anterioridad y la declaración de ausente en este sentido tendrá como únicos efectos el de proteger los intereses patrimoniales o familiares o de cualquier otra índole del ausente, así como el nombramiento de defensor judicial, en tanto se presenta en la República o nombra un mandatario con facultades suficientes para que lo represente.

Efecto posterior lo será el solicitar la posesión provisional o la posesión definitiva de los bienes del ausente que se encuentre en este presupuesto, dependiendo del tiempo que permanezca fuera de la república.

En el segundo párrafo, el Artículo 42 del Código Civil establece “Se considera también ausente para los efectos legales la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”.

Tal presunción legal debe interpretarse en el sentido de que una persona pueda ser declarada ausente sin que se halle fuera de la República, bastando solamente que se hubiese desaparecido de su domicilio y se ignore su paradero, presupuestos necesarios para establecer la figura de, desaparecido, creada por el derecho germánico y llevada a nuestra legislación, debiéndose agregar el peligro para la vida de la persona, como veremos más adelante.

#### 3.4. Periodos sucesivos de la ausencia

No todas las legislaciones siguen un mismo patrón en cuanto a establecer los distintos períodos que sucedan a la ausencia.

En algunas legislaciones, tal como la bávara, se prescindía de los distintos efectos que en el transcurso del tiempo se debieron producir en esta institución, limitándose a nombrar un cuidador del ausente durante el tiempo que tarda en regresar.

En muchas ocasiones han brindado diferentes efectos al tiempo de la ausencia. Según Planiol “a la no presencia, sucede en primer término la ausencia presunta; al cabo de algún tiempo la ley permite que se haga declarar judicialmente la ausencia y atribuye a esta declaración efectos cada vez más amplios: primeramente la entrega provisional y, luego, al cabo de un nuevo período, la toma de posesión definitiva por las personas que heredarían sus bienes si hubiere muerto”.<sup>17</sup> Tal es el criterio que sigue la legislación

---

<sup>17</sup> Planiol, Marcelo, **Tratado práctico de derecho civil francés**. Pág. 38.

francesa.

Otras legislaciones admiten dos períodos, fundándose en los dos términos o presunciones a que puede dar lugar la certidumbre de la ausencia o es estado incierto de la persona ausente. Tres períodos más surgen siendo el primero el de mera presunción de ausencia, el siguiente es el de declaración de la misma y el último el de presunción de muerte. Este sistema lo sigue el derecho latino, especialmente el francés y el español, precedentes de nuestra legislación.

La nueva reglamentación española consta de tres capítulos, en el primero se trata de la declaración de ausencia y sus efectos; en el segundo de la declaración de fallecimiento, y en el tercero del registro central de ausentes.

Compartimos el criterio de Castán en cuanto a que la división de los tres períodos anteriores tienen ciertas novedades y variantes, simplificando la tramitación de esta figura hasta obtener su declaración judicial, a saber, simplifica el régimen de ausencia, señalando en ella dos únicas fases o situaciones, a saber: la de declaración de ausencia y la de declaración de fallecimiento, nombre este último que sustituye al antiguo de presunción de muerte.

Por lo cual se hace una clasificación en cuanto a las legislaciones extranjeras, de la siguiente manera: primero las legislaciones que dan la presunción de fallecimiento los mismos efectos de la muerte real, por lo menos con respecto a los bienes, tales como España y Suiza; segundo las legislaciones que combinan la posesión provisoria y la definitiva; y tercero las legislaciones que, como el derecho francés, solo declaran la ausencia, tales como Italia, Uruguay, Perú y Bolivia.

La exposición de motivos del Código Civil guatemalteco vigente, establece que quedan perfectamente marcados los tres períodos que comprende esta institución jurídica, siendo la declaración de ausencia, administración de los bienes por los parientes y posesión.

De ahí nuestra legislación toma solamente medidas provisionales cuando no se ha obtenido la declaración de ausencia, para seguir posteriormente con los períodos que se han señalados.

La legislación civil se ha inspirado en el sistema germánico, al igual que la mayoría de legislaciones latinoamericanas, pues regula un período de declaración de ausencia y de posesión provisoria para pasar a un segundo período de posesión definitiva luego de declarada la presunción de muerte, habiendo sido declarada la ausencia con anterioridad, tal como lo establece también el sistema francés, el cual es superado por el germánico al regular la presunción de muerte o declaración de fallecimiento, de cuyo orden se fija un día en el cual se supone ocurrido el deceso presunto y luego se hace derivar de esa presunción todas las consecuencias, incluyendo las cuestiones relativas al matrimonio del cónyuge.

De la misma manera contiene las instituciones de la ausencia y presunción de muerte de la siguiente manera; primero, la ausencia no constituida o presunción de ausencia; segundo, la declaración de ausencia para la representación en juicio; tercero, la declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes; y, cuarto la declaración de muerte presunta.

### 3.5. La declaración de ausencia para la presentación en juicio

Cuestión singular en legislación guatemalteca es la previsión que nuestros jurisconsultos han tenido a fin de que pueda ser posible la declaración de ausencia para la representación en juicio, a la cual nos referíamos con mayor detenimiento, toda vez que las medidas que puede adoptar el Juez que tiendan a asegurar los bienes del ausente son ilimitadas y potestativas, de tal manera que el solicitante está obligado a demostrar la necesidad de las medidas que propone, sin lo cual no podrá ser tolerado vincularse en los asuntos de una persona que todavía no ha sido declarada ausente.

Los Artículos del 43 al 46 del Código civil regulan lo relativo a la declaración de

ausencia para la representación en juicio, en forma exclusiva, el Artículo 43 establece que “Toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República y se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder a las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte”.

Del Artículo citado se desprende la necesidad de que la persona haya salido de la república o ausentado de la misma, no siendo suficiente que haya desaparecido de su domicilio o se ignore su paradero, pues para ello es necesario declarar la ausencia en forma definitiva.

El Artículo 44 del Código Civil instituye que “la declaratoria anterior tendrá como único objeto, nombrar defensor judicial al ausente, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio”.

En tal virtud la declaración a que se hace referencia solamente será válida para asunto determinado o para un juicio en especial, no pudiendo hacer valer dicha declaración en cualquier proceso, toda vez que la misma se hará en base a la necesidad de la medida, la que deberá ser comprobada, por lo que tienen carácter limitativo como ya quedó señalado.

El nombramiento de defensor recaerá preferentemente en el apoderado que haya dejado la persona que se ausente de la república, sin suficientes facultades para representarlo en el juicio respectivo y, en defecto de existir éste, en una persona de notoria honradez, arraigo y competencia, tal lo establecido en el Artículo 45 del Código Civil.

Las razones por las cuales termina el cargo de defensor judicial del ausente están contenidas en el Artículo 46 del Código Civil, siendo éstas “La primera desde que terminó el litigio en que se nombre”, lógicamente el cargo de defensor judicial deberá finalizar desde el momento que termina el litigio para el cual fue nombrado, pues tal

nombramiento es limitativo y específico para representar los intereses del ausente dentro del proceso para el cual fue nombrado, pues de lo contrario el representante judicial podría hacer uso de su nombramiento en cualquier asunto judicial, lo cual eventualmente podría damnificar los intereses del ausente.

La segunda “desde que se provea de guardador de bienes al ausente”, tal como se verá más adelante, cuando el ausente tenga bienes que deban ser administrados, deberá nombrarse un guardador o administrador de los mismos, de tal suerte que éste deberá asumir la representación judicial del ausente en virtud de tener mejor derecho que cualquier otra persona para ejercitar la defensa de los intereses del ausente, pues es la persona encargada de la administración de los bienes del ausente, asumiendo el cargo de defensor específico y depositario provisional de los bienes de éste último, por lo que puede representarlo en toda clase de asuntos en que tenga interés.

La tercera “desde que el ausente se apersona por sí o por medio de apoderado con facultades suficientes”.

En este caso, el ausente se hace cargo personalmente de sus negocios por lo que el nombramiento de mandatario quedará sin efecto alguno, siempre que el ausente se apersona dentro del proceso, pues de lo contrario deberá ejercer la representación hasta que ello suceda, debiendo responder de los daños y perjuicios que le ocasione en caso de no proseguir el juicio para el que fue nombrado.

En caso de que haya sido nombrada persona de notoria honradez, arraigo y competencia, éste deberá dejar de promover en juicio al apersonarse el ausente, pues nadie mejor que éste podrá responder de sus derechos y obligaciones.

En el caso de que se presentare el apoderado del ausente, inmediatamente la persona nombrada para representarlo en juicio deberá dejar de promover, terminando el cargo para el que fue nombrado, pues se entiende que el apoderado nombrado por el ausente es persona de su confianza para que le represente en juicio y tiene mejor derecho para

ello que el nombrado judicialmente.

### 3.6. Efectos de la declaración de ausencia

Con relación a la defensa del ausente o la representación en juicio, este período tiene los siguientes efectos, el Juez nombra un defensor que ampare y represente al ausente o desaparecido con el único objeto de que responda a una demanda o haga valer algún derecho en juicio, asimismo está facultado a adoptar las medidas necesarias a la conservación del patrimonio del ausente o desaparecido, pudiendo señalarse entre ellas: La publicidad de la designación del nombramiento en los Registros de la Propiedad y General Mercantil de la República; el depósito de bienes inmuebles e inversión de dinero, o su ingreso a cuentas corriente o de ahorro; la división de la cosa común en que es partícipe el ausente; excitación del celo del defensor acordándole una remuneración; la revocación del defensor nombrado y sustitución por otro más idóneo y la fianza personal o real.

Como ya se ha establecido, la titularidad del patrimonio del ausente no afecta su derecho por tal circunstancia, inclusive sigue siendo titular del mismo en el período de ausencia declarada. Se limita, eso sí, dicha titularidad ya que queda sujeto a determinadas medidas de administración, conservación y tutela que la ley establece en beneficio del ausente y de sus posibles sucesores.

Con relación a los poderes familiares, se tienen los siguientes efectos, en cuanto al ejercicio de la patria potestad existen dos criterios, el primero la patria potestad deberá ser desempeñada por la madre si se le confiere la representación de su marido ausente; y cuando se confiere esta representación a un extraño, entre las facultades que se le han de señalar estarán la de atender el cuidado y alimentos de los hijos menores que hubieren sido abandonados, sin perjuicio de proveerles de tutor cuando necesiten de representación legal o llegue el caso de declaración de ausencia y les corresponda la administración de los bienes; como segundo criterio de los hijos menores del ausente, deberá recaer el ejercicio de la patria potestad en la madre a no

ser que se aprecie concurrencia de razones graves para no acceder a dicha solicitud.

La legislación instituye en el Artículo 252 del Código Civil que “la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y la unión de hecho; y por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso”.

De ahí se desprende que el ejercicio de la patria potestad recae sobre el cónyuge del ausente, pues en la ley se estipula que en cualquier otro caso la patria potestad la ejerce el padre o la madre en cuyo poder se encuentre el hijo.

En cuanto a los hijos del ausente que no tiene cónyuge deberá nombrársele un tutor, de conformidad con el Artículo 293 de nuestro ordenamiento jurídico, pues el menor no se encuentre bajo la patria potestad de ninguna persona.

Asimismo por ausencia real o aparente del marido, cuando por causa de la demora se siguiese en perjuicio, de un acto para el cual se necesite la presencia de este, el juez podrá suplir la autorización material para determinados actos, en lo que la cónyuge y los hijos lo necesiten, por ejemplo, cuando las personas llamadas a dar el consentimiento para el matrimonio, de los hijos que son menores de edad se encuentren ausentes, el Juez del domicilio podrá suplir el consentimiento según Artículo 425 del Código Civil.

### 3.7. Periodo de declaración de ausencia

A este la segunda etapa de la ausencia se le denomina doctrinariamente ausencia legal o ausencia declarada y es el período al que técnicamente puede denominársele de ausencia.

Al respecto de la denominación de este lapso, algunos autores opinan que no debe denominársele ausencia declarada, ya que no es necesaria la declaración judicial de ausencia para que una persona pueda ser ausente en sentido legal y sólo será

necesaria esta declaración para que quede constituido todo el aparato administrativo y la representación del ausente y de sus bienes.

Durante este período, la declaración de ausencia no tiene ya como objeto principal proteger los intereses del ausente, como sucede en las medidas provisionales tomadas durante la presunción de ausencia, sino permitir el ejercicio a otras personas de los derechos relacionados con el ausente, son pues, los titulares de esos derechos o sus acreedores, lo que deben ser considerados como interesados en obtener la declaración al respecto.

Algunos autores opinan que debe tomarse en cuenta, si la persona cuya ausencia desea ser declarada judicialmente ha dejado o no apoderado o persona que le represente, diferenciando ambas situaciones.

Si el ausente ha dejado mandatario, la falta de noticias es explicable, puesto que el mismo interesado ha previsto que estaría mucho tiempo sin volver o que abandonaría su domicilio y la ausencia no ofrece inconvenientes, ya que ha dejado a otra persona para que actúe en su nombre y representación.

Si por el contrario, la persona ha dejado un mandatario para asunto determinado, como un mandatario especial con o sin representación, o no ha dejado apoderado, debe creerse que el abandono de su domicilio obedece a causas ajenas a su voluntad, por lo que se hace más verosímil la incertidumbre sobre la existencia de dicha persona.

Para ambos casos, la Ley establece que puede ser declarada la ausencia dentro de los plazos señalados, la legislación civil guatemalteca, estipula que este período de ausencia legal o ausencia declarada para los siguientes casos: “primero la declaración de ausencia para la representación en juicio; y segundo para la declaración de ausencia para la guarda y conservación de los bienes del ausente, la que puede realizarse por cualquier persona o por los propios parientes”, Artículos 42 al 62 del Código Civil.

### 3.8. Requisitos para obtener la declaración de ausencia legal

Dice Diego Espin Cánovas que “la doctrina ha establecido los siguientes requisitos para que exista la ausencia legal y obtener así la declaración judicial de ausencia, siendo el primero la desaparición de una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, el segundo que exista la situación legal de ausencia por virtud de los plazos que la ley señala, teniendo en cuenta si el ausente ha dejado o no apoderado y tercero que sea solicitada la declaración de ausencia por las personas que tengan obligación o interés en hacerlo”.<sup>18</sup>

También puntualiza el autor mencionado en el párrafo anterior “La persona que se encuentra en las circunstancias comprendidas en los anteriores requisitos se reputa ausente en sentido legal, sin que para que exista la ausencia legal sea precisa la declaración judicial de la misma.

Se requiere, sin embargo, la declaración jurídica para que se produzcan la totalidad de los efectos de este período de la ausencia, como por ejemplo, la representación del ausente”.<sup>19</sup>

En cuanto al primero de los supuestos mencionados, debemos entender por domicilio, atendiendo al concepto al lugar o círculo territorial donde se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones y constituye la sede jurídica y legal de una persona.

Por otra parte, debemos entender por residencia a la existencia del sujeto del derecho en un lugar determinado, donde ejerce su capacidad jurídica. De tal manera que la residencia tiene influjo indudable sobre las relaciones jurídicas, pero no afecta al menos en la esfera civil, a la capacidad de goce de la persona individual, sino simplemente a las condiciones de ejercicio de los derechos. De lo anterior se desprende que si una persona desaparece de su domicilio o del lugar de su última residencia, no puede ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, por lo que dicha desaparición resulta

---

<sup>18</sup> Espin Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 296

<sup>19</sup> **Ibid.** Pág. 298.

un requisito indispensable para obtener la declaración de ausencia, en su propio beneficio y en el de las personas que pudieran tener interés.

El segundo de los requisitos para obtener la declaración judicial de ausencia lo constituye la situación de ausencia durante los plazos que la ley señala, teniendo en cuenta si el ausente ha dejado o no apoderado.

La legislación española regula que dicha situación se establece; primero, pasado un año desde las últimas noticias o a falta de éstas desde su desaparición, si la persona no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes; segundo, pasados tres años se dejó encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes.

La legislación alemana establece los siguientes plazos; primero, cuando sea el fin del año en el cual la persona, según las noticias disponibles todavía haya vivido; tercero cuando al momento de la declaratoria hayan transcurrido cinco años a partir de haberse consumado el octogésimo año de vida.

Otras legislaciones y doctrinas señalan plazos distintos, según sea la fuente de donde provenga la regulación de esta institución.

La legislación no establece plazo alguno para iniciar las gestiones para obtener la declaración judicial de ausencia ni para considerar ausente a una persona, en sentido legal; por ello, tal declaración puede ser solicitada desde el momento que una persona se encuentre fuera de la república y haya tenido su domicilio en ella o desde el momento en que una persona este desaparecida de su domicilio y cuyo paradero se ignore.

Al respecto del tercer presupuesto, la declaración de ausencia podrá solicitarse por los parientes o por personas que tengan interés en obtener tal declaración, debiendo acreditar el interés en promover la cuestión; y por la procuraduría general de la nación,

quien tiene a su cargo representar provisionalmente a los ausentes, mientras éstos no tengan personero legítimo conforme al Código Civil y demás Leyes.

### 3.9. Quienes pueden hacer declarar la ausencia.

Doctrinariamente se establece que tienen obligación de instar la declaración judicial de ausencia judicial de ausencia legal, sin orden de preferencia, primero el cónyuge del ausente no separado legalmente; en segundo término los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; y en tercero la procuraduría general de la nación de oficio o por virtud de denuncia. Tienen facultad para solicitar dicha declaración cualquiera persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte.

La legislación española, de la cual se tomó la clasificación anterior, establece en los tres primeros numerales la obligación de solicitar y gestionar hasta su fenecimiento la obtención de la declaratoria de ausencia legal, pues los intereses del ausente no pueden quedar desprotegidos; en tanto que les concede facultad para gestionar tal declaración a la persona que tenga interés en obtener dicha declaración para que promueva al respecto, en virtud de estimar ejercitable un derecho sobre los bienes del ausente.

A este respecto nuestra legislación no hace distinción ni obliga a persona alguna a gestionar o instar la declaración judicial de ausencia, pues según lo establecido por el legislador en el Artículo 404 del Código Procesal Civil Mercantil “si la solicitud de ausencia la hiciere persona que no tenga derecho en el asunto, deberá ser rechazada de oficio por el juez competente”.

De tal suerte que la solicitud podría hacerse por cualquier persona, sea cónyuge, pariente o cualquier persona que tenga interés o derecho en el asunto, así como la procuraduría general de la nación debiendo acompañar a la misma el título por el cual compruebe el mismo.

### 3.10. Procedimiento para obtener la declaratoria de ausencia legal

Nuestra legislación establece dos formas procedí mentales para obtener la declaratoria de ausencia legal: el procedimiento judicial y el extrajudicial. Analizaremos por separado cada uno de ellos:

Procedimiento judicial; el procedimiento judicial para obtener la declaratoria de ausencia está fue regulado en los Artículos 401 al 414 del Código Procesal civil y mercantil, los cuales estipulan los requisitos indispensables para iniciar, gestionar, diligenciar y declarar la ausencia de una persona. Veremos, en forma separada, cada una de las etapas a seguirse, siendo éstas:

Juez competente, la declaratoria de ausencia legal se hace por los trámites de los actos de jurisdicción voluntaria, la cual comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Es juez competente para la tramitación de estos asuntos es el de primera instancia civil del último domicilio del ausente, toda vez que el Artículo 13 del Decreto Ley 107 instituye que “la persona que no tiene domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en donde se encuentre o en el de su última residencia”, estipulando además en mismo cuerpo legal, en su Artículo 24 que “para el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria, son competentes los Jueces de Primera Instancia”.

Más específico aún, es el Artículo 403 del cuerpo legal citado que se establece que “las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los Jueces de primera instancia”.

Requisitos de la primera solicitud: la solicitud debe formularse por escrito debiendo acompañarse los documentos que conduzcan a probar los siguientes extremos, primero que se tiene derecho a promover la cuestión, debiéndose justificar el carácter invocado

por los medios que en cada caso corresponda, a saber, si se trata del cónyuge o parientes dentro de los grados de ley, por medio de certificaciones de las partidas del registro civil; se trata de heredero instituido o legatario, con el testamento; las demás personas con instrumentos auténticos o privados que acrediten los derechos de que sean titulares. Por otra parte, debe establecerse el interés por el cual se promueve la cuestión o que se tenga derecho o en el asunto, pues de lo contrario el Juez rechazará de oficio la solicitud.

Segundo el hecho de la ausencia: Tal circunstancia puede comprobarse por documentos que acrediten tal situación, verbigracia, certificaciones extendidas por la dirección general de migración donde conste la fecha de salida y del último ingreso a la república por parte de la persona cuya declaración de ausencia se tramita, en caso de que haya salido del país; o bien, por declaración testimonial de personas que indiquen la última vez que tuvieron noticias de dicha persona u otro medio idóneo que acredite tal circunstancia. Tercero la circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor de edad o incapacitado.

Para ello se requiere de certificación extendida por el director del Archivo General de Protocolos, en donde conste que la persona de cuya ausencia se trata no tiene mandatario o que el mismo no tiene facultades suficientes para que lo represente.

En caso de tratarse de un menor o incapacitado, bastará certificación negativa extendida por el Registro Civil del domicilio del ausente, en la que conste que no tiene tutor o persona que le represente. Cuarto el tiempo de la ausencia, en este caso resultan idóneos los medios de prueba, indicados en el numeral dos de este apartado.

Quinto de conformidad con el Artículo 403 del Decreto Ley 107 debe oírse al Procuraduría General de la Nación, toda vez que a esta Institución debe dársele intervención en los asuntos jurisdicción voluntaria cuando el asunto se refiere a personas incapaces o ausentes. Sexto en cuanto a los demás deberán llenarse los requisitos de una primera solicitud contenidos en el Artículo 61 del Decreto Ley 107.

Tramitación de conformidad con el Artículo 412 del Decreto Ley 107, el juez dará trámite a la solicitud, nombrará un defensor judicial que tendrá a su cargo exclusivamente la representación del presunto ausente y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario que podrá ser el mismo defensor. Resulta necesario el nombramiento de un defensor judicial que represente al presunto ausente, ya que como bien se señala, este juicio presenta como característica la situación anómala de una persona a quien se va a privar de su personalidad de derecho, con las consecuencias importantes que hemos analizado sin que esté en condiciones de hacerse oír en juicio, por eso el legislador ha debido preocuparse de que en el desarrollo del proceso no carezca de defensa y sus bienes de custodia.

Asimismo en la primera resolución y para los efectos de publicidad procesal y del conocimiento público del trámite de declaración de ausencia de una persona, la ley obliga al juez a que ordene la publicación de un edicto por tres veces en el diario oficial y en otro de mayor circulación por el término de un mes. Dicho edicto deberá contener, la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaración de ausencia; la citación al presunto ausente; la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo; la fecha y la firma del secretario del tribunal donde se gestione.

Por último la resolución, llenados los requisitos anteriores, recibida la formación y pasado el término de las publicaciones sin que existiere oposición, el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia, si procediere, y nombrará un guardador, quien asumirá la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere.

Procedimiento extrajudicial, el trámite extrajudicial de declaratoria de ausencia legal de una persona constituye un especial avance en nuestra legislación, ya que el mismo es iniciado y diligenciado por un notario, al cual se le atribuyen facultades de juzgador.

La tramitación notarial de la ausencia está establecido en la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, contenida en el Decreto 54-77

del congreso de la república, de los Artículos 1 al 7 que contienen los principios fundamentales y, específicamente lo relativo a la ausencia que se encuentra regulado del Artículo 8 al 10 de la mencionada Ley.

El proceso de estos asuntos se realiza en la misma forma que el trámite judicial, con las siguientes diferencias, todas las actuaciones se harán constar en actas notarial, salvo las resoluciones, las resoluciones se redactarán en forma discrecional, pero deben contener: la dirección de la oficina del Notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicta y la firma del notario, los avisos o publicaciones deberán llevarla dirección del notario, si alguna de las partes manifestare oposición o cuando la opinión de la procuraduría general de la nación fuera adversa, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente.

Realizadas las publicaciones o manifestada oposición de algún interesado, el notario remitirá lo actuado al tribunal competente para los efectos del nombramiento de defensor judicial y continuación de la tramitación, de conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil. En igual forma deberá actuar cuando se tome alguna medida precautoria urgente, siendo necesaria intervención judicial.

Las formas de tramitación señaladas, tanto judicial como extrajudicial, son las que deben realizarse para obtener la declaración de ausencia en cualquiera de los casos que han quedado señalados. En virtud de que la declaración de ausencia para la representación en juicio ya fue analizada anteriormente, estudiaremos lo relativo a la declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente, los cuales fueron plasmados por los legisladores en los Artículos del 47 al 62 del Código Civil y en los Artículos 415 al 417 Decreto Ley 107.

Realizados los trámites del caso y dictado el auto por el cual se declara ausente a una persona, el juez dicta sentencia interlocutoria, en la cual nombrará un guardador, quien asumirá la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere. Posteriormente el juez discernirá el cargo del guardador, quien tendrá las facultades

establecidas por el Código Civil, y le extenderá la credencial que acredite la representación y previo inventario y avalúo de los bienes y prestación de la garantía correspondiente, se le hará entrega de los mismos. Asimismo el guardador asumirá la representación del ausente, cesando los cargos de defensor judicial y el de depositario, si el nombramiento no hubiere recaído en el guardador.

El guardador necesita de autorización judicial para seguir y poder someter asuntos al proceso arbitral y repudiar herencias o donaciones y legados, tendrá una retribución anual fijada por el juez competente a menos que sea removido por su culpa; terminará su cargo en los siguientes casos; primero cuando se apersona el ausente por sí o por medio de apoderado; segundo cuando se extinguen los bienes o dejan de pertenecer al ausente; tercero cuando fallezca el guardador, se le admita la renuncia o se le remueva del cargo, según las reglas establecidas para el tutor en lo que fueren aplicables, en cuyos casos el juez procederá de oficio a nombrar nuevo guardador; y cuarto cuando se da la administración a los parientes.

La administración de los bienes del ausente por parte de los parientes lo regularon en los Artículos del 55 al 62 del Código Civil, debe ser solicitada y ejercida por el cónyuge e hijos del ausente y, a falta de ellos, por los parientes consanguíneos dentro de los grados de ley.

Las reglas para la obtención de la administración por parte de los parientes, son las siguientes:

Antes de concederse la administración, se practicará inventario y tasación de los bienes y liquidación o participación de los que pertenecen al matrimonio, si el ausente fuere casado.

Los parientes que solicitaren la administración constituirán hipoteca o prestarán fianza por el valor de los bienes del ausente.

Al entrar el administrador designado en posesión de los bienes, cesará la representación del guardador, quien deberá rendirle cuentas de su administración, los familiares que tuvieren la administración asumirán la representación legal del ausente y harán suyos los frutos naturales y civiles de los bienes.

El administrador no podrá enajenar ni gravar los bienes del ausente, sin llenarlas formalidades que las Leyes establecen en cuanto a los bienes de menores e incapaces.

El guardador o administrador que adquieran para el ausente bienes o derechos por sucesión u otro título, deben denunciarlo al juez respectivo dentro de quince días y ampliarán hasta el valor de estos bienes o derechos la garantía que hubieren prestado.

Las diferencias fundamentales entre el guardador de los bienes y la administración de éstos por parte de los parientes, son el guardador tendrá derecho a una retribución anual que fijará el juez competente, en tanto que los parientes no reciben retribución alguna, sino hacen suyos los frutos naturales y civiles de los bienes, los parientes que solicitaren la administración constituirán hipoteca o prestarán fianza por el valor de los bienes del ausente, mientras que el guardador no.

### 3.11. Efectos de la ausencia declarada

Este segundo período de ausencia produce efectos de orden patrimonial y de orden familiar.

Los primeros son defendidos por medio de un representante del ausente, que puede ser el cónyuge, los hijos o un pariente dentro de los grados de ley, representantes legítimos, a falta de las personas nombradas, podrá ser una persona solvente y de buenos antecedentes que el juez designe a su prudente arbitrio, representación dativa, y tendrán como funciones, primero la representación del declarado ausente; segundo la pesquisa de su persona. Tercero la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones.

Los efectos de carácter familiar que produce la declaración de ausencia por su orden podríamos decir que primero en orden al régimen económico-matrimonial, el cónyuge del ausente se le transfiere la administración del patrimonio conyugal como lo regularon en el Artículo 133 del Código Civil; en segundo en orden a la patria potestad, es causa de suspensión de su ejercicio Artículo 273 del mismo cuerpo legal.

Debiendo disponer en el auto que declare la ausencia lo relativo a este extremo, indicando la persona que deberá ejercerla.

### 3.12. Cesa de la ausencia

La ausencia termina con la certeza de la existencia o de la muerte del ausente, por lo tanto el estado de ausencia concluye:

Primero por la reaparición del ausente, en cuyo caso tendrá los siguientes efectos: si reaparece durante la posesión provisional de los bienes, tiene derecho a que se le restituyan los mismos, respondiendo las garantías y fianzas en el caso de que sean insolventes los poseedores provisionales; si reaparece tras la posesión definitiva, recobrará los bienes en el estado en que se encontraren, obtendrá el precio de los vendidos y los que provenga del empleo que se haya hecho de ese precio, en tanto que la persona que tuviere los bienes quedará con el carácter de guardador y sujeto a las obligaciones de éste; en cuanto a los poderes de familia tiene facultad para demandar la nulidad del nuevo matrimonio, si hubo dolo de alguno de los contrayentes, acción que prescribe a los seis meses desde la fecha que tuvo conocimiento de tal circunstancia y, por otra parte, recobra el ejercicio de la patria potestad.

Segundo cuando se acredite su defunción, en cuyo caso se abrirá la sucesión a favor de los herederos desde el día de su fallecimiento.



## **CAPÍTULO IV**

### **4. La muerte presunta o declaración de fallecimiento como trámite de jurisdicción voluntaria notarial y propuesta de trámite.**

#### 4.1. Concepto de muerte presunta o declaración de fallecimiento

La muerte presunta o declaración de fallecimiento constituye la última fase o situación jurídica del régimen de ausencia, en general, toda vez que puede ser obtenida luego de seguir, la totalidad del procedimiento para obtener una declaración de ausencia, siempre que ésta se haya tramitado para administrar los bienes por los parientes del ausente.

Asimismo, tal declaración puede iniciarse y tramitarse como una institución civil independiente e insubordinada de la misma.

Por tales razones, se considera esta figura del derecho civil como la última fase dentro del régimen de ausencia, como ya se indicó, en términos generales, pues luego de la declaratoria de ausencia de la cual hemos hechos referencia o debido al transcurso del tiempo sin tener noticias del ausente, se presume muerta a la persona y así se le declara.

La denominación más antigua la constituye la de muerte presunta, tomando en cuenta que el ausente puede retornar o aparecer en cualquier momento y que la misma tiene carácter provisorio.

Otros autores al referirse al tema, toman en cuenta la declaración judicial emanada del procedimiento para obtener la declaración de fallecimiento, la cual denominan así, en virtud de que ésta es una resolución judicial, contenida en una sentencia, por la cual se declara muerta a una persona a partir de determinada fecha y los efectos de la misma se equiparan a los que surte en las personas fallecidas en forma natural.

En todos los casos por los cuales se declara el fallecimiento de una persona, según apunta Cabanellas: “se procede mediante presunciones, concretadas en la resolución judicial que declara el fallecimiento de una persona ausente o en ignorado paradero cuando ha transcurrido considerable plazo sin noticias de la misma. Se pone fin así, según se ha afirmado, a la presunción de vida, fundándose en el peligro grave, para las declaraciones a corto plazo; o en transcurso del tiempo; en circunstancias normales”.<sup>20</sup>

Podemos conceptualizar, de lo anterior, que la muerte presunta o declaración de fallecimiento, es una ficción jurídica que pone fin a la existencia de una persona física, como sujeto de derecho, mediante una resolución judicial, equiparando sus efectos al suceso en que una persona fallece en forma natural.

La legisladores guatemaltecos establecieron en el Artículo 42 del Código Civil, los dos supuestos por los cuales se regula la institución de la ausencia, señalando que: “es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella” y que: “se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”.

Tales preceptos, son aplicables para obtener la declaración de fallecimiento de una persona, pues los mismos son constitutivos de presupuestos jurídicos dentro de la norma indicada y a la vez formulan presunciones legales que en la doctrina se conocen como *juris tantum*.

Estos consisten en la afirmación o conjetura legal que puede ser destruida por prueba en contra, tal como lo señala Cabanellas, quien sostiene que: “este género de presunciones surte efectos mientras no se demuestre su falsedad o inexactitud; ya que la verdad es sólo provisional”.<sup>21</sup>

Por tal razón, dentro de las diligencias de declaración de muerte presunta de una persona, cuando se invoca el transcurso del tiempo como causa para solicitar tal

---

<sup>20</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Pág. 588.

<sup>21</sup> **Ibid.** Pág. 120.

declaración, no es necesario haber obtenido la declaración judicial de ausencia, pues la legislación es clara al consignar, en el Artículo mencionado, que para los efectos legales se considera ausente a la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se desconoce.

Es así como la legislación guatemalteca en su Artículo 63 se preceptúa que: “Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá declararse la muerte presunta de éste y , en tal caso, podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia.”

#### 4.2. Características de muerte presunta

A esta institución se le pueden señalar como características propias, las siguientes:

La primera se trata de una situación jurídica independiente, que, aunque implica el cese de la situación de ausencia legal cuando ésta haya existido, no requiere la previa declaración de ausencia legal.

La segunda es que frente a las situaciones anteriores de ausencia de hecho y ausencia legal, la declaración de fallecimiento lleva consigo una presunción de muerte o más propiamente una amortiguación de la presunción de vida, dando preponderancia a la posibilidad de muerte.

En aquellas primeras situaciones se parte de la existencia presunta del ausente, mientras que aquí se toma como base la probabilidad de su muerte.

Así se explica que los efectos de la declaración de fallecimiento hayan de ser diversos y más trascendentes que los que se producen en las medidas provisionales y en la ausencia legal.

La tercera puesta en parangón con la muerte natural, la declaración de fallecimiento

aún produciendo efectos parcialmente iguales o semejantes, no puede identificarse con ella ni cabe encuadrar la declaración de fallecimiento dentro de los medios de prueba de la muerte.

La cuarta, el cambio de la naturaleza del patrimonio del desaparecido, del patrimonio personal, en custodia o conservación, defensa del desaparecido, o de patrimonio en situación interina de administración, declaración de ausencia, pasa a la condición de herencia, abriéndose la sucesión del desaparecido.

#### 4.3. Modalidades

Existen dos modalidades dentro del régimen de declaración de fallecimiento a saber, siendo la primera la ausencia en sentido general, llamada simple por la legislación alemana, la cual fue ya analizada con antelación, cuando se abordó el tema de la ausencia de hecho y la ausencia legal; y, la segunda la ausencia calificada o desaparición, en virtud de la cual una persona ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero y en circunstancias especiales o extraordinarias de peligro para su vida.

La legislación en el Artículo 63 del Código Civil preceptúa dos supuestos para obtener la declaración de muerte presunta en los casos de ausencia simple: “Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, en cuyos casos los herederos testamentarios o legales, podrá pedir la posesión definitiva de la herencia”.

Según apunta Puig Peña, al abordar el tema, indica que: “los autores dicen que la alusión, del desaparecido, supone necesariamente que las noticias deban ser directas, es decir, del mismo ausente, no habiendo por tanto, aceptarse las meras noticias de referencia”.<sup>22</sup>

Tal como puede establecerse, transcurridos cinco años desde que se tuvo la última

---

<sup>22</sup> Puig. **Ob. Cit.** Pág. 420.

noticia del ausente es factible solicitar y obtener la declaración de fallecimiento o muerte presunta de una persona, sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial de ausencia, toda vez que la legislación vigente establece los supuestos jurídicos por los que una persona es considerada como tal.

Para el caso de la ausencia calificada o de desaparición, la cual se caracteriza por el riesgo o peligro para la vida, dentro de los plazos establecidos por la ley en vigencia, para obtener dicha declaración, la legislación conceptúa en el Artículo 64: “ Podrá asimismo declararse la muerte presunta:

a) De la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando ha transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tengan noticias de ella;

b) De la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año de su desaparición; y

c) De la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.”

Especial comentario merece este último análisis, ya que en el mismo no se fija plazo o término alguno para solicitar la declaración de fallecimiento, por lo que ésta puede ser requerida inmediatamente de ocurrido el hecho, previa comprobación de las causas que lo motivaron.

Por otra parte, deja el legislador facultades amplias de interpretación en cuanto al vocablo siniestro, que según Manuel Ossorio es: “un hecho productor de destrucción o daño grave que sufren las personas o las cosas por causa fortuita.”<sup>23</sup>

De tal manera, que el mismo debe ser interpretado por el juez atendiendo a las

---

<sup>23</sup> Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 709.

circunstancias en las cuales desapareció una persona, siempre que se deriven de un hecho natural que haya provocado su muerte como se menciona en el Artículo 63 de la ley citada anteriormente.

#### 4.4. Procedimiento para obtener la declaración de muerte presunta

La legislación guatemalteca admite únicamente el procedimiento voluntario judicial para obtener la declaración de muerte presunta, siguiendo los mismos mecanismos que se necesiten para obtener la declaración de ausencia, excepto en lo que concierne a los medios probatorios de los extremos que comprueben la situación de la persona cuya declaración de fallecimiento se desea obtener, es decir la resolución que se dicta y que constituye una sentencia y no un auto como en el caso de la declaración legal de ausencia.

En el caso de que sea solicitada la declaración de fallecimiento por el transcurso de cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, bastará acreditar por documento auténtico la fecha en que se decretó dicha administración o en el segundo de los supuestos, con medios que comprueben cuando se tuvo la última noticia directa del ausente.

Para los casos relativos a la desaparición durante una guerra o por haberse encontrado en una zona de operaciones, de buque náufrago o accidente aéreo, o algún siniestro, bastará comprobar fehacientemente los extremos de los mismos supuestos, transcurrido el plazo señalado por la ley, a excepción del último de los casos, en el que puede hacerse requerimiento inmediatamente, como ya lo señalamos.

Efectuadas las publicaciones y no habiéndose presentado oposición, el juez dictará sentencia declarando el fallecimiento de la persona y fijará el día y hora que se reputen ser los de la muerte, en vista de las circunstancias en las que pueda haber ocurrido y de las pruebas que presenten los interesados, y a falta de datos acerca de la hora de fallecimiento, se fijará como tal la última hora del día presuntivo de la muerte,

ordenando su inscripción en el registro civil y de la propiedad inmueble, según lo codificado por el legislador en los Artículos 65: “Cuando no constare la fecha del siniestro en que se presume fallecida alguna persona, el juez fijará el día y la hora en que se reputen ser los de la muerte en vista de las circunstancias en que pueda haber ocurrido y de las pruebas que presenten los interesados. A falta de datos acerca de la hora de fallecimiento, se fijará como tal, la última hora del día presuntivo de la muerte.” Artículo 68 “La resolución que declare la muerte presunta así como la que otorgue la posesión definitiva de los bienes, será inscrita en los registros del estado civil y de la propiedad inmueble que correspondan.” y el Artículo 418 el cual establece lo siguiente “La sentencia que declare la presunción de muerte de una persona, será inscrita en el Registro Civil del domicilio del presunto muerto.” Todos del Decreto ley 106.

Al respecto de la resolución definitiva que pone fin a este proceso, algunos autores, opinan que se dicta el auto de declaración de fallecimiento, en tanto otros opinan que se dicta una sentencia.

Por lo que podemos decir sin exagerar, que esta última determinación es el acto esencial de todo el juicio, pues una vez firme la sentencia, el día que ella señale como de fallecimiento presunto marcará el momento en que los interesados podrán proceder a la apertura del juicio sucesorio y al ejercicio de todos los derechos y obligaciones supeditados a la muerte del causante.

En cuanto a la fijación del día y hora que se reputen ser los de la muerte de una persona, cabe distinguir los casos de ausencia simple y de ausencia calificada.

Serrano citado por Castán opina al respecto: “que en los primeros, teniendo en cuenta que tradicionalmente se consideraba que las probabilidades de vida eran más fuertes al principio, menos intensas a la mitad y más débiles al final del plazo señalado para la presunción de muerte, y presumiéndose legalmente la vida durante transcurrido el plazo correspondiente desde que el ausente transmitió las últimas noticias.

En cambio, en los supuestos de ausencia calificada hay un dato preciso que consiste en suponer, con visos de probabilidad, que la muerte ocurrió en un momento determinado: aquel en que se produjo el peligro de la vida en el cual desapareció la persona de cuya declaración de fallecimiento se trata, por ello, se señala como fecha de la muerte aquella en que se produjo el peligro para la vida, en el cual desapareció la persona.

Y en los casos en que la ley pone una presunción de peligro para la vida, violencia, naufragio, perecimiento en aeronave, el día en que, por haber transcurrido el plazo fijado, se puede presumir la violencia, el naufragio o perecimiento en aeronave”.<sup>24</sup>

#### 4.5. Efectos de la muerte presunta

El tratadista Federico Puig Peña señala que “la declaración de fallecimiento produce como efectos comunes a la ausencia simple y calificada: primero el cese de la situación de ausencia legal, cuando haya sido declarada, o de la medida provisional adoptada; segundo la presunción de muerte, salvo investigaciones en contrario; tercero la posibilidad del cónyuge del ausente o desaparecido”<sup>25</sup>. Consideramos que estos efectos podemos analizarlos por separado de la siguiente manera:

a) Efectos sobre la situación anterior a la declaración de fallecimiento: Por la declaración de fallecimiento, cesa la situación de ausencia legal cuando haya sido declarada o de las medidas provisionales adoptadas por lo tanto termina la función del representante del ausente.

b) Con relación a la familia, se dice que el cónyuge del ausente tiene posibilidades de contraer nuevas nupcias, esto se encuentra codificado en el Artículo 77 del Decreto Ley 106 “Si el cónyuge de la persona declarada muerta contrae nuevo matrimonio, este será valido aunque el ausente viva, a no ser que los cónyuges o uno de ellos conociera la circunstancias de estar vivo el ausente. En este caso, la acción de nulidad corresponde

---

<sup>24</sup> Castán. **Op. Cit.** Pág. 317.

<sup>25</sup> Puig. **Op. Cit.** Pág. 150.

al ausente o al cónyuge que haya ignorado, al casarse, que aquel vivía. Esta acción prescribe a los seis meses contados, para el ausente, desde de la fecha en que tuvo conocimientos del nuevo matrimonio; y para el cónyuge, desde que supo la supervivencia del ausente”.

c) Con el patrimonio Cruz Zamayoa, opina que “El poseedor definitivo, a diferencia provisional, entra en el goce pleno de todos los derechos de sucesión, estima que con la posición definitiva de los bienes del causante, termina el proceso gradual que conduce a la tramitación formal de los derechos patrimoniales del ausente a sus herederos legítimos, testamentarios o legales. Toda la incertidumbre que ha venido reinando a través de las distintas etapas del juicio y que determinaban procedimientos cautelosos en defensa de los derechos del ausente en razón de que podía aparecer, se convierte en una fuerte presunción de que ha fallecido, y que por lo menos ha hecho abandonado absoluto e irrevocable de sus derechos y obligaciones y la ley, consecuentemente a estos postulados, se desentiende de aquel que hasta ahora había venido tutelando para encarar exclusivamente los de las personas que poseen los bienes provisionalmente y convertirlos en propietarios de los mismos como si realmente su titular hubiera fallecido.

Por otra parte otorgada la posesión definitiva de los herederos o sucesores que correspondan, se opera la transmisión definitiva del patrimonio del ausente a aquellos. Todos los derechos obligaciones del causante que no fueren inherentes a su persona, habrán pasado a sus sucesores y ellos serán propietarios o poseedores inmovibles de todas las cosas y bienes que aquel habrían pertenecido”<sup>26</sup>.

La legislación guatemalteca preceptúa que el efecto principal de la declaración de muerte presunta de una persona lo constituye la posesión de la herencia por parte de los herederos testamentarios o legales del presunto muerto. Como bien señala Manuel Ossorio “puede preceptuarse como el reconocimiento al sucesor universal *mortis causa* de de su calidad de tal; es decir, de su investidura para ejercer los derechos

---

<sup>26</sup> Cruz Zamayoa, F. **Instituciones de derecho civil patrio**. Pág. 42.

provenientes de la adquisición de la herencia, o sea, el título del cual se pueden ejercitar los derechos inherentes a su calidad de sucesor *mortis causa*”.<sup>27</sup>

Según el mismo autor, “mientras la calidad del sucesor se vincula con el goce del derecho hereditario, la posesión de la herencia se vincula con el ejercicio”.<sup>28</sup>

De lo anterior deducimos, que la posesión de la herencia por los herederos o legatarios, les faculta para ejercitar los derechos como tales hasta conseguir la declaración judicial de herederos o legatarios, pero no por ello adquieren el dominio de los bienes, sino hasta que se obtengan dicha declaración, por lo que mientras tanto, gozan de una posesión precaria de los bienes, toda vez que el presunto muerto puede aparecer en cualquier momento y solicitar la devolución de los bienes o la entrega del precio de los vendidos.

Otros autores opinan que para que los herederos puedan disponer de los bienes de una persona declarada muerta, debe seguir diligencias de utilidad y necesidad, las cuales son también necesarias para los menores, incapaces y ausentes; y tomando en cuenta que resultan necesarias dichas diligencias para disponer de bienes de ausentes, es consecuente seguirlas para disponer de bienes del presunto muerto.

El análisis de las distintas interpretaciones de la posesión, resulta necesario para establecer los efectos que en cuanto al patrimonio produce la declaración de fallecimiento, los cuales al decir de Espín Canovas “se refiere a la sucesión del ausente, pues producen la apertura de su sucesión, respecto a la cual hay que notar: primero que el momento de la apertura no es el momento en que sea firme la declaración de fallecimiento, como parece deducirse, sino el momento que el auto declaratorio de fallecimiento señale como de la muerte; segundo que la partición de la herencia del declarado fallecido puede hacerse judicial o extrajudicialmente, siendo obligación ineludible de los sucesores la de formar inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles, es pues, indudable, que puede el heredero del

---

<sup>27</sup> Ossorio **Op. Cit.** Pág. 709.

<sup>28</sup> Ossorio **Op. Cit.** Pág. 710.

declarado fallecido disponer a título oneroso; tercero que hasta que trascurren cinco años después de la declaración de fallecimiento no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandadas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados a favor de instituciones de beneficencia”.<sup>29</sup>

De tal manera que la legislación guatemalteca establece como efecto principal, desde el punto de vista patrimonial, de la declaración de fallecimiento, la posición de los bienes, por los herederos o legatarios siguiéndose para tal efecto las siguientes reglas:

Primero la herencia corresponderá a quienes resulten herederos del ausente en la fecha señalada como día de la muerte presunta,

Segundo en cualquier tiempo que se estableciera la fecha exacta del fallecimiento del ausente, en esa fecha se considera abierta la sucesión para el efecto de declarar quienes son los herederos,

Tercero las consecuencias jurídicas de la declaración de muerte presunta respecto a los bienes, se determinara por la ley del lugar donde se hallen situados, cuarto los poseedores de los bienes deben proveer de alimentos a los que tengan derecho a recibirlos, en los términos que la ley establece.

Quinto se decreta la posesión definitiva por los herederos o legatarios, para tal efecto debe probarse: a) que la ausencia ha continuado desde que se confirió la administración de los bienes, b) que se ha declarado la muerte presunta del ausente, y c) que al tiempo de pedirse la posesión, se tiene derecho a los bienes como heredero o intestado. Artículo 417 del Código Procesal Civil y Mercantil, asimismo en la radicación del proceso sucesorio, deberá acompañarse la certificación de la muerte presunta del causante y sexto los herederos o legatarios, que hayan obtenido la posesión definitiva de los bienes, no podrán adquirirlos por prescripción.

---

<sup>29</sup> Canovas. **Op. Cit.** Pág. 306.

#### 4.6. Revocación de la declaratoria de la muerte presunta

La revocación de la declaración de muerte presunta tendrá lugar en el caso de que se presentare el ausente o se probare su existencia, el ausente recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho a recibir el precio de los que se hayan vendido y tendrá derecho a recibir el precio de los que se hubieren reclamado sus frutos, rentas y productos a sus sucesores desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.

La legislación guatemalteca establece, como efectos de la cesación de la declaración de muerte presunta, las siguientes:

1. Artículo 71 del Código Civil preceptúa “Cesará la posesión definitiva haya noticia comprobada de que vive el ausente; desde entonces, el heredero quedará con el carácter de guardador y sujeto a todas las obligaciones de éste”.

2. Artículo 72 “Los que por cualquier título tengan la administración o custodia de los bienes del ausente, o hayan obtenido la posesión definitiva de ellos, no podrán retenerlos por causa alguna ni rehusar su entrega inmediata al ausente que regrese o a la persona que legalmente lo represente. El ausente, mientras viva, conserva la posesión civil de estos bienes, bajo el amparo de la ley”.

3. Artículo 75 “Si el ausente o presunto aparece o se prueba su existencia; aun después de la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que estos se encuentren, el precio de los vendidos y los que provengan del empleo que se haya hecho de ese precio”.

Fernando Cruz a este respecto, opina que “la ley no da acción al dueño de los bienes sino contra el poseedor definitivo, y sería destruir la seguridad de la propiedad y la firmeza y validez de los contratos, sobre todo cuando hay de por medio el hecho de la ausencia, dependiente de ordinario de la voluntad del que la ha tenido largo número de

años. Pero esto es así, no es menos justo que el ausente pueda cobrar al poseedor definitivo, el precio de los bienes enajenados, porque si existieran en su poder estaría obligado a devolverlos; y si se les eximiera del pago, nada le sería más fácil que enajenarlos inmediatamente después de obtenida la posesión definitiva, poniéndose así cubierto de toda restitución. Mas esta acción será personal contra el poseedor definitivo, siendo muy racional la prescripción del Código Francés que declara que si el ausente aparece o se prueba su existencia aun después de la posesión definitiva, recobrara sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que hayan sido vendidos y los bienes que provengan del empleo que se haya hecho del precio de ellos. El principio de equidad es que todo lo hecho de buena fe por el poseedor definitivo sea válido; pero que éste no se enriquezca a costa de los que resulten verdaderos propietarios”.<sup>30</sup>

#### 4.7. Inscripción en el registro civil y de la propiedad de los hechos concernientes a la muerte presunta.

Para el autor Espín Canovas, “una vez declarada la muerte presunta, los órganos judiciales tienen el deber de mandar los testimonios y documentos necesarios para dar cumplimiento al precepto”.<sup>31</sup>

En el libro de defunciones del registro civil se asentarán las partidas correspondientes, de acuerdo a lo establecido por el legislador en el Artículo 418 del Código Civil “La sentencia que declare la presunción de muerte de una persona, será inscrita en el Registro Civil del domicilio del presunto muerto”.

Por otra parte, en los artículos 64 y 419 del Código Civil se preceptúa “Podrá asimismo declararse la muerte presunta: a) de la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticias de ella; b) de la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque de naufragio, o al verificarse

---

<sup>30</sup> Cruz, Fernando. **Derecho civil**. Pág. 137.

<sup>31</sup> Canovas. **Op. Cit.** Pág. 315.

un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año de su desaparición; y, c) de la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, derrumbe, inundación u otro siniestro”. Cuando hubiere noticia de los hechos a que se refiere el Artículo 64, será inscrita la defunción en el registro de la vecindad de las víctimas. Para los efectos de los incisos b) y c) del Artículo 64, la autoridad del puerto o aeropuerto nacional, de donde hubiere zarpado la nave y el cónsul de la República en el puerto o aeropuerto de su destino darán aviso del siniestro a sus superiores jerárquicos, para que sean inscritas las defunciones ocurridas.

Con respecto a lo anterior, en el Artículo 419 del Código Civil se enfocan claramente casos de muerte presunta, dado que, aunque no se haya observado el aviso del fallecimiento de la víctimas del siniestro, la mente humana llega forzosamente a adquirir la firmeza de convicción de la muerte, como consecuencia lógica de un proceso de presunciones humanas, por ejemplo que se haya visto a las víctimas abordar el avión trágico; que luego se haya observado la explosión; que en seguida se haya examinado los restos del aparato y no se hayan podido encontrar o identificar los restos mortales de las víctimas; entre otros. Hay muerte presunta; pero como los hechos constan de un modo categórico, no es preciso recurrir a la autoridad judicial para obtener una resolución declaratoria.

Se sabe que en el caso anteriormente planteado la declaración de muerte presunta si se da, ya que si bien es cierto que se sucedieron todos los casos mencionados, como por ejemplo el que se vio a las víctimas abordar el avión trágico, que se observó la explosión, que se revisaron los restos del aparato, aunque no se hayan podido identificar los restos mortales de las víctimas, por lo que se infiere claramente que se está ante un caso de muerte presunta, y por lo tanto, hay que esperar el tiempo establecido en el Artículo 64 del Código Civil para solicitar tal declaratoria. Un caso contrario sería si el cadáver hubiera sido encontrado, ya que se tomaría como muerte natural, inscribiéndose inmediatamente.

Por otra parte se encuentra cierta contradicción entre lo preceptuado por el Artículo 64 inciso b y el 419 del Código Civil, que ya fueron citados textualmente, al decir que para el caso de los incisos b y c del Artículo 64, la autoridad del puerto o aeropuerto nacional de donde hubiere zarpado la nave y el cónsul de la república del puerto o aeropuerto de su destino darán aviso del siniestro a sus superiores jerárquicos, para que sean inscritas las defunciones ocurridas, y en el inciso b) del Artículo 64 “Podrá asimismo declararse la muerte presunta... b) de la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque naufrago, o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año de su desaparición” En todo caso el Artículo 419 regula que serán inscritas las defunciones ocurridas, sin esperar el plazo del que se habla en el Artículo 64 inciso b el cual establece un año, por lo que se observa que hay contradicción en estas dos normas.

Lo que comenta el tratadista Espín Cánovas con relación a lo antes tratado es lo siguiente “la inscripción en el registro civil de las declaraciones de fallecimiento o muerte presunta, producen, como efectos, que queden extinguidos del derecho todos los mandatos generales y especiales otorgados por el presunto fallecido”.<sup>32</sup>

Así el Código Civil en el Artículo 1717, inciso quinto consagra “El mandato termina: por muerte o por interdicción del mandante o mandatario”, ya que la presunción de muerte produce los efectos de la defunción de una persona hasta que no aparezca o se pruebe la existencia del declarado muerto presunto.

La muerte presunta termina con el mandato, ya que el mandato es otorgado para que el mandatario represente al mandante en los asuntos en los que el mandante no pueda comparecer por sí, por lo que busca a otra persona para que lo represente, pero se entiende que esto es mientras el mandante éste vivo, porque en cualquier momento puede el mandante tomar el mando de sus negocios o intereses y responder por sí de las obligaciones y derechos adquiridos por el mandatario, en tanto que si el mandante muriera o se declara su muerte, y el mandatario continuara con el mandato, no habría a

---

<sup>32</sup> Canovas. **Op. Cit.** Pág. 319.

quién reclamar después de alguna obligación contraída por el mandatario, porque la persona obligada a responder ya ha sido declarada muerta, por eso el mandato opera solamente entre personas vivas.

En el Registro General de la Propiedad se inscribirá la posesión provisional o definitiva de los bienes del ausente. Además se podrán obtener anotaciones de conformidad con lo establecido en el Artículo mil cuatrocientos cuarenta y nueve, inciso cuarto y sexto del Código Civil.

#### 4.8. Ventajas al implementar la muerte presunta dentro de los trámites de la jurisdicción voluntaria notarial

Debemos partir con la premisa de que la muerte presunta constituye la última fase o situación jurídica del régimen de la ausencia en general, toda vez que puede ser obtenida luego de seguir la totalidad del procedimiento para obtener la declaratoria de ausencia, siempre que se haya tramitado para administrar los bienes por los parientes del ausente. Se considera como la última fase ya que después de tal declaratoria o debido al transcurso del tiempo sin tener noticias del ausente, se presume muerta a la persona de que se trata y así se declara.

En la actualidad en la legislación guatemalteca se admite únicamente el procedimiento voluntario judicial para la declaración de muerte presunta, en cualquiera de las situaciones por las que se crea se dio dicha muerte presunta, por lo que estos trámites representan un desgaste en factor tiempo puesto que se debe iniciar un proceso de jurisdicción voluntaria en el que se presentan una serie de tramites de forma engorrosa para que el Juez de oficio ordene la practica de cuanta diligencia estime necesaria y conveniente y al final de todo el proceso dicte sentencia firme declarando dicha muerte presunta o no, lo cual implica una espera larga, pues estos órganos jurisdiccionales no solamente conocen estos casos en específico, lo que implica que dicho proceso tarde de forma exagerada no por los juzgadores sino por la carga de trabajo que tienen estos órganos, además esto implica un gasto económico, primero para los juzgados, puesto

que estos deben de invertir tanto en personal como en material y equipo de oficina y segundo para quienes la soliciten pues se debe tomar en cuenta los gastos a efectuar durante todo el proceso.

De tal manera que nosotros proponemos que la declaración de muerte presunta se gestionada en jurisdicción voluntaria notarial, en lo que se conoce como un trámite mixto, el cual se da a solicitud de parte ante notario, pudiendo iniciarlo este y ser concluido por un juez. Es así como consideramos que se descongestionarían los tribunales, ya que en la actualidad cada tribunal civil conoce aproximadamente 250 nuevos casos mensuales, de los cuales cinco son de solicitud de declaración de muerte presunta, los cuales se resuelven en promedio de uno a dos años lo cual no favorece a la impartición de justicia para lo cual fueron creados de estos órganos y hacen de este tramite un fallo mas para la impartición de la justicia guatemalteca y por supuesto para quienes la solicitan con esperanza de solucionar de la manera mas rápida su problema legal.

El cual puede ser incorporado en el Decreto 54-77 que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, pues en dicha jurisdicción comprende todos los actos en los que por solicitud de los interesados desean resolverlos sin que exista litis entre las partes. Tomando de base la práctica que se ha adquirido desde la emisión del Código Procesal Civil y Mercantil y de la ley en mención, se han tramitado gran cantidad de asuntos con intervención de un notario, sin que ello produzca problema o inconveniente alguno; creando como consecuencia el descongestionamiento de los tribunales, la economía procesal judicial y la celeridad de los trámites en beneficio de los interesados y del sistema de justicia.

Por ello sometemos a ustedes esta propuesta de trámite de declaratoria de muerte presunta en jurisdicción voluntaria notarial, iniciada ante notario y concluida por un juez siendo esta una forma mixta:

Primero: Se debe faccionar un acta notarial de requerimiento, en la que el requirente,

que podría ser cualquiera de los parientes establecidos en la ley llamados a heredar o la Procuraduría General de la Nación, exponiendo los motivos por la que fue declarada la ausencia y la fecha en la que el juez dicta la resolución o auto final o aduciendo cualquiera de las otras formas establecidas en la legislación para poder solicitar la muerte presunta, con el nombramiento del guardador y la constancia del deposito de los bienes si existieren.

Segundo: Emitir la primera resolución, en este se le da trámite a la solicitud, teniendo por incorporados los documentos que se hubieran presentado y ordenando, notificar a la Procuraduría General de la Nación, para que se oponga o dé su aprobación, quien deberá realizar esto en un plazo no mayor a ocho días o se tendrá como aprobada dicha solicitud, además debe notificar al guardador de los bienes quien a su vez es el representante legal, y también ordenar la publicación de edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación por tres veces durante un mes.

Tercero: La declaración testimonial: recibidas en actas notariales, en las que se debe establecer el hecho de que la persona que se encuentra ausente no se ha tenido noticia de ella durante mínimo cinco años desde que se declaro la ausencia o cuando se dio el siniestro.

Cuarto: La publicación de los edictos, donde se cite a la persona que se le quiere declarar la muerte presunta, y a los que se consideren que tienen derecho a heredar.

Quinto: La oposición, al respecto se podría indicar que la única oposición podría ser por la misma persona a quien se le pretende declarar muerta.

Si esto sucediera en este momento concluiría el trámite de declaración de fallecimiento y lo que procedería sería enviarlo a juzgado competente para que continúe el trámite y lo concluya.

Sexto: No existiendo oposición y habiendo cumplido todo lo anterior, el notario deberá

remitir el expediente completo al tribunal competente para que este dicte sentencia.

Séptimo: El juez analizara el expediente en un plazo no mayor de quince días y después dictará sentencia declarando o no el fallecimiento de la persona y fijando día y hora que se reputen ser los de la muerte, en vista de las circunstancias en las que pueda haber ocurrido y de las pruebas que presenten los interesados, y falta de datos acerca de la hora del fallecimiento, se fije como tal, la última hora del día presuntivo de la muerte y ordenando su inscripción en el registro del estado civil y de la propiedad de inmueble que corresponda.



## CONCLUSIONES

1. A través de la historia el notario ha formado parte de los cuerpos auxiliares de los jueces, hoy el juez es auxiliar del notario pues este cumple funciones de propia jurisdicción para resolver problemas en los que no existe litis, cumpliendo con ello los principios de economía y celeridad procesal.
2. Los juzgados de primera instancia civil están congestionados de procesos de todas índoles, por lo cual no se logra aplicar el principio de economía y celeridad procesal.
3. En la declaración de ausencia no existe plazo establecido para iniciar los trámites de la misma y el trámite puede solicitarse en jurisdicción voluntaria judicial y jurisdicción voluntaria mixta, iniciándola el notario y concluyéndola un juez.
4. El trámite de la muerte presunta o declaración de fallecimiento genera un desgaste económico y físico a pesar de que no existe conflicto entre partes, pues la forma para que esta se declare se demora demasiado, afectando a los interesados.



## **RECOMENDACIONES**

1. Se debe asignar más trámites de jurisdicción voluntaria a los notarios, para minimizar los conflictos sociales que conocen los órganos jurisdiccionales.
2. Descentralizar procesal y económicamente los tribunales de primera instancia civil.
3. Que se establezca un plazo para dar inicio a los trámites de la declaración de ausencia ya sea en jurisdicción judicial o notarial.
4. El trámite a seguir para la declaración de muerte presunta debe ser incorporado a la jurisdicción voluntaria notarial como un trámite mixto.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 2t, 2 vols. Guatemala: Ed. Centro de reproducción Universidad Rafael Landivar, 1989.
- AGUIRRE RIVERA, Eluvia Ludivina. **Análisis crítico de ausencia y muerte presunta**. Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landivar, 1991.
- BELTRANENA DE PADILLA, Marcos. **Lecciones de derecho civil**. 1t., Guatemala: Ed. Edita, 1982.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1998.
- CASTAN TOBEÑAS, J. **Derecho civil común y foral**. 1t. Madrid, España: Ed. Revs, 1970.
- CRUZ SAMAYOA, F. **Instituciones de derecho civil patriota**. Guatemala: Ed. Eros, 1967.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Praxis. 2001.
- GRUPO OCÉANO. **Diccionario de la lengua española**. Barcelona, España: Ed. Océano, (s.f.).
- HERRERA SOLARES, Evelyn. **Análisis de la diligencia voluntaria de rectificación de área de bien inmueble urbano tramitado ante notario**. Ed. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1989.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**. Guatemala: Ed. talleres C & J., 2001.
- NÁJERA FARFÁN, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. México: Ed. Cajita, S.A. 1983.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta, S.R.L., 1979.
- PLANIOL, M. **Tratado elemental de derecho civil**. México: Ed. Cajita S. A., 1983.
- PRIETO CASTRO, Francisco. **Derecho procesal civil**. 3 vols. Madrid, España: Ed. De la revista de derecho privado, 1970.
- PÜIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 1t. España, Ed. Aranzandi, (s.f.).

QUILLET, Antonio. **Diccionario enciclopédico**.1t. Madrid, España: Ed. Labor, S.A. 1971.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. México: Ed. Robredo, 1959.

### **Legislación:**

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

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia. Jefe de gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 106, 1964.

**Código Civil de la República de El Salvador.** Salvador: Ed. Talleres del Ministerio de Educación, 1998.

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto ley 107, 1995.

**Código de Notariado.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto 314. 1946.  
Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República. Decreto 54 - 77, 1977.

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

**Ley de Rectificación de Áreas Urbanas.** Decreto Ley 125 - 83. Congreso de la República de Guatemala, 1983.

**Ley de Tribunales de Familia,** Decreto ley 2006, 1963.