

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

**LA IMPORTANCIA DE OTORGAR CERTEZA, PERMANENCIA Y SEGURIDAD
JURÍDICA AL ESTABLECER UN PLAZO PARA LA REMISIÓN DE EXPEDIENTES
FENECIDOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA AL ARCHIVO GENERAL DE
PROTOCOLOS PARA SU GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS EN LOS
CUALES NO EXISTE PLAZO**

MELISSA EUGENIA MONZÓN CORDÓN

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2009.

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

**LA IMPORTANCIA DE OTORGAR CERTEZA, PERMANENCIA Y SEGURIDAD
JURÍDICA AL ESTABLECER UN PLAZO PARA LA REMISIÓN DE EXPEDIENTES
FENECIDOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA AL ARCHIVO GENERAL DE
PROTOCOLOS PARA SU GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS EN LOS
CUALES NO EXISTE PLAZO**

TESIS

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

Por

MELISSA EUGENIA MONZÓN CORDÓN

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
y los títulos profesionales de
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2009

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario: Lic. Rodolfo Giovani Celis López

Segunda Fase:

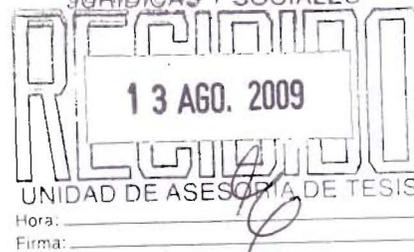
Presidente: Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Vocal: Lic. Rafael Morales Solares
Secretaria: Licda. Marisol Morales Chew

RAZON: “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)

Alvarez, Gordillo, Mejía, Asociados
Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 10 de agosto de 2009
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



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

Licenciado Castro Monroy:

Como Asesor de Tesis de la Bachiller **MELISSA EUGENIA MONZÓN CORDÓN**, en la elaboración del trabajo titulado: : **“La importancia de otorgar certeza, permanencia y seguridad jurídica al establecer un plazo para la remisión de expedientes fenecidos de Jurisdicción Voluntaria al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia en los casos en los cuales no existe plazo”**, me permito manifestarle que dicho trabajo contiene:

- Análisis del Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la Jurisdicción Voluntaria, argumentando en todo el desarrollo del trabajo, la necesidad de fijar un plazo para la entrega de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia en los casos en los cuales no existe plazo.
- La estudiante MELISSA EUGENIA MONZÓN CORDÓN, para la realización del trabajo utilizó el método científico, ya que el mismo le concedió la producción de conocimiento y criterios válidos, aplicando de igual manera el método histórico, que le permitió el desarrollo de la reseña histórica de los antecedentes de la Jurisdicción Voluntaria.
- Estudié y analicé el contenido del tema propuesto por la estudiante, el cual reúne los requisitos de actualidad no solo en el aspecto académico sino en el aspecto normativo del Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la Jurisdicción Voluntaria, por cuanto en el desarrollo del trabajo trata adecuadamente la necesidad de señalar un plazo para remitir los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia, materializando con ello, una de las finalidades del Derecho Notarial como lo es la permanencia y evidencia, la importancia de la Certeza y Seguridad Jurídica como característica del Derecho Notarial.
- Es importante mencionar que el presente trabajo concluye en demostrar la función social que desempeña el Notario y evidencia como recomendación, la necesidad de reformar la legislación notarial, para adaptarla al desarrollo social y económico y a la natural evolución del derecho notarial.

He guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada, con lo cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos y exigidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Colegiado No. 3233

JORGE MARIO ALVAREZ QUIROS
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

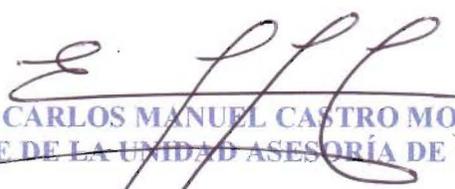
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS HÉCTOR ROLANDO PALOMO GONZALEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MELISSA EUGENIA MONZÓN CORDÓN, Intitulado: "LA IMPORTANCIA DE OTORGAR CERTEZA, PERMANENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA AL ESTABLECER UN PLAZO PARA LA REMISIÓN DE EXPEDIENTES FENECIDOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA AL ARCHIVO GENERAL DE PROTOCOLOS PARA SU GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS EN LOS CUALES NO EXISTE PLAZO".

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


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/nmmr.



Guatemala 26 de agosto de 2009.

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



Licenciado Castro Monroy:

Como Revisor del trabajo de Tesis de la Bachiller **MELISSA EUGENIA MONZÓN CORDÓN**, intitulado: **“La importancia de otorgar certeza, permanencia y seguridad jurídica al establecer un plazo para la remisión de expedientes fenecidos de Jurisdicción Voluntaria al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia en los casos en los cuales no existe plazo”**, dejo constancia y hago de su conocimiento lo siguiente:

- a) La sustentante realizó un análisis exhaustivo de la legislación pertinente relacionada a la tramitación de asuntos notariales en la Jurisdicción Voluntaria, aportando criterios de importancia tanto para la práctica como la doctrina sobre esa rama del quehacer del Notario. En su argumentación planteó la necesidad de estipular un plazo perentorio que comine al Notario para la remisión de los expedientes de Jurisdicción Voluntaria que haya tramitado y se encuentren fenecidos, ya que el mismo no existe y propicia el incumplimiento de remitirlos al Archivo General de Protocolos.
- b) La estructura y contenidos del trabajo de tesis realizado por la sustentante en estrecha colaboración con el señor Asesor de Tesis, reúnen y satisfacen plenamente todos los requisitos reglamentarios y de aportación científica a las ciencias jurídicas, tratando un tema de importancia, actualidad y valor para la práctica jurídica, esgrimiendo justificaciones y argumentos válidos y arribando a conclusiones y recomendaciones concretas que convierten el trabajo de tesis en material dable a la discusión para reformas normativas específicas que pueden traducirse en cambios notorios, específicamente en lo relacionado a la custodia y permanencia en el tiempo de los expedientes tramitados en la Jurisdicción Voluntaria, característica fundamental para la función notarial.
- c) En el desarrollo y preparación del trabajo de tesis, la sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son el método científico y el método histórico, asimismo utilizó variedad de técnicas de investigación y se apoyó en extensa bibliografía como

Palomo & Porras

Abogados y Notarios



antecedente así como fuente de doctrina contemporánea, lo que hace de su trabajo una fuente de referencia en la materia, debido al esfuerzo recopilatorio realizado.

Como Revisor del trabajo de tesis de la sustentante, Melissa Eugenia Monzón Cordón, tuve el agrado de corroborar la utilización correcta y docta del lenguaje y el léxico técnico jurídico propios de una profesional de las ciencias jurídicas, cumpliendo y sobrepasando los requisitos plasmados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de nuestra Facultad; es un trabajo bien cimentado y correctamente dirigido tanto por el ahínco de la estudiante, como por la experiencia del señor Asesor de Tesis, como guía y mentor. Se debe anotar que lo anterior hizo de mi labor una muy sencilla y grata, contando siempre con la mayor disposición de la sustentante para atender las observaciones y recomendaciones que como Revisor le propuse y que, gracias al alto grado de conocimientos en la materia y jurídicos en general, pudo seguir de forma puntual. De ello que me permita extender DICTAMEN FAVORABLE al trabajo bajo análisis, a efectos de dar continuidad al procedimiento de mérito y final evaluación por el Tribunal Examinador en el acto público de Examen Público de Tesis, que le permita optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, meritoriamente otorgado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Deferentemente,

Colegiado No. 2327

HECTOR ROLANDO PALOMO GONZALEZ
Abogado Y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MELISSA EUGENIA MONZÓN CORDÓN. Titulado LA IMPORTANCIA DE OTORGAR CERTEZA, PERMANENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA AL ESTABLECER UN PLAZO PARA LA REMISIÓN DE EXPEDIENTES FENECIDOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA AL ARCHIVO GENERAL DE PROTOCOLOS PARA SU GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS EN LOS CUALES NO EXISTE PLAZO. 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/sllh

DEDICATORIA

- A Dios:** Porque Él me ha permitido alcanzar esta meta.
- A mis papás:** Gracias por enseñarme siempre a dar lo mejor en todos los caminos a emprender, los amo este éxito es suyo.
- A mis hermanos:** Ale y Víctor por ser las personas incondicionales en mi vida, los quiero mucho.
- A mis abuelos:** Víctor y Meme, Q.E.P.D.; Paquita y Jose por esperar este momento con tanta alegría.
- A Luis:** Por tu apoyo y amor incondicional, gracias a ti y a tu familia.
- A mis amigos y amigas:** Por compartir sueños y lograrlos, especialmente a mis amigas Paula, Paola, Guisela y Priscila.
- A la Jornada Matutina:** Por perseguir siempre la Excelencia Académica y Humana.
- A la Universidad de San Carlos:** Por brindarme la oportunidad de ser una Profesional

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. Jurisdicción voluntaria.....1

1.1 Antecedentes históricos de la jurisdicción voluntaria.....1

1.2 Naturaleza jurídica, jurisdicción o competencia.....8

1.3 Diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción judicial.....9

1.4 La función notarial dentro de la jurisdicción voluntaria.....15

CAPÍTULO II

2. Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria.....25

2.1 Principios generales.....25

2.2 Principios fundamentales.....28

CAPÍTULO III

3. Asuntos regulados en la legislación guatemalteca que motivan la actuación
notarial en la jurisdicción voluntaria.....43

3.1 Análisis del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.....43

3.2 Análisis de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de
Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77.....49

3.3 Análisis de la Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano,
Decreto Ley 125-83.....72

CAPÍTULO IV

4. La falta de certeza, seguridad, y permanencia jurídica como consecuencia de la omisión notarial de enviar el expediente fenecido al Archivo General de Protocolos.....	77
4.1 Antecedentes históricos del Archivo General de Protocolos.....	77
4.2 Funciones del Archivo General de Protocolos.....	79
4.3 Situación actual del Archivo General de Protocolos.....	87

CAPÍTULO V

5. Propuesta para fijar plazo en el envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, en los casos que no lo tienen establecido.....	91
5.1 Propuesta de reforma al Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.....	94
5.2 Propuesta de reforma al Artículo 298 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.....	96
5.3 Creación y aplicación de una sanción pecuniaria e inhabilitación por falta de observancia del plazo perentorio para el envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria.....	98
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111

BIBLIOGRAFÍA.....113

INTRODUCCIÓN

Con la elaboración de la presente investigación se pretendió hacer énfasis en las actuaciones del notario ya que éstas trascienden del ámbito privado, afectando positiva o negativamente los intereses de los particulares, de ahí que la propia legislación le otorga la facultad de tramitar y resolver asuntos a los que la doctrina les denomina de jurisdicción voluntaria.

La hipótesis que se formuló para articular el problema que se deseaba investigar fue que pese a existir la obligación notarial consistente en el envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, no se determina un plazo para cumplirla, (con excepción del asunto de rectificación de área de bien inmueble urbano) cuestión que genera discrecionalidad en el actuar del notario y quien en muchas ocasiones no cumple con la obligación prevista.

Como objetivos de la investigación se plantearon entre otros determinar la situación de inseguridad, falta de permanencia y certeza de todos los asuntos tramitados y resueltos por notario dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, al no cumplir con la obligación posterior de remitir los expedientes fenecidos al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia.

Para la consecución de las metas trazadas para este trabajo de investigación el autor se auxilió en métodos de investigación tales como el método científico, el deductivo e inductivo, así como el análisis y la síntesis, lo anterior de manera coordinada y sistemática para lograr el resultado deseado, así como la técnica bibliográfica, en el desarrollo de toda la investigación. El estudio quedó dividido en cinco capítulos, en cada uno se desarrolla información necesaria para cada uno de los temas que contiene.

El primer capítulo fue dedicado a tratar aspectos generales de la jurisdicción voluntaria, aspectos históricos de ésta, su nacimiento en el derecho romano y su evolución a través del tiempo así como la importancia de la llamada función notarial dentro de la jurisdicción voluntaria; el segundo capítulo centra su atención en la explicación de las directrices generales y específicas que fundamentan la creación y el funcionamiento de la jurisdicción voluntaria, mismas que se encuentran contenidas y desarrolladas tanto en la doctrina como en la legislación guatemalteca, y por ello concluye este apartado en la necesidad de reformar la normativa vigente con el único fin de adecuar la actuación notarial a la realidad; el tercer capítulo se encarga de delinear la función notarial dentro de la jurisdicción voluntaria ya que al analizar los asuntos regulados en la legislación da paso a la conclusión del apartado sobre la importancia del accionar del notario en cada uno de los asuntos que por disposición jurídica el notario tramita y resuelve a requerimiento del interesado; el cuarto capítulo está dedicado a realzar la función del Archivo General de Protocolos en la guarda y custodia de los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria así como la problemática consistente en la falta de certeza, seguridad y permanencia jurídica en caso de incumplir con la obligación notarial posterior de enviar dichos expedientes ante la institución encargada a dicho fin y finalmente el quinto capítulo aporta elementos básicos para la reforma en la normativa notarial vigente en Guatemala, así como los argumentos centrales sobre los cuales debiera basarse.

Se hizo hincapié en la importancia del actuar del notario en la jurisdicción voluntaria notarial y su relación con la certeza, permanencia y seguridad jurídica.

CAPÍTULO I

1. Jurisdicción voluntaria

1.1 Antecedentes históricos de la jurisdicción voluntaria

El derecho romano es la principal fuente de nuestro derecho, es por ello que para indagar acerca del real contenido y naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria se hace necesario de manera primaria ubicar sus antecedentes históricos, los cuales tienen su inicio como ya mencioné en el derecho romano.

La nomenclatura jurisdicción voluntaria se deriva del Digesto específicamente del texto de Marciano (Digestos 1.16.2) quien al parecer, con una finalidad didáctica, utiliza por primera vez la contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria. Su intención era señalar que la intervención del magistrado se produce entre personas libres que voluntariamente la solicitan, estando de acuerdo sobre la aceptación del resultado de la misma, por lo cual faltaría en estos actos el conflicto, que constituye para la doctrina moderna el verdadero origen de la jurisdicción.

La jurisdicción, para los romanos, era una facultad que poseían determinados magistrados y que les permitía intervenir en los procesos normales de carácter civil que integraban el procedimiento de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario, éste es, la facultad de decir el derecho. Ahora bien la jurisdicción era una emanación de un poder más amplio que poseían también algunos magistrados, el *imperium*, que comprendía, además de la *iuris dictio* un poder de administración y policía,

administración, policía y justicia, y ciertas atribuciones especiales emanadas de una ley, como eran el nombramiento de tutores, la autorización de venta de un inmueble rústico de un menor, etc.

Para ellos la jurisdicción implicaba la integración de tres elementos que podían o no darse a un mismo tiempo, a saber, la admisión de la demanda de acuerdo a lo pedido por el actor (*do*), la exposición del derecho aplicable al caso controvertido (*dico*) y la aprobación del contrato arbitral por el que las partes se comprometen a acatar la decisión del juez privado (*addico*).

Este último elemento es el nexo con la jurisdicción voluntaria desde que originariamente tuvo el simple significado de aprobar, prestar conformidad, mostrarse propicio a la pretensión de una persona, utilizándose normalmente con referencia a aquellos casos en que el procedimiento en curso sólo podía lograr un determinado y definitivo efecto mediante la aprobación expresa del magistrado.

Así sucede con la aprobación que el magistrado presta al contrato arbitral que constituye la *litis contestatio*, y sin cuya aprobación, conjugada con el mandato de juzgar (*iudicare iubere*), no se formaliza definitivamente la controversia, ocurriendo lo mismo en los actos, llamados tardíamente de jurisdicción voluntaria, como manumisiones, las cuales no eran más que la forma a través de la cual en la antigua Roma, se realizaba el proceso de liberar a un esclavo, tras lo cual se convertía en un hombre libre o, incluso, en un ciudadano romano con plenos derechos; y adopciones en las cuales el magistrado prestaba su conformidad a un acuerdo previo de las partes,

con el objetivo de que un sujeto tomara como padres a sujetos a quienes la ley les otorgaba ese derecho.

El conjunto de estos asuntos revelan la ausencia de controversia y la función de garante de la observancia del ordenamiento en negocios privados que cumple el magistrado, de testigo calificado o de persona autorizada para otorgar validez al acto.

Se asimilan progresivamente como actos de esta naturaleza, los casos clásicos de *cognitio* en los cuales el magistrado intervenía en actos no directamente procesales, sino relacionados con el proceso o incluso independientes de él como la puesta en posesión de bienes, adopciones y manumisiones o de *iuris dictio lato sensu* que implicaban la comprobación de hechos por el magistrado fuera del proceso y decididos por medio de decretos.

De tal manera que ya desde la antigüedad la jurisdicción voluntaria permitía que en aquellos asuntos en los cuales no existiera controversia, participara un magistrado o una persona autorizada para otorgar o garantizar la validez de un acto; en la actualidad es el notario dentro de la jurisdicción voluntaria quien ejerce el control sobre aquellos actos en los cuales los sujetos acuden voluntariamente ante éste para la tramitación del asunto, es éste profesional del derecho quien a través de la función notarial requerirá que todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria sometidos a su conocimiento se realicen bajo las normas jurídicas vigentes así como los principios propios de ésta.

De lo anterior puedo concluir que la jurisdicción voluntaria en tiempos antiguos hasta la actualidad ha tenido como objetivo principal otorgar certeza, garantía y seguridad jurídica a todos aquellos asuntos sometidos y resueltos a través de esta vía; además de necesitar la figura de una persona quien ejerza las funciones de garante de los derechos que se pretenden proteger a través de los distintos asuntos o procedimientos, la anterior figura recae en el notario o en el juez, atendiendo al principio de la jurisdicción voluntaria en virtud del cual puede acudir a la vía notarial o a la judicial, es decir, existe el ámbito de opción a trámite.

En el derecho romano, por lo tanto, la función judicial estuvo siempre ligada a la administrativa. Junto a esta línea evolutiva de la jurisdicción voluntaria se desarrolló la actividad de los tabeliones antecedente de los actuales notarios, profesionales libres que no fueron simples redactores de documentos sino conformadores de la voluntad negocial de las partes.

En documentos de eficacia superior a los privados, aunque todavía en esa época sin la denominada la fe pública, a diferencia de la actualidad en la cual por mandato legal todos los actos, documentos o contratos en los cuales participe o facione el notario están dotados de fe pública, que no es más que la presunción de veracidad que recae sobre éstos, salvo el derecho de terceros de redargüirlos por nulidad o falsedad.

Los tabeliones a fines de la época clásica acrecentaron su importancia, ya que a través de un procedimiento especial conferían plena autenticidad a los documentos emanados

de los mismos, sin necesidad de ser corroborados por el juramento del notario o por prueba testimonial o verificación de las escrituras.

La insinuación o depósito en los archivos públicos se efectuaba ante un tribunal, aunque sin las formalidades de un juicio, por lo que cabe atribuirle, utilizando la actual nomenclatura, la naturaleza de un acto de jurisdicción voluntaria, la que generalmente tuvo carácter facultativo y solo excepcionalmente era necesario, según la clase de negocio sobre que versase.

En la época clásica los actos de jurisdicción voluntaria no caían dentro de *la iuris dictio*, sino en la *cognitio*. Los actos extraprocesales en que el magistrado intervenía, eran numerosos, tales como la insinuación de las donaciones, la aceptación del *testamentum principi oblatum*, la protocolización del *testamentum apud acta conditum*; la intervención en la *in iure cessio*; y la colaboración con el tutor en determinados actos jurídicos, como, por ejemplo, la enajenación de fundos, etc.

En la época postclásica se ensancha el concepto de *iuris dictio* a los actos llamados no contenciosos o de jurisdicción voluntaria. Ésta se refiere, en este período, a la actividad del magistrado en aquellos casos en que no existía propiamente litigio, sino una simple colaboración de aquél en determinados actos tendientes a constituir ciertas relaciones jurídicas, como la manumisión, adopción, emancipación. Estos actos no litigiosos eran los antiguos actos de *cognitio*.

Por lo tanto, de todo lo expuesto en relación, al derecho romano hasta antes de la codificación puedo describir dos líneas de intervención judicial:

1. Actuación judicial para conferir validez a negocios jurídicos o producir actos de autoridad.
2. Intervención judicial destinada a acreditar determinados hechos o actos como auténticos.

En la época moderna en España se podía distinguir, antes de la codificación, entre la jurisdicción voluntaria que se ejercía fuera de juicio, sin controversia de partes contendientes, como los actos de legitimación, adopción, la información de pobreza y la contenciosa que es la que se ejerce en las contiendas jurídicas o habiendo contradicción entre partes.

Fue así como entre las facultades entregadas a los alcaldes como jueces ordinarios les correspondía el conocimiento de todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que llegasen a ser contenciosas entre partes o hubiese necesidad de conocer el derecho para seguir conociendo de ellas. Las sucesivas leyes que van reglamentando la materia recogen la intervención judicial en estas materias y la reglamentan.

La intervención judicial, en un principio no formaba parte de la jurisdicción, pero al recaer en los magistrados romanos que ejercían esta función y otras que correspondían a materias no estrictamente contenciosas, estas pasaron a formar parte de un todo,

surgiendo así dentro del término amplio de jurisdicción, la división entre lo contencioso y lo voluntario, última rama que correspondía mas bien a la función de administración que a la de jurisdicción.

De lo anterior se desprende a manera de conclusión, que los asuntos voluntarios forman parte de la jurisdicción solo por una razón histórica y política, ya que al menos en la historia conocida acerca del tema no se pudo encontrar ninguna razón de fondo que explique el fenómeno.

Finalmente en el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma posclásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo el estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobretodo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados.

La doctrina jurídica y los jurisconsultos hoy en día intentan separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo solo a ésta última como verdadera jurisdicción, sin embargo en la actualidad es común hablar de jurisdicción voluntaria tal y como lo establece la normativa jurídica guatemalteca.

1.2 Naturaleza jurídica, jurisdicción o competencia

En la actualidad se ha criticado la denominación de jurisdicción voluntaria, pues en realidad no es ni jurisdicción ni es voluntaria, ya que no puede ser voluntaria debido a que en muchos casos la ley ordena la intervención del juez a efecto de que tenga plena validez el acto jurídico de que se trate y no se puede llamar una jurisdicción debido a que en él no existen partes en el sentido estricto además de que no existe una controversia como tal, de lo contrario el proceso se convertiría en contencioso.

Algunos autores manifiestan que la doctrina ha concluido que la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria es que ésta no es ni jurisdicción ni voluntaria, atendiendo a que no es jurisdicción porque de la extensa lista de negocios o asuntos que la integran sería difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en el sentido estricto; y tampoco es voluntaria porque con frecuencia la intervención del órgano jurisdiccional resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa.

Sin embargo pese a lo anterior en la mayoría de legislaciones latinoamericanas y tal es el caso de Guatemala, en el cual por la tradición que tiene sus orígenes en el Código de Procedimientos Civiles y la influencia del derecho español colonial, se le continúa denominando de esta manera y en la legislación procesal se han previsto capítulos y títulos en los que se continúa denominando de este modo.

En Guatemala, el acuerdo de voluntades, la ausencia de conflicto y la creciente tendencia a descargar de trabajo innecesario a los órganos jurisdiccionales, permitió pensar que la función podía ser realizada por un tercero, ya sea un órgano administrativo u otro funcionario reconocido legalmente (notario), a efecto de que puedan atender desde el punto de vista legal, el asunto, tema o negocio objeto de interés.

El hecho de que en el asunto de que se trate pueda intervenir alguien que no sea juez, debido a que no es jurisdicción en sentido estricto lo que se aplica, plantea la posibilidad práctica de que este tipo de intereses de los particulares puedan ser atendidos de una forma no judicial es decir se plantea que se desjudicialice el proceso, lo anterior es un aspecto trascendental de acuerdo con el principio de economía procesal, según el cual debe buscarse el abatimiento de los costos para las partes.

1.3 Diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción judicial

Previo a determinar diferencias sustanciales entre la jurisdicción judicial y la denominada jurisdicción voluntaria, se hace necesario determinar la naturaleza jurídica de la jurisdicción como tal que es una palabra que deriva de la expresión latina *jus-diceres* que significa decir el derecho, es potestad de Estado de desear y aplicar el derecho a los casos particulares, ejercida a través de los jueces, quienes se hayan investidos para administrar justicia. La jurisdicción en su accionar es indivisible, es interés del Estado y obligación de éste, para la pacífica convivencia de sus habitantes, aplicar la ley para el mantenimiento del orden jurídico creado por él.

La jurisdicción es una función en la que se manifiesta la actividad del Estado en la esfera de las relaciones sociales, que se establecen con motivo de la administración de justicia, a cargo de órganos creados con esa finalidad. Dentro de esa función jurisdiccional del Estado se encuentra la denominada jurisdicción civil, que es aquella parte de la jurisdicción que tiene por función el conocimiento, investigación y decisión de las pretensiones sobre derechos personales y patrimoniales, actuada por los tribunales de conformidad con lo establecido en la ley sustantiva y procesal oportuna.

Para Alsina “la palabra jurisdicción tiene, en derecho procesal una acepción específica y se refiere a la facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos”¹. Otro que así piensa es Palacio quien define la jurisdicción judicial con los siguientes caracteres:

- “Facultad del juez de decidir los asuntos que se someten a su conocimiento. Deber en que se encuentra de administrar justicia cada vez que esa actividad sea requerida en un caso concreto; consistente -fundamentalmente- en la resolución de un litigio suscitado entre dos partes y con respecto al cual, el juez es un tercero imparcial.

- Ejercida por órganos independientes.

- Indelegable”².

¹ Alsina, Hugo. **Tratado teórico - práctico de derecho procesal civil y comercial**, pág. 123.

² Palacio, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**, pág. 205.

Jurisdicción es, en fin, 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 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.

Históricamente se ha dividido en facultades: la *notio*, conocer el asunto sometido a su resolución, la *vocatio*, potestad de llamar a juicio, la *coertio*, potestad de constreñir al cumplimiento del rito procesal; la *juditio* facultad de juzgar propiamente dicha, aplicación del Derecho al caso concreto y el *imperium* poder para ejecutar lo juzgado.

Sin embargo, existen casos que son sometidos a competencia judicial y que no tienen como fundamento la cuestión o litigio entre partes; sino, un acuerdo de partes o sencillamente la ausencia de contradicción. Es aquí donde aparece la distinción *objeto de estudio entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*, según que se ejerza en causa en que exista contradicción de partes, o en que la intervención del juez sólo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad.

El más remoto antecedente relacionado con la jurisdicción voluntaria en un cuerpo de derecho escrito, y del que parte su denominación, aparece en un fragmento de Marciano en el Digesto.

Es de apreciar, que en el derecho romano al no hallarse diferenciadas las funciones del poder judicial y reconocerse la conveniencia de rodear de garantía de autenticidad

ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los magistrados judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídicas de carácter privado; sin embargo, el transcurrir de la historia jurídica ha visto desgajarse tales atribuciones como competencias de otros funcionarios públicos. Los actos de jurisdicción voluntaria que actualmente permanecen como competencia de los jueces, son residuos de aquella antigua función administrativa atribuida a los órganos jurisdiccionales.

Se denominó jurisdicción voluntaria (*iurisdictio voluntaria*) en la doctrina y práctica del proceso italiano medieval, al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de la mayoría de los interesados (*in volentes*). Igualmente se utilizó dicha denominación para designar los actos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios; de tal forma, procesos simulados ante el juez pasan a constituirse instrumentos con cláusula de garantía expedidos por notarios, llamados *iudices chartularti*.

Diversos autores con el pasar del tiempo se han dedicado a realizar estudios y análisis que conlleven a realizar una serie de rasgos diferenciadores existentes entre la jurisdicción judicial y la jurisdicción voluntaria, dentro de estos estudiosos vale la pena mencionar tres criterios diferenciadores entre cada una de ellas, siendo estos:

a) El presupuesto, en la jurisdicción voluntaria debe existir ausencia o inexistencia de litigio.

b) La actividad desenvuelta, la actividad que se realiza en la jurisdicción contenciosa es la única que puede calificarse de jurisdiccional; por otro lado la actividad que se realiza dentro de la jurisdicción voluntaria no lo es, de esto se puede concluir que el conocimiento que realizan los funcionarios judiciales en esta última no corresponde al de auténticos juzgadores.

c) El fin de cada jurisdicción, en el ejercicio de la jurisdicción judicial se logra la culminación del conocimiento de una determinada controversia, dándole a éste la connotación de cosa juzgada, por lo tanto imposibilitando de esta manera llevar nuevamente la controversia a un órgano jurisdiccional. Lo anterior no sucede en la jurisdicción voluntaria en la cual no se da la figura de cosa juzgada ya que los asuntos que por esta vía se tramiten no adquieren tal estado de conclusión, por el contrario, lo que les caracteriza es la flexibilidad de sus resoluciones, ya que únicamente llenando los requisitos establecidos por la ley las actuaciones y resoluciones dentro de esta jurisdicción están sujetas al accionar del notario.

De los anteriores elementos diferenciadores surgen elementos integradores de la jurisdicción judicial y de la jurisdicción voluntaria siendo estos:

Jurisdicción judicial	Jurisdicción voluntaria
1. Litigio	1. Negocio
2. Partes	2. Participantes
3. Acción	3. Requerimiento

4. Demanda	4. Solicitud
5. Juzgador	5. Notario
6. Sentencia	6. Autos y resoluciones

En fin, la jurisdicción voluntaria que es aquella función que ejercen los notarios con el objeto de integrar, constituir, o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas, y que siendo ajena al específico cometido de los jueces que consiste en la resolución de litigios entre partes, aún se mantiene dentro de su competencia únicamente para verificar el cumplimiento de determinados requisitos en su tramitación notarial o al establecerse su homologación al órgano jurisdiccional debido a la posibilidad de que estos procesos se conviertan en contenciosos; así como, por la conveniencia de que ciertos actos de los particulares en razón de la trascendencia de sus efectos sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización.

En el diccionario de derecho usual, Cabanellas define: “Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada no promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas... En ellas son hábiles todos los días y horas... Sin necesidad de solemnidades son admitidos los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrezcan. Apenas se haga oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación en que estuviesen, al tiempo de ser

incoado, los interesados y el objeto de aquél; y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda”³.

El juez puede variar las providencias que dicta, sin sujeción a términos ni formas establecidas para la jurisdicción contenciosa; salvo tratarse de autos definitivos o recurridos. Son materia de esta jurisdicción, entre otras, la adopción, el nombramiento de tutores, los depósitos personales, la protocolización de testamentos, las informaciones para dispensa de la ley y las de perpetua memoria, la enajenación de bienes de menores e incapacitados, las medidas para administración de los bienes del ausente, las subastas judiciales voluntarias, el deslinde y el amojamiento.

También se ha dado en llamar jurisdicción voluntaria al caso en que las partes por su propia voluntad deciden someter a la competencia de un juez que normalmente no era competente. El proceso de jurisdicción voluntaria tiene como objeto hacer constar hechos o realizar actos en que no esté presente la controversia entre partes y hayan producido o deban producir efectos jurídicos, siempre que no se provoque perjuicio para persona determinada

1.4 La función notarial dentro de la jurisdicción voluntaria

Antes de hablar sobre la función notarial considero importante establecer el rol del notario en la jurisdicción voluntaria, ya que algunas corrientes lo sitúan como un nuevo personaje en el panorama de lo judicial, lo cual no es acertado ya que la actuación

³ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*, pág. 435.

notarial es una función extrajudicial, que va más allá de la esfera judicial; las funciones del notario se encuentran reguladas en el código de notariado, como en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. En un sentido completamente jurídico la expresión de la función notarial se define como la verdadera expresión bajo la cual deben conjuntarse todas las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público.

Es importante analizar de forma primaria la función notarial como tal concretizando que ésta no es más que el quehacer propio del notario. De esa labor ha destacado la de forjador de los instrumentos públicos. Tradicionalmente el notario ha sido el profesional del derecho investido de fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte; la teoría moderna considera al notario como el profesional del derecho, encargado de una función pública, facultado para autorizar actos y contratos, así como hacer constar hechos que presencie y circunstancias que le consten, además de estar facultado para tramitar asuntos no contenciosos.

Del párrafo anterior puedo concluir que el notario tiene a su cargo diversas actividades las cuales han ido cambiando con el transcurso del tiempo y las necesidades sociales, sin embargo es clara la necesidad de que el notario en su accionar profesional se conduzca dentro de lo permitido y establecido en la normativa vigente, con el objetivo de crear las condiciones necesarias que permitan generar certeza, seguridad y permanencia jurídica en todos aquellos actos realizados dentro de su ámbito.

Actualmente se distinguen esas tareas como: la labor directiva o asesora, la labor formativa o legitimadora, la labor documental o autenticadora, ello significa que la función notarial implica básicamente, establecer la esencia de un universo social donde y desde donde la tarea misma se desenvuelve. Sin lugar a dudas, la función notarial es una función especial, perfectamente delimitada, actuada por delegación del Estado.

En la función notarial no participa de ninguno de los tres organismos del poder estatal (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), es una actividad propia del notario, la cual ha sido desarrollada por los tratadistas a través de la historia del derecho notarial. La función notarial encadena, como es lógico, al notariado, al notario y tienen en común tanto su propia estructura como la finalidad de contribuir a la realización del derecho.

Es decir que la función notarial se clasifica en:

a. Función receptiva: esta función consiste en la actividad que realiza el notario al momento de recibir toda la información proporcionada por el requirente quien le informa de la situación que generó la búsqueda de éste, es decir el sujeto quien solicita la ayuda del notario no conoce en muchos de los casos del tema jurídico, sin embargo surge en él la necesidad de acercarse para solicitar los servicios del profesional del derecho ante una situación la cual necesita un reconocimiento jurídico para tener plena validez y reconocimiento.

b. Función directiva o asesora: posteriormente que el notario recibe el requerimiento de los interesados, y siendo éste un versado en derecho él interpreta la voluntad de las partes y les asesora sobre el negocio que se pretenda celebrar. Por asesoramiento notarial se entiende aquella actividad del notario en que funciona como consejero e instruye a los interesados sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de sus actos, sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos de lo que se proponen alcanzar. En esta asesoría el notario debe adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico que corresponda y autorizar un instrumento público que cumpla con los requisitos exigidos por la legislación vigente a fin de conseguir los efectos deseados.

En este último aspecto, el asesoramiento notarial, como parte de dicha función, entronca deliberadamente con uno de los principios que informan el derecho notarial en sentido amplio, el principio de control de la legalidad. La acentuación de las funciones de control de legalidad en el actuar notarial moderno constituye una tendencia manifiestamente demostrada.

Esta función de control de la legalidad en el asesoramiento tiene un doble significado: la consecución del interés público de conservar los derechos en la normalidad jurídica y la estabilidad jurídica de los derechos adquiridos; así como, la seguridad de que en el acto que realizan las partes se cumplen todos los requisitos precisos para que desarrollen sus efectos jurídicos plenos.

Tales consideraciones han permitido a la doctrina notarial definir al notario como el jurista oficial de la legitimación preventiva en el campo especialmente del derecho privado, entendiendo que la legitimación es un aspecto especial de la función general legalizadora, porque la legalización garantiza la adecuación del acto a la ley; sin embargo, la legitimación contempla la eficacia del acto en relación con la situación jurídica previa que le sirve de base o fundamento en el mundo del derecho.

c. Función modeladora: consiste en la adecuación que el notario realiza a la voluntad de los interesados a la normativa legal aplicable al negocio, es decir el notario recibe el requerimiento del interesado y a su vez la traslada al ámbito jurídico, generando un modelo adecuado a la normativa vigente, cuidando que la forma y el fondo del requerimiento recibido se fundamenten en los requisitos establecidos para el caso en particular en la legislación aplicable, al momento de faccionar el documento respectivo.

d. Función autenticadora: ésta surge a consecuencia de la fe pública de la cual se encuentra investido el notario para la realización de actos, contratos, en los cuales éste tome parte, de manera que todos los documentos faccionados o autorizados por notario son auténticos mientras no se pruebe lo contrario, (Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil).

e. Función legitimadora: esta función radica en la importante tarea que realiza el notario cuando verifica que las personas que efectivamente dicen ser lo sean, mediante la identificación que realiza a través de la cédula de vecindad y de que efectivamente sean los titulares de los derechos sobre los que se pretende negociar.

Al legitimizar los actos de los particulares sometidos a su arbitrio el notario se convierte en el arquitecto jurídico de la forma documental pública. No crea, no constituye el acto jurídico, pero sí lo moldea dotándole de la forma exigida por la ley para conseguir sus plenos efectos. Dentro de esta labor legitimadora el principio de calificación notarial surge de manera notable con tres aristas diferentes: admite el acto dándose por requerido, lo dota de un nombre reconocido en derecho y redacta el instrumento público luego de adecuar y ajustar la voluntad de las partes a las exigencias del ordenamiento legal vigente.

Para garantizar la plena eficacia del documento así otorgado tendrá que cuidar el notario la capacidad de las partes en el acto que se documenta, la capacidad para comparecer y la capacidad para disponer en su caso tal como ya se explicó.

f. Función preventiva: esta es según mi parecer una de las funciones con mayor trascendencia dentro del actuar del notario ya que con esta tarea logra evitar circunstancias o problemáticas posteriores que puedan afectar a los interesados, y considero que dentro de la jurisdicción voluntaria es a través de esta función que el notario al enviar los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia está aplicando los principios de certeza, seguridad y permanencia jurídica y con ello está evitando que una problemática posterior pueda ocasionar perjuicios para los interesados quienes requirieron sus servicios profesionales para la tramitación y resolución de diversos asuntos que por facultad de una norma jurídica pueden ser llevados en sede notarial (Decreto 54-77 Ley

Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil y Decreto 125-83 Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano).

Es importante hacer mención de algunos apuntes históricos referentes a la jurisdicción voluntaria en Guatemala, ya que su importancia y trascendencia es evidente desde sus inicios, motivo por el cual la función preventiva propia de la actividad notarial ha sido y se mantiene en la actualidad como una de las funciones más importantes realizadas por el notario.

Dentro de éstos, los primeros asuntos de jurisdicción voluntaria ante notario en sede notarial fueron la declaración de unión de hecho y el matrimonio notarial con base en el Estatuto de las Uniones de Hecho, contenidos en el Decreto 444 del Congreso de la República, (este Decreto fue derogado y actualmente tal regulación se encuentra en el Código Civil) en el cual se regla y se permitió que las parejas hicieran constar su unión de hecho ante notario.

Posteriormente en febrero de 1957 se emitió el Decreto No. 1145 del Congreso de la República el cual facultó a los notarios para celebrar matrimonios. Tanto en el caso de la unión de hecho como en el matrimonio civil, se modifica el estado civil, con lo cual los legisladores ponían en manos del notario, declarar sobre el estado civil de las personas, cuando éstas voluntariamente se lo solicitaban.

En 1963 con la emisión del Código Civil y Procesal Civil y Mercantil, se siguió regulando sobre estas figuras; el Código Civil sobre matrimonios y uniones de hecho y el Código Procesal Civil y Mercantil amplió el campo de acción del notario en asuntos de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo la normativa jurídica vigente en Guatemala, no determina un plazo perentorio, ni sanciones económicas generosas en caso de omisión, para la remisión de los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria, cuestión que genera imprecisión en su remisión y a consecuencia de lo anterior no se cumple con la función previsoras que realiza el notario en su accionar.

En conclusión puedo señalar que la función notarial es una forma de justicia que por ser especial, tiene características específicas y autónomas como consecuencia posee en sí misma un órgano privado por el cual se desenvuelve, que es el notario. A esa justicia se le ha denominado, como lo han hecho innumerables autores, la magistratura de la paz jurídica.

La función notarial es, pues, la tarea específica que desarrolla el notario como profesional de derecho, que consiste en la elaboración formal y material de los instrumentos públicos establecidos por la ley, transformar los hechos, en derecho, es decir, que recibe, interpreta y da forma legal a la voluntad de los sujetos que le requieren, confiriendo y dando autenticidad a tales instrumentos, con el objeto de brindar seguridad y certeza a los actos y negocios jurídicos producidos en la sociedad y

que afectan en consecuencia no solo al individuo como tal sino al conglomerado humano dentro del cual se desarrolla el sujeto de forma individual.

La función notarial es realizada en la jurisdicción voluntaria para cumplir con finalidades propias del derecho notarial dentro de éstas vale la pena mencionar:

1. Certeza jurídica: finalidad que radica en el conocimiento que tienen los interesados en saber que la actuación del notario se hará cumplir incluso ya cuando el asunto para el que fue requerido éste, haya finalizado y cuyos efectos ya hubiesen ocurrido; con anterior él o los interesados pueden solicitar que se revise el asunto a través del cual se obtuvo un determinado estatus jurídico en un tiempo y lugar determinado.

2. Permanencia jurídica: esta finalidad se relaciona directamente con el factor tiempo ya que las actuaciones notariales dentro de la jurisdicción voluntaria se proyectan hacia el futuro es decir todos aquellos asuntos tramitados y resueltos por notario además de surtir sus efectos a partir del momento de su finalización se perpetúan y para ello es necesario que el notario como obligación posterior envíe el expediente fenecido al Archivo General de Protocolos con el fin de que éste guarde y custodie el mismo. Es decir el notario y los interesados pueden desaparecer del accionar jurídico pero el expediente y sus efectos se perpetúan.

3. Seguridad jurídica: con la función notarial ejercida por el notario dentro de la jurisdicción voluntaria se logra la firmeza en el documento notarial, (autos o decretos notariales) los cuales dan por finalizado un asunto conocido, tramitado y finalizado en

muchas ocasiones por el notario quien tiene la obligación de remitir el expediente fenecido al Archivo General de Protocolos como única obligación posterior.

CAPÍTULO II

2. Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria

2.1 Principios generales

Los principios generales son los enunciados normativos más generales que, sin haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entienden que forman parte de él, porque le sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos.

Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa; puedo concluir entonces que un principio es la fuente, fundamento sobre el cual se construye o inicia la formación u origen de algo en particular.

Entre los principios propios y generales del derecho notarial, que se aplican a la jurisdicción voluntaria, se deben mencionar los siguientes:

a. Escritura: este principio se basa en que todos los asuntos de jurisdicción voluntaria, se deben hacer constar por escrito a través de actas notariales, tal es el caso también de las resoluciones, avisos, publicaciones y certificaciones las cuales como regla fundamental deberán hacerse de manera escrita para dejar constancia de las mismas en un tiempo y lugar determinado.

b. Inmediación procesal: el notario en el momento de actuar deberá hacerlo en contacto directo con los requirentes, recibiendo sus declaraciones o solicitudes, haciendo constar lo que presencie por haberle constado de manera personal, es decir el acercamiento será del notario hacia los requirentes y de éstos al instrumento público.

c. Dispositivo: este principio determina la necesidad de que tanto la iniciativa, la tramitación, ofrecimiento y rendición de pruebas deberá estar a cargo de los solicitantes o requirentes.

d. Publicidad: la publicidad en general, es la que se dirige, no a personas previamente seleccionadas, sino al público en el más amplio sentido de la palabra, por ello las actuaciones notariales específicamente dentro de la jurisdicción voluntaria, conllevan su consiguiente publicidad e inciden en la existencia legal de hechos y actos jurídicos.

Todas las actuaciones que realiza el notario son públicas ya que es a través de la autorización notarial en virtud de la cual se hace pública la voluntad de la persona. Este principio tiene una total aplicación en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, ya que todo lo que se documenta y resuelve es público, teniendo el notario la obligación posterior de expedir testimonios, certificaciones y remisión del expediente fenecido al Archivo General de Protocolos.

e. Economía procesal: este principio tiene gran relación con lo referente al descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales planteado por la jurisdicción voluntaria de manera que al tramitarse un asunto ante notario el Estado se ve

beneficiado al evitar invertir recursos en la solución del mismo y el requirente obtiene por su parte un resultado satisfactorio en menos tiempo, lo que para él representa economía; de ahí que la actuación notarial debe hacerse con dedicación y cuidado lo que tendrá como resultado la solución pronta del asunto planteado.

f. Sencillez: la doctrina plantea la posibilidad que la actuación notarial debe ser siempre desde un punto de vista técnico, pero a la vez sencillo, es decir debe omitirse el uso de lenguaje redundante u ornamental que vuelva difícil la interpretación, de manera que la actuación notarial documentada sea lo más clara en su contenido, sin dejar de cumplir con el aspecto de la técnica jurídica requerida para el caso en particular.

g. Certeza: principio que radica en el conocimiento que tienen los interesados en saber que la actuación del notario se hará cumplir incluso ya cuando el asunto para el que fue requerido éste, haya finalizado y cuyos efectos ya hubiesen ocurrido; con lo anterior el o los interesados pueden solicitar que se revise el asunto a través del cual se obtuvo un determinado estatus jurídico en un tiempo y lugar determinado.

h. Seguridad jurídica: la seguridad jurídica consiste en la garantía de cumplimiento del orden creado, ya que las instituciones jurídicas subsisten por su eficacia y las que dejan de tenerla, lógicamente tienden a desaparecer, es esa eficacia la que la actuación notarial genera y mantiene dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

El fundamento de este principio radica en la fe pública que tiene el notario, en los actos que legaliza o participa los cuales se tienen por ciertos; ya que la norma general indica

que los documentos autorizados por notario producen plena prueba, con la única excepción de redargüirlos de nulidad o falsedad, de conformidad con el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2.2 Principios fundamentales

Los principios fundamentales constituyen elementos propios y limitantes para el accionar de alguna cuestión en particular sin abarcar una generalidad y la jurisdicción voluntaria, de conformidad con lo regulado en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, cuenta con ciertos principios fundamentales propios que deben ser observados y cumplidos de manera estricta.

Estos principios fundamentales se encuentran contenidos en el articulado de la Ley Reguladora de los Asuntos de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, siendo estos los que a continuación se analizarán.

a. Consentimiento unánime: este principio fundamental de la jurisdicción voluntaria se encuentra contenido en la Ley Reguladora de los Asuntos de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, el cual literalmente transcribo “Artículo 1. Consentimiento unánime. Para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación, manifestare oposición, en notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente. En estos casos el notario tendrá derecho a

percibir los honorarios que se hayan pactado o los que disponga el respectivo arancel”.

Al haber analizado los diferentes tipos de jurisdicción, en el capítulo I de éste trabajo de investigación se estableció que una de las características de este tipo de asuntos consiste en que existe acuerdo de los promovientes, es decir no existe litis o controversia, y el Artículo uno del cuerpo normativo ya mencionado reconoce esta característica y la establece como condición para que pueda aplicarse la jurisdicción voluntaria en la alternativa de gestión notarial, en caso de que lo anterior no se cumpliera o si se perdiera a lo largo de la gestión el proceso se convertirá contencioso y deberá ser conocido para su solución un juez de primera instancia del ramo civil, lo anterior es lo que la doctrina ha denominado como homologación.

Este principio fortalece una de las características propias del derecho notarial, el cual consiste en que el notario actúa dentro de la fase normal del derecho, de manera que lo hace cuando no existe controversia y priva la voluntad de los promovientes, dentro de los límites legales establecidos, para que dispongan sobre como ejercer sus derechos.

De acuerdo con el análisis realizado en los párrafos anteriores, es posible concluir sobre los efectos que produce este principio:

- Si no hay consentimiento el notario no puede actuar

- Si en cualquier momento existe oposición el asunto se declara contencioso.

b. Actuaciones y resoluciones: como ya quedó explicado en la primera parte de este capítulo específicamente en los principios generales de la jurisdicción voluntaria, la escritura es de fundamental importancia ya que los promovientes o interesados, al acudir ante un notario, buscan dar certeza, validez y seguridad a sus relaciones jurídicas, y debido a ello acuden ante un funcionario reconocido plenamente para dar validez a sus disposiciones de libre voluntad, lo anterior les lleva a tener ventajas que no tendrían sino se procediera conforme a lo establecido en la ley o se dejaran libremente ante situaciones de hecho.

La Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales de Jurisdicción Voluntaria contiene este principio en su articulado específicamente en el que a continuación transcribo “Artículo 2. Actuaciones y resoluciones. Todas las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional, pero debiendo contener: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. Los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario”. De manera clara establece la obligación de dejar constancia en forma escrita por medio de actas y resoluciones notariales.

c. Colaboración de las autoridades: el notario como depositario de la fe pública reconocida por el Estado en las actuaciones que realiza en materia de jurisdicción voluntaria actúa en un escenario especial que como funcionario se le reconoce en las

actuaciones que realice en el desempeño de su cargo, debe gozar de la colaboración de las autoridades a efecto de cumplir con su cometido profesional.

La obligación de que las autoridades colaboren con el notario en la función que realiza en la materia, se encuentra prevista en el Artículo tres de la Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales de Jurisdicción Voluntaria; el cual establece: “Artículo 3. Colaboración de las autoridades. Los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes, cuando no le fueren proporcionados después de requerirlos tres veces, podrán acudir al juez de primera instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido”.

Es decir se establece también la posibilidad de que en caso de que las autoridades no colaboren con el accionar del notario éste puede acudir al órgano jurisdiccional respectivo a efecto de que dicha autoridad modifique su accionar.

Lo establecido en el párrafo anterior tiene como asidero legal la Ley del Organismo Judicial específicamente en el Artículo 178, a través del cual el órgano jurisdiccional correspondiente podrá imponer el apercibimiento, multa o conducción personal a la autoridad que se niegue a colaborar con el notario.

Es lógico entender que los asuntos de jurisdicción voluntaria se pueden tramitar ante juez o ante notario quienes deben estar asistidos de un mínimo de condiciones para que pueda cumplir con su función; y de lo anterior se puede concluir la obligación de

colaborar por parte de otras autoridades, la cual si no se obtiene puede ser requerida a través de un órgano jurisdiccional a través de los apremios, multas y conducción; de esa manera el Estado respalda y posibilita el cumplimiento de los fines de la jurisdicción voluntaria y el ejercicio de la función del notario.

d. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación: en el Artículo cuatro de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, se establece que debe darse audiencia al Ministerio Público, tal como lo reza el texto que a continuación transcribo “Artículo. 4. En los casos que esta ley disponga, será obligatoria la audiencia al Ministerio Público, el 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 del 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”.

Sin embargo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 25-97 del Congreso de la República, en todas las leyes en que se mencione Ministerio Público, debe sustituirse por Procuraduría General de la Nación, salvo en lo que respecta a la ley específica de la primera institución ya mencionada.

A raíz de las reformas constitucionales de 1993 nace a la vida jurídica e institucional, ya separada del Ministerio Público, y como entidad independiente la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el Artículo 252 de la Constitución Política de la

República de Guatemala, con las funciones específicas de asesoría y consultoría de los organismos de Estado, ejerciendo la representación del Estado de Guatemala. Es necesario otorgar audiencia a la Procuraduría General de la Nación ya que ésta es la institución que representa los intereses del Estado y por ello a la colectividad social.

En ciertos asuntos de la tramitación notarial que comprende la jurisdicción voluntaria, existe obligación de dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación debido a que el interés público debe ser preservado de manera que se observe y respete el orden público y la legalidad.

En los casos expresamente previstos en la ley, el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación es vinculante para la tramitación y resultados del asunto de que se trate, de manera que al ser ésta adversa o contraria a la opinión de la Procuraduría General de la Nación, el asunto se torna contencioso, por lo que debe trasladarse inmediatamente ante juez competente que corresponda.

Los casos para los cuales la ley determina claramente la obligación de otorgar audiencia a la Procuraduría General de la Nación son:

1. Proceso sucesorio (regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil)
2. Rectificación de área de bien inmueble urbano (regulado en el Decreto Ley 125-83 Ley de rectificación de área de bien inmueble urbano)

3. Declaratoria de ausencia.
4. Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.
5. Constitución de patrimonio familiar.
6. Omisión y rectificación de partida
7. Error y omisión en el acta de inscripción

Por otro lado existen casos en los cuales no se ha establecido la obligatoriedad de consultar a la Procuraduría General de la Nación, se mantiene la posibilidad de hacerlo, a criterio del notario, por lo que también deberá pronunciarse la institución representante del Estado según el asunto consultado.

e. **Ámbito de aplicación de la ley y opción a trámite:** el Artículo cinco de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria “Artículo 5. **Ámbito de aplicación de la ley y opción a trámite.** 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 y, para la recepción de los medios de publicación (prueba) deben observarse los requisitos que preceptúan el Código Procesal Civil y Mercantil. En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial o

viceversa. En el primer caso, el notario de enviar el expediente al tribunal que sea competente. En todo caso, puede requerir el pago de sus honorarios correspondientes”.

Este artículo contiene otro de los principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria, aunque según mi parecer enumera y desarrolla dos principios siendo el primero el ámbito de aplicación de la ley y el segundo la opción al trámite por parte de los promovientes o interesados.

En cuanto al ámbito de la ley establece la posibilidad de que los asuntos de jurisdicción voluntaria, expresamente reconocidos en la ley, puedan ser conocidos judicial o notarialmente.

Con lo anterior se legitima y valida plenamente desde la perspectiva jurídica la actuación notarial, equiparándola en cuanto a efectividad a la función que el juez realiza en esta materia, ésto genera certeza y seguridad a los asuntos tramitados ante notario y propicia la desconcentración del conocimiento de estos asuntos a los órganos jurisdiccionales competentes.

El aspecto que se refiere a la opción a trámite es un reconocimiento a la facultad de las personas como sujetos capaces de decidir y optar por qué alternativa utilizarán para la tramitación de sus asuntos: la judicial o la notarial; con ello se ratifica lo que planteara Couture “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 aún que vuelvan a su fuente de origen como se ha propuesto”⁴.

La diferencia surge en que la decisión de quién deberá atender el asunto se concede a los interesados, como un derecho facultativo, lo anterior respetando plenamente el principio de autonomía de la voluntad propia de un sistema jurídico moderno.

El ámbito de la jurisdicción voluntaria está constituido por las leyes que expresamente reconocen la posibilidad de la función notarial para su tramitación y resolución, es decir el Código Procesal Civil y Mercantil, el Decreto 54-77 del Congreso de la República Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y el Decreto Ley 125-83 Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano.

f. Inscripción en los registros: un registro es definido por Cabanellas como “Padrón o matrícula de las personas que hay en un Estado o lugar, protocolo, oficina en donde se registran actos y contratos de los particulares o de las autoridades”⁵.

El Diccionario universal ilustrado Larousse establece que registro es “El asiento que queda de una cosa registrada y cédula que lo acredita: libro con índice en donde se apuntan diferentes cosas”⁶.

⁴ Couture, Eduardo. **Derecho procesal civil**, pág. 468.

⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 513.

⁶ **Diccionario universal ilustrado Larousse, tomo III**, pág. 144.

Personalmente puedo definir al registro como la institución de carácter público encargada de hacer constar en forma ordenada y sistemática todos los acontecimientos con relevancia e importancia en el ámbito jurídico, con el objeto de perpetuar y garantizar su contenido a través del tiempo.

Por otro lado la inscripción se entiende como el asiento que se hace en el registro, relacionado al acto mismo de inscribir; los derechos que nacen fuera del registro adquieren al inscribirse mayor fuerza de protección, por la presunción de exactitud de que son investidos y por la fuerza probatoria que les otorga el Estado a través de la fe pública registral.

Los asuntos de jurisdicción voluntaria luego de haber sido concluidos en su tramitación y resolución, para que surtan efectos legales, certeza, validez y permanencia, deberán ser inscritos en los registros respectivos. El Artículo seis de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, establece “Artículo 6. Inscripción en los registros. Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la certificación notarial de la resolución, o fotocopia o fotostática auténtica 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”.

Es decir que para proceder al registro bastará con que se remita el aviso, certificación notarial de la resolución, fotocopia o fotostática auténtica de la misma y, a ésta deberá acompañarse el duplicado y razonarse el original el cual será devuelto al notario.

Es importante mencionar que los dos registros con más relación a la función del notario en materia de jurisdicción voluntaria es el actual Registro Nacional de las Personas (RENAP) y los Registros de la Propiedad, atendiendo a la naturaleza de los asuntos que en cada uno de ellos se operan.

g. Remisión al Archivo General de Protocolos: finalmente el Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contiene y desarrolla este último principio el cual consiste en la obligación que tiene el notario de remitir el expediente al Archivo General de Protocolos, a efecto de que proceda a archivarlo y en consecuencia preservarlo, “Artículo 7. Remisión al Archivo General de Protocolos. Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive”.

El Archivo General de Protocolos de Guatemala se define como una dependencia de la Presidencia del Organismo Judicial que organiza, controla y supervisa el ejercicio del notariado en toda la República. Tiene a su cargo el archivo de protocolos, expedientes de jurisdicción voluntaria notarial, documentos notariales y registra poderes. Se constituye en garante de la seguridad jurídica y de la fe pública documental. El funcionamiento de esta institución como archivo, almacena los siguientes documentos: protocolos de entrega obligatoria, testimonios especiales desde el año 1967 (los anteriores se encuentra en el Archivo General de Centroamérica), avisos notariales trimestrales, expedientes de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo en el Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, no prevé sanción alguna por el incumplimiento a esta obligación ni se establece plazo para el envío por lo cual es frecuente que se incumpla con la remisión del expediente; en la práctica el notario es quien conserva los expedientes fenecidos, generando de esta manera falta de certeza, seguridad y permanencia jurídica.

En la actualidad únicamente el Artículo 15 del Decreto Ley 125-83, Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano, indica plazo para la remisión del expediente fenecido, el cual deberá ser dentro de los 45 días hábiles de haber extendido el testimonio correspondiente así como la sanción pecuniaria para el notario que incumpla con la remisión antes mencionada, la que consistirá en multa de veinticinco quetzales, la cual es impuesta por el Director del Archivo General de Protocolos.

El Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, fue el que motivó el presente estudio de tesis, ya que no determina un plazo perentorio para la remisión de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria como obligación posterior para el notario y a consecuencia de esto acaecen diversas situaciones contrarias a derecho.

Del análisis anterior surge la importancia de desarrollar más adelante en el capítulo correspondiente la necesidad de reformar el Artículo siete del cuerpo legal mencionado *at supra* con el único propósito de crear circunstancias que generen seguridad, permanencia y certeza jurídica en el accionar del notario dentro de la jurisdicción

voluntaria, al determinar un plazo taxativo y uniforme para el envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria, para los asuntos que no tienen plazo, así como una multa pecuniaria que se adecúe a la realidad económica y social del país en caso de incumplimiento, todo esto con la única finalidad de dar estricto cumplimiento a una obligación posterior la cual se encuentra establecida en la ley pero por no existir mecanismos adecuados para su cumplimiento en la práctica notarial se genera discrecionalidad para concretizarla.

La discrecionalidad la cual en un sentido coloquial se entiende como la libertad de elegir entre varias alternativas; sin embargo esta figura en el derecho notarial específicamente en la función notarial en la jurisdicción voluntaria, radica en el poder o la facultad que tiene el notario de decidir el momento en el cual cumple con la obligación que la ley le determina en función del envío del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria ante el Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia.

Al no existir un plazo establecido en la ley para cumplir con la obligación de remitir el expediente fenecido ante la institución creada para dicho fin, el notario hace uso de su discrecionalidad entendida como la facultad de elegir libremente el momento en el cual materializa dicha obligación, coyunturalmente el uso de la discrecionalidad por parte del notario ha generado falta de cumplimiento de la obligación obteniendo como resultado la pérdida o extravío de los expedientes generando con esto falta de certeza, permanencia y seguridad jurídica.

Es de vital importancia establecer, además de la obligación que actualmente recae sobre el notario, un plazo taxativo y uniforme contenido en ley y que en caso de incumplimiento genere la sanción pecuniaria adecuada a la realidad económica y social del país, dejando atrás la posibilidad de que el notario haga uso de su discrecionalidad para cumplirla, garantizando así la permanencia, la certeza y la seguridad jurídica los cuales son fines esenciales de la jurisdicción voluntaria.

CAPÍTULO III

3. Asuntos regulados en la legislación guatemalteca que motivan la actuación notarial en la jurisdicción voluntaria

3.1 Análisis del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil

Como antecedente del Código Procesal Civil y Mercantil vale la pena mencionar al Estatuto de las Uniones de Hecho, contenido en el Decreto 444 del Congreso de la República, el cual se promulgó el 29 de octubre de 1947, en el que se reguló y permitió a las parejas que hicieran constar ante notario su unión de hecho (en la actualidad este asunto se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106). Posteriormente el seis de febrero de 1957 se emitió el Decreto 1145 del Congreso de la República que facultó a los notarios para celebrar matrimonios.

Es decir que por medio de la unión de hecho y el matrimonio civil se modifican el estado civil, con lo cual los legisladores dejaban en manos del notario declarar sobre el estado civil de las personas, cuando éstas voluntariamente se lo solicitaban.

Más adelante como antecedente inmediato a la legislación vigente, el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, en 1964 año en el cual entró en vigencia la normativa legal antes mencionada y en la cual se dejó establecido que eran tres los asuntos que podían ser conocidos y resueltos por el notario, de manera alternativa al conocimiento que de ellos podía ejercer un juez del ramo civil.

Como resultado de la inclusión de estos asuntos dentro de la actividad normal del notario, se obtuvieron resultados satisfactorios en cuanto a la efectividad y rapidez para su trámite y resolución; sin dejar atrás la posibilidad de que los interesados tenían la facultad de acogerse a la vía judicial o extrajudicial.

Desde la creación del Código Procesal Civil y Mercantil se han tramitado muchos asuntos sin mayores dificultades, generando consecuencias positivas y generando beneficios hacia los interesados.

Se hace importante realizar un análisis de cada uno de estos asuntos, sin llegar a puntualizar el trámite de cada uno, el cual no es el objetivo de este trabajo de investigación, sino identificar la importancia del mismo y el desarrollo de la función notarial dentro de su tramitación y finalización.

a. Identificación de tercero: este es el asunto de jurisdicción voluntaria a través del cual una persona, distinta y diferente de la que se trata de identificar inicia las gestiones correspondientes con el propósito de que se reconozca que una persona (en la mayoría de casos ya fallecida), que en vida utilizó varios y diferentes nombres, distintos con respecto al que consta en su respectiva inscripción registral de la partida de nacimiento.

De tal manera que merece la pena destacar que la persona que da inicio al asunto ya falleció o no se localiza, es decir el interesado lo constituye una persona que tiene un

legítimo interés en que se reconozcan esos diferentes nombres que ella ha utilizado a efecto de que con posterioridad puedan ejercerse ciertos derechos u obligaciones en relación a esa persona fallecida o que no se localiza.

En este asunto en particular el notario a través de la fe pública otorgada y reconocida por el Estado tramita y resuelve el asunto, si así fuere requerido por el interesado, de conformidad con el principio fundamental de ámbito de aplicación de la ley y opción a trámite.

De manera que al finalizar el mismo y cumplir con todos los requisitos determinados en ley el notario faccionará el acta notarial de notoriedad correspondiente en la cual declara la notoriedad de identificación justificada y suficiente a su juicio, para finalmente enviar el expediente fenecido al Archivo General de Protocolos, sin embargo esta obligación posterior no tiene un plazo determinado lo que genera discrecionalidad en su cumplimiento generando de esta manera efectos negativos para el interesado y a la certeza jurídica que este busca, lo cual es evidente en la práctica notarial actual de acuerdo con la información brindada por el Archivo General de Protocolos según la problemática existente en esta institución y comentada en el artículo de prensa de fecha 22 de febrero de 2009.

b. Subasta voluntaria: la palabra subasta proporciona la idea de una venta pública de bienes, con el objetivo de adjudicar la cosa en el mejor postor, es decir al sujeto que ofrezca una mejor suma de dinero por adquirir el objeto de la venta.

Desde el punto de vista judicial, la subasta se asocia a la venta pública de bienes que se ordena por un juez, debido especialmente a una ejecución forzosa, es decir, cuando se obliga a un acreedor por la vía jurisdiccional a que cumpla con una obligación especialmente líquida y exigible, la cual al no poderse pagar directamente en dinero, se establece como alternativa para hacerla efectiva, la venta pública de bienes del deudor, a efecto de resarcir al acreedor con lo obtenido de la venta hasta por el monto de lo que representa su crédito frente al deudor, esta es la subasta a la cual la doctrina le ha otorgado el nombre de subasta forzosa.

Por otro lado se encuentra la subasta voluntaria cuando no existe una orden judicial para que se efectúe sino que la persona de manera libre decide vender algún bien inmueble que le pertenece; el supuesto jurídico de la subasta voluntaria consiste, en que el legítimo propietario de un bien acude a la vía judicial o a la notarial en la cual en esta última el sujeto interesado acude ante los oficios de un notario dentro de la vía de jurisdicción voluntaria notarial.

En la práctica notarial la subasta voluntaria es un procedimiento poco utilizado, sin embargo lo anterior no significa que sea inútil, es por ello que el accionar del notario en este ámbito podría evitar una ejecución forzosa que finalmente puede resultar más perjudicial para el interesado, una vez más queda establecida la importancia del accionar del notario atendiendo a su función previsor, la cual al ser aplicada de manera precisa genera seguridad y certeza jurídica para el requirente.

El notario atendiendo a la normativa vigente y posteriormente de haber cumplido con todos los supuestos jurídicos establecidos para la realización este procedimiento, el cual constituye un asunto de jurisdicción voluntaria, tiene como obligación posterior la remisión del expediente fenecido al Archivo General de Protocolos con el único objetivo de que sea éste quien lo archive y custodie, aunque actualmente este asunto al igual muchos otros de jurisdicción voluntaria no tiene establecido un plazo taxativo para realizarlo.

c. Proceso sucesorio: el concepto de suceder señala que una persona sustituye a otra en una relación jurídica, en el cual el sucesor es como si fuese el sucedido pero sin ser aquel. Por otro lado la sucesión o herencia es la institución jurídica mediante la cual ocurre la transmisión de cuantos derechos y obligaciones de un difunto, que no se extinguen con la muerte, deja a la persona que le sustituye.

De acuerdo con las disposiciones generales reguladas en el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, es posible enfatizar que el objeto del proceso sucesorio es:

a) El fallecimiento del causante o su muerte presunta, mediante el acta de defunción o la declaración judicial de la muerte presunta, la cual es presentada por los requirentes ante el notario para dar inicio al proceso.

b) Los bienes relictos

c) Las deudas que gravan la herencia

- d) Los nombres de los herederos

- e) El pago del impuesto hereditario

- f) La partición de la herencia

Atendiendo al procedimiento legal que se puede utilizar y evocando el principio fundamental de jurisdicción voluntaria de ámbito de aplicación a la ley y opción a trámite, este puede realizarse judicialmente (radicándolo ante juez competente) y extrajudicialmente (ante notario siempre que todos los herederos estén de acuerdo), siendo éste último conocido como proceso sucesorio notarial o extrajudicial, en el cual le corresponde a la jurisdicción voluntaria notarial según la cual él o los interesados en definir la situación patrimonial del causante acuden a iniciar el trámite ante los oficios de un notario.

El notario que en la tramitación extrajudicial del proceso sucesorio debe actuar con estricto apego a la ley ya que si de su accionar se desprende que de alguna forma causa perjuicio al erario público puede ser responsable por el perjuicio sufrido, siempre que el hecho no constituya delito.

Lo descrito en el párrafo anterior no se aplica en cuanto a su obligación posterior de enviar el expediente fenecido luego de cumplir con el procedimiento a cabalidad, al Archivo General de Protocolos ya que por no existir una responsabilidad administrativa establecida específicamente al tenor del Artículo 498 del Código Procesal Civil y

Mercantil Decreto Ley 107, correspondiente para hacer dicha remisión, en muchos casos se deja a libre arbitrio del notario el cumplimiento de éste, generando de tal manera que no se cumpla con dicha obligación y que a la vez se deje en una situación de inseguridad a los herederos del causante.

3.2 Análisis de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Ley 54-77

Considero importante conocer antes de analizar cada uno de los asuntos regulados en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contenida en el Decreto Ley 54-77, los antecedentes a su emisión.

El Colegio de Abogados y Notarios encargó la elaboración del proyecto al Doctor Mario Aguirre Godoy, quien presentó dicho proyecto el dos de diciembre de 1974, es decir tres años antes de que éste fuese aprobado; en el contenido de este proyecto se contemplaba la posibilidad de que fuera posible tramitarse ante notario el divorcio y la separación por mutuo consentimiento además de la titulación supletoria, sin embargo estos asuntos fueron suprimidos del proyecto del tal manera que no se encuentran regulados en la ley.

En el año de 1977 se celebró en Guatemala el XIV Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, y este congreso fue el movimiento que generó el marco necesario para la aprobación de la ley, la cual consta de dos títulos, el primero comprende el Capítulo Único de principios fundamentales . El Título II se denomina de los asuntos

que pueden tramitarse ante notario y éste a su vez consta de seis capítulos; haciendo un total de 34 Artículos.

Más adelante desarrollaré cada uno de los asuntos regulados en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, así como la importancia y responsabilidad de la función notarial en cada uno de ellos, sin embargo es trascendental antes de iniciar con el análisis en mención, desarrollar de manera muy breve cada uno de los considerandos de esta ley.

Los considerandos de la ley en mención justifican de forma muy concreta la necesidad de ampliar la función notarial y que en la actualidad constituye una de las cuestiones más acertadas dentro de la legislación nacional del derecho notarial y específicamente en la jurisdicción voluntaria, siendo oportuno recordar que la parte considerativa constituye el marco general, doctrinario e ideológico que justifica su promulgación y atención para que se elabore todo un cuerpo normativo específico.

Los considerandos del Decreto 54-77 del Congreso de la República son cinco, siendo la explicación cada uno de ellos las siguientes:

- Conocimiento oficioso de los asuntos de jurisdicción voluntaria reconoce que esto para lo órganos jurisdiccionales implica un recargo de trabajo.
- Los congresos notariales, específicamente el XIV Congreso de Derecho Notarial, celebrado en la ciudad de Guatemala en noviembre de 1977, el cual generó la

posibilidad de ampliar las funciones notariales en materia de jurisdicción voluntaria.

- En el ejercicio de la jurisdicción voluntaria guatemalteca se comprobó la efectiva colaboración del notario, a través de su quehacer, con los órganos jurisdiccionales.
- Los asuntos en los cuales se permite que conozca el notario, han generado únicamente resultados beneficiosos para los órganos jurisdiccionales como para los interesados, (como excepción a este considerando y como aporte personal, actualmente el trámite de la adopción el cual se desvirtuó en su naturaleza y a consecuencia de esto dejó de ser un trámite notarial en la vía de la jurisdicción voluntaria para ser ventilado a través de un proceso administrativo a cargo del Consejo Nacional de Adopciones).
- Con base en todos los considerandos concluye y reconoce la necesidad y conveniencia de que se amplíe la función del notario, con el objetivo de que este profesional conozca más asuntos de este tipo, con la única limitante de que no exista contienda entre los sujetos interesados.

Los cinco considerandos antes mencionados, fueron el sustento procesal y doctrinario con el cual se legitimó y fundamentó la necesidad de ampliar la función del notario en el año 1977.

La función del notario no es más que el quehacer de éste, lo cual debe estar sustentado en las facultades que la propia ley le otorga. A pesar del paso del tiempo los considerandos antes mencionados continúan teniendo mucha importancia y constituyen las razones vigentes para que pueda ampliarse la función del notario.

La ampliación de la función notarial generó mayor responsabilidad para el notario tanto en el campo de la moral como de la ética para el profesional, lo cual genera mayor acción de éste dentro de aquellos asuntos cuya característica principal es la ausencia de litis o contienda entre los interesados, tal y como lo constituyen todos los asuntos de jurisdicción voluntaria (en los cuales como ya se mencionó con anterioridad el notario actúa más allá del ámbito de lo jurídico es decir también en la esfera de lo social), en los cuales el denominador común de todos ellos es la ausencia de controversia como presupuesto fundamental para su tramitación ante notario.

Esta ampliación de funciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria genera nuevos desafíos para el notario quien en un mundo globalizado enfrenta un reto y compromiso profesional dinámico.

Es de suma importancia desarrollar cada uno de los asuntos que esta ley contiene y desarrolla con base en cada uno de los considerandos ya mencionados, siendo estos los siguientes:

a. Declaratoria de ausencia: la declaratoria de ausencia, como institución propia del derecho civil, tiene su origen histórico en la dificultad que generaba la desaparición prolongada de una persona de su hogar, de su familia, de sus asuntos.

Como se estableció en el párrafo anterior esta institución tiene sus antecedentes en el derecho civil, sin embargo de forma más clara y directa en el derecho germano, históricamente en las cruzadas cuando guerreros y comerciantes o expedicionarios desaparecían y se dejaba de tener noticias de ellos.

De los hechos anteriores se generó una controversia para las personas, de tal manera que se creó la ficción de declarar muerta legalmente a una persona a través de la declaratoria de ausencia; y por medio de esto fue posible encontrar una solución a la disposición de sus bienes, al establecer quiénes podían sucederle y dar así certeza ante una situación de hecho, con esto se ejemplifica que la función notarial evoluciona atendiendo a las necesidades sociales.

Fue así como esta ficción desde un principio admitió la posibilidad de presentar prueba en contrario, ante lo cual de manera indefinida podían retornar los bienes patrimoniales del ausente a su propiedad, recobrando la plena titularidad sobre los mismos.

Otra situación que se desprendía de lo anterior era la posibilidad de que el cónyuge del ausente pudiese haber contraído nuevas nupcias, ante lo cual evidentemente no era posible retornar las cosas a su situación original, de manera que se mantenía el nuevo estado matrimonial adquirido por la anterior esposa del ausente.

La misma situación ocurría respecto a los bienes que por cualquier motivo hubieren sido vendidos, enajenados, es decir el ausente debía recobrar la plena posesión de su patrimonio en el estado en el que lo encontrare, así que, que podía ser el mismo bien o cualquier otro dependiendo las circunstancias.

Lo descrito en los párrafos anteriores sucedía sin ninguna responsabilidad para las personas que hubieren sido designadas sus sucesoras, debido a que por parte de ellas no había habido mala fe, ni tampoco se contaba con elementos de juicio razonables ni jurídicamente válidos que permitieran suponer que el ausente se encontraba vivo. En la actualidad todos los elementos anteriormente descritos se mantienen y se utilizan de pauta para comprender las implicaciones de ésta institución jurídica, la ausencia.

En este asunto el accionar del notario se inicia con el requerimiento que hacen los interesados ante éste quien inicia y tramita el asunto en su primera fase ya que éste constituye el único asunto de carácter mixto haciendo hincapié en que es tramitado inicialmente ante notario y resuelto por un órgano jurisdiccional competente para el efecto.

Con base en lo anterior se establece la importancia de que el notario en la primera fase actúe con estricto apego a las normas jurídicas ya que aunque es él quien tramita, la resolución final del mismo estará a cargo de un juez quien dictará un auto judicial, a causa de esto el expediente deberá ser remitido al archivo de tribunales.

b. Disposición y gravamen de bienes de menor, incapaz y ausente: este asunto es regulado en la mayoría de legislaciones que siguen la tradición romana civilista y en muchas de ellas es común que se exija la autorización judicial correspondiente para determinados actos, especialmente cuando se disponen o gravan bienes de menores, incapaces y ausentes, ésto como un paso previo para poner en marcha la actuación del notario, teniendo como único fin evitar que se lesionen intereses de estas personas que por su situación de minoría de edad, incapacidad o ausencia, pueden quedar desprotegidos en su actuar dentro del ámbito jurídico.

En la legislación guatemalteca, la disposición de bienes de menores, incapaces y ausentes se encuentra regulado en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, específicamente en los Artículos 11 al 13 y se complementan con las disposiciones que en materia de Derecho Civil determina el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 260, relacionado a los requisitos y formalidades que debe llenar el administrador de los bienes de menores o incapaces; Artículo 264 el cual hace referencia a la disposición o gravamen de los bienes de menores por los padres que de manera conjunta o individual ejerzan la patria potestad, quienes para gravar o enajenar los bienes de los menores solo podrán hacerlo por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad, siempre que medie la autorización del juez competente; así como los Artículos 265, 266 y 332 en lo que fuere aplicable.

En materia procesal, el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107, en los Artículos del 420 al 424 establece que existe utilidad y necesidad en los contratos de bienes de menores, incapaces o ausentes en los siguientes supuestos:

1. Cuando los productos de los bienes inmuebles no alcancen para satisfacer créditos legítimos o para llenar necesidades precisas de alimentación del menor o incapaz, este supuesto contenido únicamente en la doctrina ya que este criterio actualmente no es compartido por los jueces del ramo de familia.
2. Cuando para conservar los bienes y sus productos, no se puede encontrar otro medio que el de gravarlos.
3. Cuando se proporciona la redención de un gravamen mayor por otro menor

Lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil es amplio y explícito en cuanto a los aspectos que se refieren a los elementos a tomar en cuenta respecto a lo que debe comprenderse por utilidad y necesidad, sin embargo como aporte personal considero que estos supuestos se quedan cortos ya que existen otras necesidades tales como la salud, la formación educativa y algunas otras que pueden acaecer las cuales podrían encasillarse como necesidades entendido en el sentido amplio, lo cual ha llevado a notarios y jueces a tomar criterios amplios que generan una adecuación a la realidad existente que aunque la ley no lo exprese taxativamente, al hacer una interpretación del espíritu de la norma se puede llegar a esta conclusión.

A manera de conclusión respecto a la base legal para la tramitación de este asunto comprendido dentro de los de jurisdicción voluntaria, el cual se puede realizar judicial o notarialmente, atendiendo al principio fundamental de ámbito de aplicación de la ley y opción a trámite, la base jurídica sustantiva se encuentra determinada en el Código Civil

y el procedimiento judicial en el Código Procesal Civil y Mercantil; además de que la tramitación de este asunto en la vía notarial fue facultado de manera expresa por el Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria en únicamente tres Artículos y también remite a lo previsto tanto en el Código Civil como en el Código Procesal Civil y Mercantil, en sus artículos aplicables.

Considero importante definir la acepción jurídica para los términos de disposición y gravamen; siendo la primera “el derecho de transmitir la cosa por actos inter vivos o mortis causa, sea, la propia enajenación, si bien esta palabra, en el lenguaje corriente, se aplica tan solo a la transmisibilidad por acto inter vivos y a título oneroso”⁷.

Todo propietario, tiene el derecho de transmitir su propiedad a un tercero, siendo éste uno de los principios que puede llamarse fundamentales del dominio, el segundo concepto es decir gravamen, significa imponer una limitación a un bien, con el único fin de garantizar con ello el cumplimiento de una obligación.

De tal manera que es posible afirmar que el gravamen constituye una carga o limitación que se establece por parte del propietario con respecto a sus bienes, con el propósito de garantizar el cumplimiento de una responsabilidad. Es decir que los representantes de los menores, incapaces o ausentes, según corresponda la figura, necesitan de autorización judicial o bien notarial para poder disponer o gravar los bienes que les pertenecen a sus representados.

⁷ Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario real academia española de la lengua española**, pág. 877.

Para el caso de estudio en el presente trabajo de tesis el notario luego de haber sido requerido por el interesado deberá cumplir con la serie de procedimientos que finalizan con un auto notarial que faculte al representante a disponer o gravar un bien; la autorización correspondiente se utilizará para que posteriormente pueda otorgarse la escritura matriz respectiva que en el caso de disposición será una compraventa y en caso de gravamen será de mutuo con garantía hipotecaria o prendaria y cualquiera de sus modalidades.

El notario previo a finalizar con el auto notarial que faculte al representante legal deberá haber comprobado la existencia de las causales de utilidad y necesidad las cuales son las únicas que permiten a los representantes de los menores, incapaces y ausentes poder disponer o gravar bienes, ya que el notario bajo su responsabilidad y previo haber comprobado todos los extremos declarados por los interesados, debe dictar la resolución final.

Como obligación posterior este profesional del derecho deberá remitir el expediente al Archivo General de Protocolos, tal y como lo establece la normativa jurídica aplicable, atendiendo a la seguridad, certeza y permanencia jurídica que se debe otorgar a todos los asuntos tramitados ante éste, con el fin de que sea la institución correspondiente que para el caso de Guatemala le compete al Archivo General de Protocolos la guarda y custodia del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria, tal y como lo establece la normativa notarial vigente en el país es decir el Decreto 314 Código de Notariado, el cual en su contenido determina las funciones de esta institución en el ámbito del

derecho notarial y la función notarial como el instrumento a través del cual el notario realiza su actividad.

c. Reconocimiento de preñez y parto: este asunto se encuentra regulado para ser tramitado y resuelto en jurisdicción voluntaria en los Artículos 14 al 17 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y se inicia bajo el cumplimiento de ciertos supuestos dentro de los que se encuentran: la ausencia, la separación o la muerte del marido; de tal manera que la mujer deberá acudir ante el notario comprobando cualquiera de estos presupuestos mediante prueba documental que lo sustente.

De los anteriores supuestos se desprende que la preñez debe haberse originado de un matrimonio y no de una convivencia maridable sin reconocimiento legal, a pesar de la protección que en términos legales la ley busca para el menor, es innegable que, por falta de previsión, no se contemplo en la ley el caso del menor que fuese concebido dentro de una unión de hecho.

De acuerdo con el párrafo anterior considero que se hace necesario que el Decreto 54-77 del Congreso de la República debería prever el reconocimiento de preñez y parto no sólo para la mujer casada sino también para aquella cuya unión de hecho se encuentra debidamente reconocida y registrada, con el único fin de brindarle protección al menor de edad, el cual constituye la verdadera razón de ser de este asunto.

Los dos primeros supuestos es decir la muerte o ausencia del cónyuge se refieren a causas absolutamente insuperables, pues tanto la muerte como la ausencia al menos por el tiempo que ha durado, no permiten superar la dificultad de que la mujer cuente con el apoyo de su compañero para que se dé el reconocimiento del niño o de la niña.

En cuanto a la separación la cual constituye el tercer supuesto existe la posibilidad de que el cónyuge por uno u otro motivo, se muestre renuente al reconocimiento del niño quizás por desavenencias con la madre del menor.

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

En este asunto el notario cumple con una función social además de la jurídica de la cual esta investido por mandato legal, ya que al cumplir con las diversas fases de este proceso, dicta a resolución final en la cual declara el hecho del nacimiento, ampara al nacido en la casi posesión (*cuasi posesión*) del estado de hijo.

Sin embargo al inscribirse al registro civil del actual Registro Nacional de las Personas el estado de filiación del menor respecto a su progenitor, no cabe la posibilidad de que continúe siendo una cusiposesión, o al menos no de manera indefinida, ya que si no ha habido oposición alguna a la filiación, que es lo que última instancia se pretende demostrar, no es posible que en el registro se inscriba una situación incierta como el

cuasi estado civil, de una persona, esto atendiendo al principio registral de legitimación, entendiéndose ésta como la justificación de la verdad o de la calidad de una cosa, es decir con la legitimidad se busca proteger al verdadero titular del derecho, que en este asunto lo constituye el derecho del menor de ser reconocido como hijo de un sujeto determinado.

La redacción del Artículo 16 del Decreto 54-77 del Congreso de la República podría mejorarse, determinándose en qué momento quedará firme la inscripción y por lo tanto, la filiación establecida, pero no puede quedar permanentemente como una inscripción de cuasi posesión, ya que esto genera una situación de protección a media luz lo cual no es el objetivo o el espíritu de la norma jurídica en mención.

Finalmente el expediente fenecido deberá ser enviado al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia, sin embargo al no existir un plazo taxativo y perentorio para hacerlo, el notario tiene libertad para cumplir con esto y como consecuencia de lo anterior se genera que en muchos caso el expediente se envíe de manera tardía o no se haga, de tal manera que al establecerse un plazo perentorio y una multa pecuniaria severa se podría generar cumplimiento a esta obligación y en caso de no hacerse establecer un mecanismo efectivo para el cumplimiento de la sanción, esta es una propuesta de reforma que en el capítulo correspondiente de esta tesis se desarrollará.

d. Cambio de nombre: el cambio de nombre según lo establece la legislación civil en Guatemala, sólo procede realizarlo con autorización judicial o notarial, es decir es uno de los asuntos que pueden realizarse por la vía de la jurisdicción voluntaria notarial, el

trámite que se sigue es más complejo que el de identificación de persona. El nombre con todo y sus atributos es un elemento esencial de la persona y su estado.

Desde un punto de vista práctico, cabe afirmar que la elección del nombre no corresponde hacerla a la persona que lo ostenta, al menos no originalmente. Ante esto resulta evidente que es un elemento personal pero que no ha sido elegido por el individuo, por lo que cabe la posibilidad que ya de una manera consciente la persona decida, por sí misma o a través de sus representantes legales realizar un cambio de nombre, por alguna circunstancia que justifique la realización de un trámite.

En la realidad muchas personas omiten o cambian alguno de sus nombres, tras lo cual, pueden realizar la escritura de identificación de persona, sin embargo la limitación que surge con lo anterior se da en que el sujeto legalmente continúa teniendo el mismo nombre y se le reconoce con otras denominaciones o apelativos, los cuales son accesorios, pero su verdadero y legal nombre sigue siendo el mismo.

Por lo que si la persona quiere cambiar su nombre, parcial o totalmente y ser reconocida con un nombre nuevo, distinto, parcial o totalmente cuenta con la opción legal que se lo permite, el cambio de nombre implica, la adopción de un nombre distinto al que con anterioridad identificaba a la persona y el reconocimiento de uno nuevo, que a partir de la conclusión del trámite identificará a la persona en las subsiguientes relaciones y actos de su vida.

Todo lo anterior bajo el supuesto de tomar en cuenta las implicaciones respectivas al parentesco de las personas, por lo que se prevé en el Código Civil que la identificación y el cambio de nombre no modifican las condición civil de la persona que lo obtiene ni constituye prueba alguna de filiación.

Un elemento importante que vale la pena mencionar como parte del accionar del notario radica en que al iniciar la tramitación ante éste, se hace necesario publicar el edicto correspondiente con el objeto de poner en conocimiento del público el inicio del trámite del asunto.

El cambio de nombre puede incidir en los intereses de terceras personas, de tal manera que se le de la oportunidad a los posibles afectados para que se enteren y se pronuncien, o bien, se oponga legalmente al cambio de nombre que se pretende realizar.

Posteriormente a publicar el edicto correspondiente de la manera indicada en ley y sin existir oposición durante el plazo establecido, el notario se encuentra facultado a dictar el auto final; en el cual se autoriza el cambio de nombre y es en este mismo auto en el cual el notario ordena la publicación de un nuevo edicto indicando el nombre adoptado.

Finalmente el notario expide la certificación del auto remitiendo la misma al registrador civil del Registro Nacional de Persona (RENAP), para que se realice la anotación al

margen de las inscripciones que correspondan. Fenecido el expediente, el notario tiene la obligación de enviarlo al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia.

En referencia al párrafo anterior es necesario hacer la observación de que sí existe la obligación de remitir el expediente, mas no existe el plazo determinado en el cual éste debe realizarlo, por lo que conlleva a que el notario discrecionalmente determine el momento en el cual haga efectivo el cumplimiento de esta obligación.

e. Inscripción extemporánea y rectificación de partidas: en el ámbito del derecho es fundamental el registro de ciertas circunstancias o hechos importantes respecto a la vida y existencia de la persona, de esa cuenta que para la perspectiva legal dentro del ámbito del derecho civil, ciertos hechos se prueban y demuestran con base en las inscripciones que aparezcan en los registros respectivos, ésto atendiendo al principio registral de inscripción.

Es a través del principio registral de inscripción por medio del cual los derechos que nacen fuera del registro adquieren al inscribirse mayor fuerza de protección, por la presunción de exactitud de que son investidos y por la fuerza probatoria que les otorga el Estado por la fe pública registral, específicamente este principio precisa la influencia que el acto de registro ejerce sobre la realidad extra registral, y decide si la inscripción es o no elemento determinante para que el acontecimiento provoque efectos jurídicos propios de ésta.

Dentro del conjunto de inscripciones obligatorias que deben realizarse, se encuentran las referidas a los hechos vitales, como el nacimiento, la defunción, matrimonio, unión de hecho, entre algunas otras; sin embargo cabe la posibilidad de hecho y no poco frecuente de que alguna circunstancia imposibilite la inscripción en el momento oportuno, si la inscripción no se efectúa dentro del plazo establecido es posible realizarla con posterioridad, cumpliendo previamente con el pago de una multa de carácter administrativa.

De acuerdo con lo anterior si no se realiza la inscripción de un hecho se generan consecuencias graves para el respeto del derecho que se pretende proteger. De lo anterior se desprende la obligación legal y administrativa de inscribir los diferentes hechos relacionados con el estado civil de las personas dentro de un plazo determinado.

La promulgación del Decreto 54-77 del Congreso de la República es posterior al Código Civil y en éste último únicamente se establece la posibilidad de realizar dicho trámite ante el juez competente, pero al amparo de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, el trámite puede realizarse ante notario, pues expresamente se encuentra autorizado por la ley para hacerlo.

La rectificación de partida es otro asunto que se tramita en jurisdicción voluntaria por el notario, distinto al de la omisión, ya que en la rectificación de partida el supuesto es que existe un asiento del hecho en el registro civil pero, debido a un error involuntario o

equivocación, se consignó algún o algunos datos de manera incorrecta, por lo que procede realizar la rectificación.

Tanto en la rectificación de partida como en la omisión de partida en jurisdicción voluntaria, el notario al finalizar con todo el procedimiento establecido en ley, resuelve a través de un auto final, en el cual ordena la inscripción omitida o la rectificación correspondiente, posteriormente deberá enviar la certificación del auto para los efectos registrales correspondientes y finalmente el notario tiene la obligación de enviar el expediente fenecido al Archivo General de Protocolos con la única finalidad de que sea esta institución quien cumpla la función de cuidar y resguardar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria tal y como lo establece el Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

Al igual que en la mayoría de los asuntos de jurisdicción voluntaria éste no tiene determinado un plazo para cumplir con la obligación posterior la cual recae sobre el notario, quien en muy pocas ocasiones cumple con ella y es debido a esta situación que planteo la reforma correspondiente al Artículo mencionado en el párrafo anterior con el objetivo de que efectivamente se realice la remisión del expediente fenecido por parte del notario al Archivo General de Protocolos para la guarda y custodia del mismo.

f. Determinación de edad: este asunto de jurisdicción voluntaria notarial es utilizado generalmente para personas de avanzada edad, quienes materialmente no pueden

presentar testigos de mayor edad a la suya y que puedan servirles, por haberlos conocido de niños, para corroborar su nombre, filiación, parentesco.

En este asunto el notario se enfrenta con la situación de que ante él acude una persona de avanzada edad, quien no posee documentación alguna para demostrar ser quien dice ser; no existe inscripción de su nacimiento ni tampoco cédula de vecindad que le identifique, ante esta problemática la ley no puede dejar desatendida a la persona ni negarle la alternativa para que, en la última etapa de su vida pueda regularizar su situación personal y su legítimo derecho a que se le reconozca un nombre, nacionalidad, edad, estado civil, entre otros.

Frente a la imposibilidad material de presentar testigos idóneos y capaces, la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contenida en el Decreto 54-77 ha previsto el trámite de determinación de edad, el cual puede ser promovido en la vía notarial y además está previsto que a falta de testigos y documentos que comprueben los hechos relacionados con el estado civil de la persona, puedan ser suplidos a través del examen de un facultativo, quien con base en el examen que para el efecto le practique podrá establecer la edad aproximada del promoviente; con este informe que el notario podrá en el auto final asignarle la edad que se hubiere determinado en dicho examen.

De lo anterior vale la pena mencionar que la obligación posterior del notario no se cumple debido a que es después de enviar la certificación del auto notarial cuando se obliga remitir el expediente al Archivo General de Protocolos, tal como ya lo he anotado

con anterioridad considero necesario reformar la normativa jurídica vigente a fin de establecer un plazo para remitir dicho expediente y en caso de no hacerlo en dicho plazo debiera existir una sanción pecuniaria para el notario incumpla con la obligación anterior, así como implementar el mecanismo de control efectivo para el cumplimiento de la sanción y el envío del expediente en mención.

g. Constitución de patrimonio familiar: la figura legal del patrimonio familiar constituye como objetivo principal la protección a la familia de circunstancias tales como verse privada de un lugar físico donde poder desarrollarse, especialmente si el peligro surge por motivos de deudas y un eventual despojo de su sede principal.

Es a través de la constitución de patrimonio familiar que se sustrae de la disponibilidad y gravación, durante un determinado tiempo el bien en cuestión, con el fin de proteger a la familia y asegurarle el disfrute de ciertos bienes, para su protección y seguridad. Al hacer hincapié en la disponibilidad puedo decir que una vez constituido, se limita la posibilidad de venta; de gravación ya que el bien no puede ser hipotecado ni dado en garantía prendaria, según el tipo de bien de que se trate.

La Constitución Política de 1945, en su Artículo 73, estableció un régimen legal especial y protector para el patrimonio familiar, el cual constituye el antecedente jurídico en cuanto al uso de la denominación patrimonio familiar.

Brañas, manifiesta que el patrimonio familiar “Es el resultante de la afectación que una o más personas hacen de determinados bienes, en la forma y cuantía previstas por la

ley, con el objeto de asegurar un mínimo de garantía para la subsistencia de la familia”⁸; para el caso de Guatemala es posible conceptualizar el patrimonio familiar como el régimen jurídico-económico autorizado por la ley a través del cual se somete cierto tipo de bienes, que pertenecen a un miembro de la familia, por un tiempo y precio máximo determinados, a una limitación de disponibilidad, otorgándoles el estatus de indivisibles, inalienables e inembargables y que no pueden gravarse, a efecto de asegurarle a la familia estabilidad y condiciones protectoras favorables para su desarrollo.

El concepto legal de patrimonio familiar está previsto en el Artículo 352 del Código Civil, el cual indica que el patrimonio familiar es la institución jurídico social a través de la cual se destinan uno o más bienes del núcleo familiar a la protección del hogar y sostenimiento de la familia, todo lo relacionado a esta figura se encuentra regulado en el articulado del mismo cuerpo legal antes mencionado específicamente de los Artículos 353 al 368, determinándose cada una de las circunstancias y características de cada uno de los bienes sobre los cuales puede instituirse el patrimonio familiar, su plazo o duración, sus limitantes, entre otras cuestiones.

Además de las consideraciones antes mencionadas debe tenerse presente que, de manera original, tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil y Mercantil, previó que la autorización debía concederse por un juez competente, si bien la escritura debería ser otorgada por el notario correspondiente.

⁸Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil. Guatemala**, pág. 523.

A pesar de lo establecido en el Código Civil y en el Código Procesal Civil y Mercantil la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, se determinó específicamente en el Artículo 24 que este asunto podía tramitarse ante notario y él, una vez cumplido el procedimiento daría la autorización correspondiente para la constitución del patrimonio familiar.

Es de mencionar que en la práctica, desde el punto de vista del derecho privado, se utiliza poco la figura del patrimonio familiar en Guatemala, quizás por desconocimiento y no por carencia de utilidad; no sucede lo mismo en el ámbito público, en el cual si se ha utilizado profusamente, en particular en la concesión de bienes inmuebles del Estado, en proyectos habitacionales como los que realizaba el antiguo Banco Nacional de la Vivienda (BANVI) y también el desaparecido Instituto Nacional de Transformación Agraria (INTA) que otorgaba parcelas a las familias; en ambos casos la constitución de patrimonio familiar era obligatoria y regía por 25 años.

A mi parecer la figura del patrimonio familiar mantiene su importancia, en la época actual ya que la protección a la familia debe anteponerse ante la compleja problemática social y económica que caracteriza a países como Guatemala, en donde muchas veces se ve expuesta la necesaria estabilidad de que debe gozar la familia, aunque también considero que para que se utilice ampliamente esta institución social, es necesario acrecentar el acervo y cultura jurídica de la población, ello no obstante puede ser suplido por una correcta y oportuna asesoría por parte del notario a los requirentes, lo cual constituye como una de las funciones importantes que el mismo debe desarrollar hacia las personas que le solicitan sus servicios, la función asesora.

La normativa jurídica determina de forma clara cada una de las etapas y funciones que realiza el notario en el desarrollo de este procedimiento, finalizando con el faccionamiento del auto notarial en el cual se declara con lugar la constitución del patrimonio familiar, posteriormente deberá faccionar la escritura matriz correspondiente, en la cual hará constar los nombres de los beneficiarios, el administrador de éste, el lapso, el valor; al finalizar con esto el notario deberá expedir copia legalizada de la escritura con su respectivo duplicado al Registro de la Propiedad.

La constitución de patrimonio familiar es el único asunto dentro de la jurisdicción voluntaria en la cual el Registro de la Propiedad utiliza copia legalizada y no el testimonio, para operar la anotación, ello atendiendo siempre a la tutela económica que el Estado pretende mediante la aplicación de esta figura jurídica como medio de protección hacia la familia.

Finalmente se encuentra regulada la obligación del notario de remitir el expediente fenecido al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia como ya lo he anotado con anterioridad este es otro de los asuntos de jurisdicción voluntaria en el cual la ley no determina un plazo establecido para que el notario envíe el expediente correspondiente, de tal manera que se hace necesario determinar dicho plazo y a la vez establecer la sanción pecuniaria en caso de incumplimiento por el notario obligado.

h. Adopción: a pesar de que la adopción fue derogada por el Decreto 77-2007 Ley de Adopciones, específicamente por el Artículo 67 de ésta, a través de la cual se dejan sin

efecto los Artículos del 28 al 33 de la Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

Sin embargo muchos de los procedimientos de adopción y que con anterioridad era considerado como un asunto tramitado a través de la jurisdicción voluntaria y que se llevaron a cabo con anterioridad a la vigencia de la ley específica, fueron realizados ante el notario respectivo y no fueron enviados al Archivo General de Protocolos, lo cual genera incertidumbre y desconcierto en los requirentes quienes al acudir ante la institución respectiva encargada de la guarda y custodia del expediente fenecido, no encuentran en esta institución el referido documento

Es decir a pesar de existir la obligación notarial de remitir el expediente, en la práctica no fue de observancia por los notarios, quienes previo a la vigencia del Decreto 77-2007 debieron haber cumplido con la obligación establecida en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

3.3 Análisis de la Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano, Decreto Ley 125-83

La Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República, constituye el principal soporte legal sobre el cual se realiza la tramitación de este tipo de procedimientos por parte del notario. Sin embargo con posterioridad a esta ley se promulgó en 1983 el Decreto Ley 125-83

mediante el cual se autoriza al notario para que tramite lo referente a la rectificación de área de bienes inmuebles urbanos.

Al promulgarse esta ley que amplió las funciones del notario dentro de la llamada jurisdicción voluntaria ya que existía la necesidad de regular la situación de bienes inmuebles urbanos que se encontraban en el supuesto previsto dentro de la ley, es decir, que aparecía en su inscripción un área registral superior a la real y que los procedimientos que se utilizaban para que se operara la rectificación eran de tipo administrativo, lo cual los hacía sumamente lentos y onerosos, se optó por autorizar a los notarios para que ante sus oficios se procediera a la rectificación de la inscripción, mediante el establecimiento de un procedimiento específico, más rápido y económico para el propietario del bien inmueble urbano, a cuenta de esto fue que surgió la posibilidad de tramitar este asunto en la vía de la jurisdicción voluntaria y generara mayores beneficios para los propietarios del bien objeto del asunto.

Rectificación de área de bien inmueble urbano: este asunto constituye el último asunto por el cual se amplió la función del notario en Guatemala para la tramitación de asuntos de jurisdicción voluntaria, procede realizarlo cuando el propietario de un bien inmueble urbano, por uno u otro motivo, se encuentra ante la situación de hecho de que en la inscripción registral del bien el área consignada es mayor a la que en realidad corresponde.

Es importante señalar que en lo que respecta a bienes rústicos no existe hasta el momento una ley específica que regule el procedimiento para la rectificación en estos

casos, motivo por el cual considero importante que se legisle sobre este asunto en particular como parte de los procedimientos notariales de jurisdicción voluntaria.

Como ya se explicó con anterioridad la base legal para la tramitación de la rectificación de área de bien inmueble urbano, se encuentra en el Decreto Ley 125-83, la cual cuenta con muy pocos artículos pero en la misma se establece con precisión las fases a seguir dentro del procedimiento y la tramitación notarial, desde su inicio hasta su conclusión. El trámite del expediente puede realizarse en forma judicial o administrativa, en el caso de que se opte a la vía administrativa será la Escribanía de Tierras, adscrita al Ministerio de Gobernación; en caso de que el asunto se promueva ante notario, la función notarial no suple a la judicial sino a la administrativa.

Para el presente trabajo de tesis es importante realzar la función notarial en cuanto a las obligaciones posteriores del notario, ya que este asunto es el único dentro de la jurisdicción voluntaria para el cual la ley establece un plazo de 45 días posteriores a la finalización, para la remisión del expediente fenecido al Archivo General de Protocolos y en caso de omisión en el cumplimiento de esta obligación, conforme a lo establecido en el Artículo 15 del Decreto Ley 125-83, hará que el notario sea sancionado con multa de veinticinco Quetzales (Q.25.00); éste carácter es de suma importancia para la realización de este trabajo de tesis ya que determinar un plazo para el cumplimiento de la obligación posterior del notario, para generar certeza, seguridad y permanencia jurídica.

Sin embargo la sanción de tipo pecuniaria la veo aún muy lejos de ser una sanción con efectos positivos, ya que la suma de dinero no se adapta a la realidad del asunto tramitado, es decir según mi parecer la misma debiera ser más elevada para el notario, generando así una verdadera obligación posterior y en caso de incumplimiento una sanción con alto costo pecuniario, de acuerdo con la realidad económica al momento de infringir dicha obligación.

CAPÍTULO IV

4. La falta de certeza, seguridad y permanencia jurídica como consecuencia de la omisión notarial de enviar el expediente fenecido al Archivo General de Protocolos

4.1 Antecedentes históricos del Archivo General de Protocolos

El Archivo General de Protocolos fue creado según Decreto 257 que contenía la Ley Orgánica y Reglamentaria del Poder Judicial, emitida durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios.

Inicialmente, fue creado para que en él fueran depositados los tomos de protocolos de notarios fallecidos, notarios que fallecieron a partir de la emisión de dicho decreto, notarios suspendidos en el ejercicio de la profesión y notarios que se encontraran radicando fuera del país.

La primera sede fue el Archivo de las Salas de Justicias de la Ciudad de Guatemala, presidido por el Secretario de la Primera Sala de Justicia. Dentro del personal se contaba con un solo escribiente encargado de realizar lo que se le solicitara, permaneciendo en el Archivo los días y horas de audiencia ordinaria de la Primera Sala de Justicia; así mismo, estaba a cargo de llevar el control de un libro de registro o índice por orden alfabético de cada protocolo depositado, con expresión del año o años que comprendían y el número de folios que lo formaban.

Las atribuciones del Archivo se ampliaron con la emisión del Decreto No. 271 del 20 de febrero de 1882, en el sentido de que también debía de procederse a depositar los protocolos cuando los notarios voluntariamente quisieran hacerlo; cuando se vencía el término de la fianza y no lo renovaban, se extendía por un término de dos años, o bien no acreditaran que poseyeran una propiedad raíz por valor de dos mil pesos; cuando en contra de algún notario se hubiera dictado interdicción judicial o auto de prisión; cuando se promoviera a un notario de un empleo que llevara anexa jurisdicción con goce de sueldo y cuando por cualquier razón los notarios se ausentaran del país.

La legislación notarial puesta en vigor por parte del gobierno de Justo Rufino Barrios, estuvo vigente en el país por mucho tiempo, siendo el Decreto No. 271 uno de los cuerpos legales que presenta tal característica, al que casi ninguna reforma se le hiciera, hasta que fue abrogada por una nueva Ley de Notariado durante el gobierno del General Jorge Ubico, Decreto No. 1563 del 20 de agosto de 1934.

La Nueva Ley Notarial dedicaba el capítulo XIII al Archivo General de Protocolos y demás Registros Notariales, comprendido del Artículo 59 al 62. En dicho decreto se establece que el Archivo continuaba siendo dependencia de la Presidencia del Poder Judicial, indicando que el mismo se conocería con el nombre de Archivo General de Registros Notariales y se requería ser notario hábil para el ejercicio de la profesión para optar al cargo de director del mismo.

El ocho de octubre de 1935, el General Jorge Ubico promulga una segunda Ley Notarial, según Decreto No. 1744; capítulo XV dedicado al Archivo General de

Protocolos en los Artículos del 60 al 64. Se establece que el Archivo a partir de esa fecha depende de la Corte Suprema de Justicia y no de la Presidencia del Organismo Judicial, como lo legislaba la ley notarial derogada.

El 21 de abril de 1936, el Presidente Jorge Ubico emitió nueva ley de notariado, según Decreto 2154 de la Asamblea Legislativa sin embargo en esta nueva ley el Archivo General de Protocolos no sufre ningún tipo de reforma o innovación.

Diez años más tarde el 30 de noviembre de 1946 el Congreso de la República promulgó el Decreto No. 314 que contiene un cuerpo legal que los congresistas titulan Código de Notariado, el cual fue promulgado por el Organismo Ejecutivo el 10 de diciembre del mismo año y entró en vigencia el uno de enero de 1947. El Decreto No. 314 del Congreso de la República es el que actualmente rige la actuación del Archivo General de Protocolos ya que específicamente regula en el título XI lo referente a éste, así como el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia 12-2002 el cual contiene el Arancel del Archivo General de Protocolos así como los Acuerdos 54-2000 y 55-2000 de la misma Corte Suprema de Justicia.

4.2 Funciones del Archivo General de Protocolos

La función del Archivo General de Protocolos como dependencia de la Presidencia del Organismo Judicial es posible enmarcarla como la administración de justicia preventiva, bajo el adagio notaria abierta, juzgado cerrado.

El Archivo General de Protocolos no es un simple archivo, sino por el contrario es la instancia pública que garantiza la seguridad jurídica documental del país.

En la actualidad este Registro cuenta con tres Subdirecciones:

1. Subdirección de la Unidad del Archivo de Protocolos, cuyas funciones son revisar y custodiar los testimonios de los protocolos;

2. Subdirección del Área de Testimonios Especiales, donde se custodian los testimonios especiales ordinarios, los emplicados, y sus respectivas microfilmaciones;

3. Subdirección de Registro de Archivos, entre los que se encuentran el de Notarios, Firmas y Sellos, y de Poderes. Además, en el Archivo General de Protocolos y dependiendo del Director General, pero sin relación laboral, asisten Delegados del Colegio de Abogados y Notarios, que verifican el cumplimiento del timbre notarial.

Adicionalmente, cuenta con una asesoría jurídica, secretaría administrativa, finalmente, los juzgados de instancia civil en los departamentos, tienen funciones de control notarial y recepción de avisos.

Es posible puntualizar como funciones generales del Archivo General de Protocolos las siguientes: a) registro; b) archivo; c) supervisión notarial.

Entre las funciones de Registro, se lleva un triple registro de los siguientes aspectos:

1. Registro de notarios: con información general identificativa de cada notario, nombre, sede notarial, fecha de graduación, determinación del depositario del protocolo en caso de ausencia o fallecimiento;
2. Registro de firma y sello de notario: actualmente en cuatro libros físicos, pero en proceso de digitalización.

A la fecha existen unas 7,000 inscripciones de notarios, sin embargo, no todos ejercen debido a que fungen en cargos públicos, se encuentran ausentes del país por más de un año, o por fallecimiento, de tal manera que se puede calcular en 4,500 los notarios habilitados y en ejercicio.

Además, existen anotaciones relacionadas con cancelaciones, identificación de personas y

3. Registro de poderes y de sus modificaciones. Se encuentra en proceso de automatización, de forma que las razones puedan ser expedidas a la mayor brevedad posible.

En su función de archivo, almacena los siguientes documentos: Protocolos, de entrega obligatoria, testimonios especiales desde el año 1967 (los anteriores se encuentra en el

Archivo General de Centroamérica), avisos notariales trimestrales, expedientes de jurisdicción voluntaria, en este último caso no hay plazo de entrega.

En su función de supervisión notarial, realiza una revisión e inspección de Protocolos, en el caso de los departamentos, dicha función se ejerce a través de los Juzgados de Instancia del Ramo Civil, según el Acuerdo 55-2000 de la Corte Suprema de Justicia. En aquellos departamentos con más de un juzgado, en los. El secretario del juzgado es el encargado de recibir la documentación.

La revisión de los protocolos notariales se realiza por sorteo aleatorio, citando al notario a revisión ordinaria (empastado, foliado, razón de testimonios y otras). En caso de anomalías, se fija de mutuo acuerdo un plazo de subsanación, siempre que la deficiencia o error sea subsanable.

En el caso de las enmiendas, se requiere de un proceso administrativo jurisdiccional, el cual se encuentra regulado en el Decreto 314, Código de Notariado, puntualmente en el Artículo 96.

Los juzgados de instancia civil departamentales a raíz de los Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, números 54 y 55-2000, se encuentran coordinados a los efectos de supervisión notarial a la Dirección General del Archivo de Protocolos, con lo que se interpreta el Artículo 37 del Código del Notariado, teniendo funciones de clasificación, distribución y envío de protocolos, testimonios especiales, índices, los cuales según el Código del Notariado deben enviarse inmediatamente.

En dichos juzgados se encuentran fungiendo delegaciones del Archivo General de Protocolos, un caso típico de revisión frecuente es el supuesto de testimonios especiales de testamentos o donaciones mortis causa cerrados que no van en plica, o de sus modificaciones o revocaciones. A raíz de los decretos del Congreso de la República números 82-96 y 34-2000, se exoneró a los notarios del pago de las multas por no cumplir con la obligación tributaria generadora por testimonios especiales. Con el Decreto 25-2001, tras haberse vencido los respectivos plazos se abrió una nueva prórroga para la regularización tributaria (timbre notarial), del uno de agosto de 2001 al 28 de febrero del 2002. Los notarios que no se encontraban solventes, fueron colocados en una lista pública, que diez días hábiles después de vencido dicho plazo, publicó la Corte Suprema de Justicia, quedando inhabilitados, hasta que regularizaran su situación tributaria.

Con relación a lo anterior existe la posibilidad de que el Colegio de Abogados y Notarios requiera convencionalmente de su pago. Si la cantidad atrasada es mínima el pago puede hacerse en efectivo. El pago del timbre notarial se realiza con estampillas que se adhieren a la primera hoja del testimonio especial, salvo en el caso de los testamentos cerrados, que se realiza en la transcripción del acta de otorgamiento de testamento cerrado en plica, en la última hoja.

La ley aplicable es la de la fecha del instrumento público, es decir la fecha de autorización del instrumento público, no importando la fecha de extensión del testimonio.

El siguiente cuadro recoge las principales actividades que realiza el Archivo General de Protocolos con relación a la función notarial:

Actividad	Plazo o condición para realizarse
• Apertura de protocolo notarial	El notario debe hacerlo anualmente
• Cierre del protocolo notarial	Dentro de los 30 días siguientes al cierre del Protocolo
• Entrega del protocolo al Archivo General	Antes de incurrir en la causal (inhabilitación, por ausencia de más de un año)
• Cierre del protocolo notarial	Al final del año o antes según la circunstancia
• Revisión o inspección del protocolo notarial	Por orden del Director General del Archivo o juzgado respectivo.
• Reposición del protocolo notarial	Al enterarse de la pérdida o destrucción
• Envío de avisos notariales y protocolizaciones de documentos autorizados en el extranjero	El notario deberá enviarlo en el plazo de 10 días después de la fecha de protocolización
• Recepción, guarda y custodia de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria	Al ser concluidos, ya que la ley no establece un plazo taxativo para hacerlo, únicamente el proceso de

	rectificaciones de área de bien inmueble urbano, el cual deberá ser remitido dentro de los 45 días posteriores a ser finalizado el expediente.
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

El Archivo General de Protocolos para cumplir a cabalidad con sus funciones determina las siguientes obligaciones generales, encaminadas a la función notarial:

- El sello del notario debe ser legible.
- El sello y la firma del notario deben coincidir con el registrado.
- No usar tinta roja, especialmente en el texto, puesto que se borra con el tiempo, lo que no permite digitalizar documentos.
- No repetir o seriar instrumentos con número repetido, de conformidad con el Artículo 96 del Código del Notariado, en caso de que esto suceda se debe realizar diligencias de enmienda en el Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil.
- Los testimonios especiales tienen un plazo de presentación, 25 días después de la fecha de autorización del instrumento público. Deben presentarse fotocopias legibles.

-Todas las hojas deben ser numeradas, firmadas y selladas por el notario compulsante por ejemplo, en supuestos de notarios que temporalmente no puedan compulsar, dejando constancia de que se trata de un testimonio especial a ruego. La clave del notario debe ser visible. Un timbre de cincuenta centavos de Quetzal (Q. 0.50) en cada hoja. Se deben inutilizar los timbres notariales o fiscales con sello del Notario tal y como lo establece la normativa vigente para el efecto, es importante mencionar que el timbre notarial debe adherirse en la primera hoja, no en la última.

- Para los testimonios especiales de protocolización, el documento protocolizado debe formar parte de la escritura y debe ser insertado en el testimonio especial. En la fotocopia debe estar visible el folio del documento, el impuesto fiscal o notarial. La razón final debe concordar el número de instrumentos y el número de hojas que lo componen. Si se encuentra compulsado por notario distinto al otorgante a ruego deben señalarse las circunstancias y la causa de la imposibilidad.

-En el caso de los testamentos y donaciones mortis causa abiertos comunes en plica y sus modificaciones o revocaciones, se transcribe el acta, de utilizan sobre oficio, no sobre manila, y se redacta una razón con los requisitos señalados en el Artículo 37 del Código del Notariado. La razón debe ir sellada y firmada por el notario. La plica lleva un timbre notarial de Q. 25.00.

- En el caso de los índices de Protocolo, además de los requisitos generales, el envío al Archivo General de Protocolos debe efectuarse hasta 25 días hábiles después del cierre del Protocolo. Cada hoja está gravada con timbre fiscal de cincuenta centavos de

Quetzal (Q. 0.50). En el caso de que ya tributara la operación, se debe razonar dicha circunstancia.

- Finalmente, en el caso de los avisos trimestrales, el plazo es de 25 días hábiles después de finalizar el trimestre calendario, pudiendo presentarse en el Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil. Debe dirigirse un memorial del Director del Archivo General de Protocolos, indicando alguno de los siguientes supuestos, y señalando la clave del notario. Firmado y sellado por el notario, en original, sin que esté afecto a impuestos. Los supuestos son: número de testimonios y fecha del último autorizado; número y fecha del último cancelado; mención de que no autorizó ningún testimonio en el trimestre

4.3 Situación actual del Archivo General de Protocolos: problemática y sus consecuencias dentro del Archivo General de Protocolos ante la inobservancia del notario respecto a la obligación posterior de enviar los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria.

La actividad notarial en el país cuenta con pocos y leves controles sancionadores, incumplimiento en el registro de testimonios especiales, comercialización de hojas de papel sellado especial para protocolos, falta de envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria, son algunos de los problemas que más afectan a la seguridad jurídica en el país y debido a ello es que muchos profesionales del derecho y las propias autoridades consideran que es urgente la aprobación de normativa legal con

controles y sanciones más firmes para los notarios que incumplan con el adecuado registro de los documentos.

Como caso en particular y punto central en el trabajo de tesis que se desarrolla considero que el hecho de que no se envíen los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, por el notario, genera situaciones adversas al correcto desenvolvimiento de la actividad notarial, sin embargo al no existir una normativa que taxativamente indique el plazo (salvo el Decreto 125-83 Ley de rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano) para enviar dicho expediente al Archivo General de Protocolos, no se tiene el mecanismo adecuado para lograr el cumplimiento de la obligación notarial.

A pesar de que existe la obligación como tal, se deja abierta o discrecional para realizarla y en muchas ocasiones sin temor a equivocarme no se cumple con la misma, cuestión que genera una situación de inseguridad jurídica para los sujetos quienes acudieron ante el profesional del derecho para iniciar, tramitar y resolver una situación que trasciende del ámbito jurídico y que tiene efectos hacia el futuro, los cuales deben ser protegidos y perpetuados por una institución jurídica que para el caso de Guatemala la constituye el Archivo General de Protocolos.

El archivo General de Protocolos como ya se explicó en el apartado anterior, tiene a su cargo diversas funciones, tales como resguardar y conservar documentos notariales con la finalidad de otorgar certeza, permanencia y seguridad jurídica; y los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria no son la excepción.

Sin embargo según, lo manifestado por el propio Director del Archivo General de Protocolos, en artículo publicado por Prensa Libre el 22 de febrero del presente año, lo que hace falta para controlar la actividad notarial es un cambio en la legislación notarial; de tal manera que al enfatizar sobre esta problemática consideré necesario realizar una propuesta que genere un cambio y que obligue al notario a cumplir en un plazo determinado la remisión de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria para los casos en los cuales no existe el mismo y de no hacerlo imponer sanciones que generen obligatoriedad, así como una instancia capaz de ejercer control sobre la imposición y cumplimiento de dicha sanción, esto con el único propósito de generar certeza, seguridad y permanencia jurídica las cuales son finalidades propias del derecho notarial el cual fundamenta la creación y el funcionamiento de la jurisdicción voluntaria.

Según la información estadística obtenida a través de la Unidad de Acceso a la información del Archivo General de Protocolos, (se adjunta a los anexos) del año de 1990 para julio de 2009 se tiene registro de 21,085 expedientes es decir un promedio anual de 1140, números que según la cantidad de notarios en ejercicio (aproximadamente 4500) se queda corta, lo cual demuestra que aún no se tienen los medios para obligar a los notarios a enviar la totalidad de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria, previo a que estos sean tramitados y finalizados en sede notarial.

CAPÍTULO V

5. Propuesta para fijar plazo en el envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, en los casos que no lo tienen establecido.

En el desarrollo de este estudio, específicamente en el capítulo III se hizo el análisis de cada uno de los asuntos que el notario tramita y resuelve dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria, haciendo hincapié en la relevancia que en cada uno de ellos tiene la función notarial, así como los intereses que se resguardan en la tramitación de éstos.

Con excepción de la rectificación de área de bien inmueble urbano, ninguno los asuntos tramitados en la vía de la jurisdicción voluntaria y en sede notarial, tiene plazo establecido para su remisión al Archivo General de Protocolos, es decir a pesar de que existe la obligación notarial posterior de enviar el expediente fenecido a esta institución, la normativa jurídica vigente no determina un plazo perentorio y taxativo para cumplirla, de tal manera que la observancia de esta obligación en muchas ocasiones queda a discrecionalidad del notario, quien realiza el envío o no del expediente, generando una situación de falta de certeza, seguridad y permanencia jurídica.

Los sujetos quienes acudieron ante el notario para requerir sus servicios en la tramitación de un asunto determinado, carecen de un mecanismo que comprometa al

notario para cumplir con la obligación posterior, determinada en el Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

La falta de obligatoriedad genera problemas para los requirentes quienes en muchas oportunidades acuden ante la instancia requerida siendo esta el Archivo General de Protocolos, y se encuentran ante la situación de que el expediente fenecido aún no ha sido enviado por el notario y la instancia encargada de la guarda y custodia del mismo, no puede ejercer ningún control ni medida en contra del notario obligado ya que la ley en mención a pesar de determinar la obligación no establece un plazo o sanción a imponer en caso de incumplir con dicha obligación.

A raíz de toda la problemática existente y ya descrita en los párrafos anteriores se considera importante hacer un cambio en la normativa jurídica notarial vigente del país con el único objetivo de generar obligatoriedad en el envío del expediente fenecido y que fue tramitado dentro de la jurisdicción voluntaria, (con excepción de la ausencia, la cual a pesar de ser tramitado ante notario, es resuelto por el órgano jurisdiccional competente y la rectificación de área de bien inmueble urbano, el cual si tiene establecido el plazo para su envío) así como la imposición de una multa correspondiente en caso de infringir en el plazo del envío del dicho expediente.

Sumado a la necesidad de establecer un plazo perentorio y una multa pecuniaria para el notario que infrinja el cumplimiento de la obligación impuesta, es necesario establecer el mecanismo por medio del cual el Archivo General de Protocolos ejerza control sobre los notarios infractores de la norma jurídica.

Para citar un ejemplo se encuentra el caso del cobro que el Archivo General de Protocolos realiza por la entrega tardía de los testimonios especiales, con lo anterior podrían darse por finalizados muchos de los problemas existentes hasta ahora y que afectan en gran medida la seguridad, la certeza y la permanencia jurídica, finalidades de la jurisdicción voluntaria.

Otro ejemplo susceptible de ser tomado en cuenta para la realización del presente trabajo de investigación es el establecido en el Artículo 40 del Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, el cual determina literalmente como obligación notarial enviar el aviso correspondiente para el caso de protocolizar un documento, “Los notarios deberán dar aviso al archivo general de protocolos, dentro del plazo de diez días, de cada protocolización que hagan de acuerdo con esta ley, indicando la fecha y lugar en que fue expedido el documento, funcionario que lo autorizó, objeto del acto y nombres y apellidos de los otorgantes o personas a que se refiera, así como de los impuestos que hubieren sido pagados en el acto de protocolización. El Archivo extenderá un recibo por cada aviso y llevará índices anuales por orden alfabético de los otorgantes. La omisión o demora del aviso hará incurrir al notario en multa de veinticinco quetzales (Q. 25.00) que impondrá el director del archivo general de protocolos e ingresará a los fondos judiciales...”

Según lo establecido en el Artículo citado en el párrafo anterior sobre el notario recae la obligación de enviar el aviso correspondiente en caso de que protocolice un documento, y si omite dicha obligación el director del Archivo General de Protocolos tiene la facultad suficiente para imponer la sanción pecuniaria, es decir al tenor de dicho

artículo, se ha logrado cumplir la obligación posterior que tiene el notario además de generar certeza y seguridad y permanencia jurídica sobre el documento protocolizado.

5.1 Propuesta de reforma al Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

El Artículo siete del Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, el cual literalmente establece “Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive”.

Del anterior párrafo se concluye que sobre el notario recae la obligación de enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos para que sea esta institución quien se encargue de guardar y custodiar el mismo, con el objetivo principal de generar certeza, seguridad y permanencia jurídica.

En la práctica es común que el notario no cumpla con esta obligación ya que al no existir un plazo para realizarla con excepción de lo establecido en el asunto de rectificación de área de bien inmueble urbano, tal y como ya se explicó en el análisis correspondiente a dicho asunto con anterioridad, ni determinarse una sanción pecuniaria en caso de incumplimiento genera discrecionalidad en su envío

De tal manera que se considera necesario hacer una reforma a la normativa jurídica vigente en el país, siendo el caso el Artículo siete de la Ley Reguladora de la

Tramitación de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la cual impulse el mecanismo adecuado para el correcto cumplimiento de una obligación que si bien es cierto en la realidad existe pocas veces se concretiza.

La propuesta que en este trabajo de tesis se hace respecto a dicho artículo incluye la adición de un plazo perentorio y la imposición de sanción pecuniaria al notario que no cumpla con la obligación establecida en la normativa jurídica notarial vigente.

Se propone que el Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, se reforme de conformidad con el siguiente texto: *una vez concluido cualquier expediente de jurisdicción voluntaria, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, dentro del plazo de 45 días hábiles luego de haber fenecido, ésta institución dispondrá la forma en que se archive, en caso que el notario no cumpla con dicha obligación el director del Archivo General de Protocolos podrá imponer una multa de veinticinco quetzales diarios por cada día de retraso.*

La reforma que se plantea se hizo tomando como base lo estipulado en el Decreto Ley 125-83 el cual contiene la regulación referente el asunto de rectificación de área de bien inmueble urbano, la experiencia compartida por muchos notarios en ejercicio quienes fueron consultados para la elaboración del presente trabajo de tesis, así como la opinión de la administración del Archivo General de Protocolos, ya que este asunto puede realizarse por la vía notarial y dicha normativa tiene determinado el plazo para que el notario cumpla con el envío del expediente fenecido al Archivo General de Protocolos, así como la determinación de la sanción correspondiente en caso de incumplimiento.

Sin embargo al realizar la propuesta de reforma se hace importante determinar una sanción con efectos pecuniarios reales, según la situación económica actual, en la cual se debe generar una prevención a través de la imposición de la sanción, de tal manera que no sea factible que el notario crea que es mejor seguir infringiendo porque la sanción impuesta es simbólica y poco onerosa; por el contrario al establecer una sanción de tipo pecuniaria realmente severa se deja atrás el descuido para la remisión del expediente fenecido a la institución correspondiente y encargada de la guarda y custodia de éste, ya que el notario es depositario de la confianza que el sujeto interesado realiza en él y en su accionar.

5.2 Propuesta de reforma al Artículo 298 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

En el capítulo III de este trabajo se hizo referencia a los cuerpos normativos en los cuales se encontraban regulados los asuntos de jurisdicción voluntaria para el caso de Guatemala, encontrándose en esta normativa el Código Procesal Civil y Mercantil, al regular los asuntos como la identificación de tercero, la subasta voluntaria y el proceso sucesorio testamentario e intestado, en éste último asunto y específicamente en el Artículo 498 se establece la obligación notarial de enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, el cual literalmente determina: “Cumplidas todas las diligencias correspondientes, el notario remitirá el expediente al Archivo General de Protocolos, salvo que los herederos decidieren hacer la partición de

los bienes, en cuyo caso se esperará hasta que la operación quede terminada de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo correspondiente”.

En el Artículo 498 previamente transcrito surge la obligación para el notario de enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria, específicamente para el asunto de proceso sucesorio extrajudicial, al Archivo General de Protocolos, sin embargo en este asunto a pesar de que el artículo en mención es específico para el tema en particular, deja abierta la posibilidad de realizar o cumplir la obligación en un plazo discrecional.

Como consecuencia de lo anterior impera la necesidad de hacer una propuesta de reforma, la cual no se encontraba considerada al inicio del este estudio, sin embargo al analizar la problemática existente y con el objeto de unificar la legislación en materia notarial, se hace necesario hacer la reforma en mención para el Artículo 498 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, para lo cual se propone el siguiente texto: *cumplidas todas las diligencias correspondientes, el notario deberá remitir el expediente al Archivo General de Protocolos, en el plazo de 45 días hábiles, en caso que el notario no cumpla con dicha obligación el director del Archivo General de Protocolos podrá imponer una multa de veinticinco quetzales diarios por cada día de retraso, salvo que los herederos decidieren hacer la partición de los bienes, en cuyo caso se esperará hasta que la operación quede terminada de acuerdo con los dispuesto en el capítulo correspondiente.*

5.3 Creación y aplicación de una sanción pecuniaria e inhabilitación por falta de observancia del plazo perentorio para el envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria.

En la propuesta de reforma planteada tanto para el Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77, como para el Artículo 498 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, se tiene como objetivo principal instaurar un plazo único y perentorio para cumplir con la obligación notarial posterior a la tramitación y resolución de un asunto de jurisdicción voluntaria.

Con la reforma propuesta se unifican criterios y se adecúa la nueva normativa a la existente, es decir el plazo planteado es el mismo que ya tiene determinado el Decreto Ley 125-83, el cual contiene y desarrolla el asunto de rectificación de área de bien inmueble urbano, dicho plazo se encuentra establecido en el Artículo 15 “Al extender el testimonio, el notario pondrá razón en el expediente, indicando esa circunstancia, y dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a esa fecha, lo remitirá al Archivo General de Protocolos, para su archivo. La omisión de su envío de las diligencias, dentro del plazo indicado, hará incurrir al notario, en una multa de Q.25.00, que le impondrá el Director de Archivo General de Protocolos.

Sin embargo la propuesta que se hace en este trabajo difiere con la normativa a la cual se refiere el párrafo anterior, en cuanto a la multa pecuniaria ya que a pesar de que el monto establecido es por el concepto de atraso en el envío del expediente, el cálculo

de esta dependerá de los días hábiles sobre los cuales se compute el retraso, lo anterior con el fin de crear una sanción fuerte con características preventivas, es decir evitar incurrir en retraso, y dejar atrás la idea de que es mejor infringir y pagar por ello que enviar y cumplir con la obligación en tiempo.

Al establecer el plazo y la sanción pecuniaria para el envío del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria se fortalece la teoría de la responsabilidad notarial, la cual es necesario desarrollar de manera breve en el presente estudio debido a la importancia y trascendencia de la actuación notarial dentro de la jurisdicción voluntaria, específicamente en lo relacionado a la remisión del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos.

La forma para hacer efectivo el cumplimiento de esta sanción pecuniaria seguiría el procedimiento establecido en el Artículo 100 del Código de Notariado, específicamente en el párrafo segundo "...todas las sanciones impuestas por el Director del Archivo General de Protocolos, (sobre el notario) se impondrán previa audiencia por el término de veinte días al interesado, audiencia que se notificará por medio de correo certificado con aviso de recepción. Contra lo resuelto por el Director General de Protocolos, cabrá el recurso de reconsideración el que deberá interponerse dentro del término de tres días contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por correo certificado. Dicho recurso se interpondrá ante el propio Director, quien elevará las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva. Dicho tribunal resolverá aplicando el procedimiento de incidentes previsto en la Ley del Organismo Judicial..."

De tal manera que se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa para el notario infractor, quien podrá desvanecer la sanción a impuesta ante el Director del Archivo General de Protocolos, incluso a través de la Corte Suprema de Justicia cuando el caso así lo amerite y sea elevado a ésta para su resolución.

a. Teoría de la responsabilidad notarial

La sanción pecuniaria, planteada como propuesta de reforma a la normativa jurídica vigente, es considerada por la doctrina jurídica como un tipo de responsabilidad notarial, la que considera ésta no se circunscribe a la función notarial sino va más allá de ésta debido a la importancia de su accionar específicamente en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Según Dante Marinelli la doctrina de la responsabilidad notarial indica “Es indudable que la actuación notarial tiene como único resultado objetivo la producción del instrumento público, pero para lograr tal fin, el notario no se concreta a dar fe de que determinados hechos son ciertos. Ya que desde que es requerida su actuación hasta que finaliza la misma, desarrolla un complejo de actividades que tienen por objeto canalizar el potencial de energía jurídica que tiene su asiento en la voluntad humana, para que la misma tome cuerpo en un instrumento y se haga fecunda, produciendo a través de éste los efectos legales que fueron queridos por los que se acogieron a su

ministerio. Su labor no contrae simplemente a asegurar la veracidad de los negocios jurídicos en que su intervención es requerida, va más allá...⁹”

De acuerdo con lo vertido por Dante Marinelli y transcrito en el párrafo anterior, el notario desarrolla desde que sus servicios son requeridos una serie de actividades encuadradas dentro de la función notarial ya desarrollada en el capítulo II, por medio del cual este profesional del derecho alcanza las finalidades propias de ésta, tales como la seguridad, la permanencia y la certeza jurídica, de esa cuenta que en de la jurisdicción voluntaria la doctrina de la responsabilidad del derecho notarial considera como un elemento de suma importancia el correcto envío de los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, atendiendo a la actividad integral que el notario realiza, esto teniendo como asidero la confianza por la cual se escoge a un notario, para la tramitación de un asunto que teniendo la posibilidad de llevarse en sede judicial, el o los interesados acuden ante éste.

La teoría de la responsabilidad notarial ha sido estudiada de manera reciente, sin embargo según lo citado por González “Desde los tiempos de Alejandro se tiene noticia de una sanción aplicada a un *Tabularii*, debido a una falsedad que se le atribuyó y consistió en el cercenamiento de sus dedos y el destierro”¹⁰.

También Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio consagraban las penas severas para los escribanos que cometieran adulteraciones o falsedades a sabiendas, pese a lo

⁹Marinelli Gollom, José Dante Orlando. **Las responsabilidades del notario y su régimen en el derecho guatemalteco**, pág.3.

¹⁰González, Carlos Emérito. **Derecho notarial**, pág. 228.

anterior solo a partir de la ley francesa del 25 ventoso del siglo XI, se prevé un sistema de responsabilidades y sanciones específicas para los notarios.

Los estudiosos del derecho durante el transcurso del tiempo han tratado de delimitar los tipos de responsabilidad en los cuales incurre el notario en su accionar, sin embargo esto ha sido complicado y de ahí que algunos autores adoptan la clasificación en la cual existe únicamente la responsabilidad civil, penal y administrativa, otros autores reconocen la existencia de las anteriores y además la disciplinaria o profesional.

Para el desarrollo y comprensión del tema objeto de este trabajo de investigación se hará referencia únicamente a la responsabilidad administrativa y a la responsabilidad disciplinaria, ya que es en estas dos en las que se encuadra el accionar del notario al no enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria, es decir el incumplimiento de la obligación notarial posterior, ante el Archivo General de Protocolos para que sea esta institución quien se encargue de la guarda y custodia de éste.

Lo establecido en el párrafo anterior basado en la función que esta institución realiza y que consiste en la guarda y custodia de estos expedientes, asegurando la seguridad jurídica documental de la cual es titular por mandato legal desde su creación.

b. La responsabilidad administrativa del notario, ante la omisión en el envío del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos: la actuación del notario de manera general no sólo se limita a dar fe de las declaraciones de los comparecientes, ni a moldear la voluntad de los otorgantes, o de manera

específica en la jurisdicción voluntaria a realizar con estricto apego a la normativa jurídica la tramitación y resolución de todos aquellos asuntos que por disposición de la ley puedan realizarse a través de esta vía, es decir la función notarial no sólo se limitará a las actividades antes mencionadas sino al concluir su misión asesora, modeladora y legitimadora referente a autorizar con su firma las manifestaciones de voluntad de los otorgantes, contrae obligaciones posteriores al otorgamiento del acto o finalización del asunto, tal es el caso de que no envíe el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria ante la institución creada para dicho fin, lo cual en Guatemala, compete al Archivo General de Protocolos, de tal manera que esto es a lo que la doctrina de la responsabilidad notarial denomina como responsabilidad administrativa del notario.

Al hacer referencia a este tema González afirma que “Esta responsabilidad tiene un amplio campo de acción, ya que debe informarse a la Administración Pública de las manifestaciones de voluntad de los particulares, para que cualquier persona incluso los interesados, puedan informarse y aún para que la propia Administración Pública pueda ejercer control exacto de estos asuntos”¹¹.

Otros autores tal como Carral establecen que “Se incurre en responsabilidad administrativa por el incumplimiento de deberes ajenos a la función notarial propia, que otras leyes administrativas le imponen”¹².

¹¹ **Ibíd.**, pág.31.

¹² Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**, pág.29.

Este enunciado es el que según mi parecer mejor ilustra la problemática existente respecto a la falta de plazo para la remisión del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria hacia el Archivo General de Protocolos, en aquellos asuntos que no tienen determinado dicho plazo, ya que la remisión como obligación notarial no se encuadra dentro del quehacer propio del notario es decir dentro de la función notarial, sin embargo, la normativa jurídica vigente como lo es la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y el Código Procesal Civil y Mercantil si determinan la obligación notarial posterior de cumplir con el envío del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria hacia el Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia, estas normas jurídicas a pesar de no ser leyes específicas de la actuación notarial, como si lo constituye el Decreto 314 Código de Notariado, establecen la obligación posterior de carácter notarial, sin llegar a normar propiamente la función notarial en sí misma.

Dentro de las actividades que lleva a cabo el notario y que su inobservancia conlleva responsabilidad administrativa, se puede citar, entre muchas otras:

1. Pago de apertura de protocolo
2. Depositar el Protocolo, en los casos establecidos por la ley
3. Cerrar el Protocolo y redactar el índice respectivo
4. La obligación relativa a la entrega de testimonios especiales al Archivo General de Protocolos
5. La obligación notarial relativa al envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos.

6. La obligación de enviar el aviso correspondiente en caso de protocolización de un documento.

Las anteriores son obligaciones que se encuentran contenidas en distintos cuerpos legales que tienen relación con la actividad del notario, tales como el Código de Notariado, Ley del Organismo Judicial, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

En algunos de los casos en mención hago énfasis que solo en determinados casos se tiene establecida una sanción en caso de incumplimiento de dicha obligación, tal es el ejemplo del pago de dos Quetzales (Q.2.00) por entregar tardíamente los testimonios especiales, los cuales deben entregarse en el plazo de 25 días hábiles siguientes al otorgamiento ante el Archivo General de Protocolos, institución encargada para la recepción y archivo de estos documentos y ante quien el notario hace efectivo el cumplimiento de esta obligación de carácter administrativa.

c. La responsabilidad disciplinaria del notario, ante la omisión en el envío del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos: como se hizo referencia, atendiendo la importancia de la teoría de la responsabilidad notarial, el notario en su accionar dentro de la jurisdicción voluntaria incurre en responsabilidad administrativa, la cual fue previamente desarrollada y en responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria tiende a proteger los intereses del público en una forma de control al ejercicio del notariado, para evitar el incumplimiento a las normas que lo

dirigen y fundamentan, que en caso de incumplimiento generarían resultados negativos para los particulares, esta problemática es evidente en el caso de que el notario incumpla con la obligación posterior de enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, ya que los interesados al acudir ante la institución encargada de la guarda y custodia del expediente de su interés, no encuentran en ella la documentación requerida, y en muchos casos se vuelve imposible ubicar al notario quien previamente tramitó y resolvió el asunto tiempo atrás.

El autor Carlos González, establece “La responsabilidad disciplinaria ha sido adecuadamente definida por Prunell quien afirma que la misma opera mediante una acción que tiene por objeto reprimir una falta a los deberes de la profesión reglamentada; por fin el mantenimiento de la disciplina necesaria en el interés moral de la profesión cuyas normas de ejercicio hayan sido violadas; y por medios las medidas o penas a infligir por una jurisdicción instituida con ese propósito”¹³. Es decir que para el presente caso de estudio el hecho de que el notario no cumpla con la obligación posterior de enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos, puede encasillarse como un acto de incorrección profesional al incumplir con una obligación o deber funcional propia del notario en el ejercicio de la función notarial específicamente en la tramitación de asuntos de jurisdicción voluntaria.

d. Inhabilitación por falta de observancia del plazo perentorio para el envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria: además de la reforma planteada en este trabajo de investigación referente al establecimiento de plazo taxativo y perentorio

¹³ **Ibíd.**, pág.239.

para que el notario envíe el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria ante el Archivo General de Protocolos, en los casos para los cuales no exista dicho plazo, y como consecuencia de la inobservancia de esta obligación surge la necesidad de imponer al notario infractor una sanción pecuniaria severa.

Se hace necesario proponer también la posibilidad de establecer la inhabilitación del ejercicio profesional al notario en caso de omitir enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria ante el Archivo General de Protocolos, en el plazo estipulado por la ley y además agregar que esto se aplicaría cuando el profesional del derecho además de incumplir con la obligación impuesta, no hiciere efectivo el pago de la sanción pecuniaria o fuere reincidente, esto con base a lo establecido en el Artículo 101 del Decreto 314 Código de Notariado el cual en su parte conducente indica "...en caso de reincidencia, las multas podrán ser hasta de cien quetzales, o suspensión de un mes hasta un año"; entendiéndose la suspensión como la inhabilitación temporal para el ejercicio del notariado, (en la actualidad no se ha suspendido a un notario en aplicación del Artículo 101 ya que la misma Corte Suprema de Justicia no sabe el procedimiento para hacerlo)

El proceso de inhabilitación tal y como es actualmente seguiría estando a cargo de la Corte Suprema de Justicia, quien previo a recibir la denuncia en contra del notario y agotado el trámite establecido en los Artículos 98 y 99 del Código de Notariado decretaría la inhabilitación, esta constituye la vía a través de la cual se realiza el procedimiento de inhabilitación, aunque a la fecha son varios los detractores de éste

aduciendo que la normativa en mención no es clara y que en muchas oportunidades el mismo genera confusión y poca claridad en su aplicación.

El control de las resoluciones que sancionen las infracciones en que puedan incurrir los notarios debido a la falta de envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria dentro del plazo legal propuesto como reforma a la normativa jurídica vigente, así como la inhabilitación en caso de no hacer efectivo el cumplimiento de la sanción pecuniaria, así como la reincidencia en la omisión de la obligación, estaría siempre a cargo de la secretaria de la Corte Suprema de Justicia, tal y como actualmente se encuentra determinado por el Artículo 102 del Decreto 314 código de notariado.

Posteriormente la habilitación tal y como se encuentra regulada actualmente también estaría a cargo de la Corte Suprema de Justicia según lo establecido en el Artículo 105 de la normativa jurídica mencionada *at supra* mismo que indica “El expediente de rehabilitación se tramitará ante la Corte Suprema de Justicia y contra la resolución que ésta dicte no cabrá más recurso que el de responsabilidad”.

CONCLUSIONES

1. El notario incumple con la obligación posterior establecida en la ley respecto al envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos.
2. La función notarial ejercida por el notario dentro de la jurisdicción voluntaria no cumple con los objetivos principales de ésta, es decir no se le otorga certeza, garantía y seguridad jurídica a los expedientes de jurisdicción voluntaria, porque la mayoría de éstos no son remitidos para su guarda y custodia al Archivo General de Protocolos.
3. El Archivo General de Protocolos no cuenta con el mecanismo que le permita obligar al notario a cumplir con la obligación posterior de enviar los expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria a ésta institución para su guarda y custodia.
4. El Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la jurisdicción voluntaria no determina un plazo para que el notario envíe el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria hacia el Archivo General de Protocolos.
5. La actividad notarial en Guatemala no tiene controles sancionadores en cuanto a la omisión notarial del envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria, lo que afecta la seguridad jurídica del país.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República modifique el Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la jurisdicción voluntaria, específicamente en el Artículo 7 y con ello se establezca la obligatoriedad y el plazo para que el notario envíe el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia.
2. El Congreso de la República debe modificar el Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la jurisdicción voluntaria se para que se adecúe a la obligatoriedad y al plazo establecido en el Decreto 125-83 Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano respecto al envío de expedientes fenecidos de jurisdicción voluntaria ante el Archivo General de Protocolos.
3. Con la modificación que efectúe el Congreso de la República, al Artículo 7 del Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la jurisdicción voluntaria, el Archivo General de Protocolos conmine al notario para que envíe aviso de radicación de un asunto de jurisdicción voluntaria, de manera que ésta institución pueda compeler al notario para enviar el expediente una vez haya transcurrido un tiempo sin haber cumplido con la obligación posterior.
4. El Congreso de la República debe modificar el Artículo 7 del Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la jurisdicción voluntaria, para que además de establecer la obligatoriedad y su temporalidad determine la

sanción pecuniaria que recaerá sobre el notario que omita cumplir con el envío del expediente fenecido de jurisdicción voluntaria ante el Archivo General de Protocolos, con el objetivo de generar certeza, permanencia y seguridad jurídica en las actuaciones notariales.

5. La Corte Suprema de Justicia imponga la inhabilitación del ejercicio profesional al notario en caso de omitir enviar el expediente fenecido de jurisdicción voluntaria ante el Archivo General de Protocolos, en el plazo estipulado por la ley, de conformidad con la modificación que el Congreso de la República debe hacer en el Artículo 7 de la Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la jurisdicción voluntaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial.** Buenos Aires, Argentina, 1957.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca.** 3a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2002.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil.** 2t.; 2vols.; Guatemala, 1989.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 11a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L. 1976.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** 3a. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A.1988.
- GONZALEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial.** Argentina: Ed. La Ley, S.A. 1971.
- MARINELLI GOLON, José Dante. **Las responsabilidades del notario y su régimen en el derecho guatemalteco.** Tesis de grado. Universidad Mariano Gálvez Guatemala, 1979.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial.** 7a. ed.; Guatemala: Ed. Infoconsult. 2007.
- NERI, Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial.** 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, S.A. 1980.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L. 1974.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** 6t.; 3a. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A. 1976.
- PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1965.
- Real academia española. **Diccionario de la lengua española.** 22a. ed.; Madrid, España. Ed. Espasa Calpe S.A. 2001.

Legislación

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

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

Decreto Ley 106 Código Civil. Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia.

Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil. Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia.

Decreto 54-77 Ley reguladora de la Tramitación de Asuntos Notariales en la Jurisdicción Voluntaria.

Decreto Ley 125-83 Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano.