

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

**EL DIVORCIO VOLUNTARIO NOTARIAL COMO UNA
SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA REFERENTE A LA
CONCENTRACIÓN JURISDICCIONAL, DE LOS
TRIBUNALES DE FAMILIA**

NELSON ALFREDO OLIVA HERRERA

GUATEMALA, JUNIO DE 2010.

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

**EL DIVORCIO VOLUNTARIO NOTARIAL COMO UNA SOLUCIÓN PARA EL
PROBLEMA REFERENTE A LA CONCENTRACIÓN JURISDICCIONAL, DE LOS
TRIBUNALES DE FAMILIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NELSON ALFREDO OLIVA HERRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2010.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luís Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

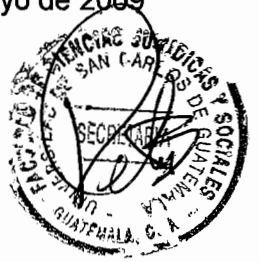
PRESIDENTA: Licda. María del Carmen Mansilla Girón
VOCAL: Lic. Saulo de León Estrada
SECRETARIO: Lic. David Sentes Luna

SEGUNDA FASE:

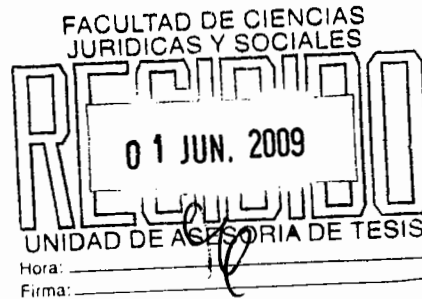
PRESIDENTE: Lic. Ricardo Antonio Alvarado Sandoval
VOCAL: Lic. Ronan Arnaldo Roca Menéndez
SECRETARIO: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

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

Guatemala, 20 de mayo de 2009



Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy:

De conformidad con lo ordenado en resolución de fecha ocho de mayo de dos mil nueve, en que se me nombró como asesor del bachiller **NELSON ALFREDO OLIVA HERRERA**, presté la asesoría correspondiente, por lo cual me permito dictaminar de la manera siguiente.

El bachiller **NELSON ALFREDO OLIVA HERRERA**, presentó como punto de tesis, el proyecto denominado **“EL DIVORCIO VOLUNTARIO NOTARIAL COMO UNA SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA REFERENTE A LA CONCENTRACIÓN JURISDICCIONAL, DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA”**.

Dicho plan de tesis fue supervisado, así como el trabajo desarrollado bajo mi inmediata supervisión y dirección, siendo el caso que el sustentante atendió las sugerencias que le fueron formuladas, las cuales en un momento dado dieron lugar a la modificación del trabajo de tesis, agregándose al mismo, temas por mi propuestos, que en su momento consideré oportunos incorporar a dicho trabajo, guardando siempre el espíritu del mismo a efecto de que no incidieran en los planteamientos formulados, así como la introducción, redacción, recomendaciones y conclusiones, tienen relación con el tema tratado.



Dentro del referido trabajo se puede apreciar que tanto su contenido científico, como el técnico están enmarcados dentro de lo estipulado y exigido por la unidad que usted dirige, esto aunado a la metodología empleada, en la que sobresalen el método sintético y el método inductivo.

Con relación a las técnicas de investigación utilizadas, es justo mencionar en dicha propuesta, se utilizaron como base, la recopilación de datos de obras consultadas y la elaboración de fichas bibliográficas; todo esto hace que el presente trabajo de tesis, desde el punto de vista científico, puede llegar a ser una herramienta útil para el gremio conformado por los notarios, ya que plantea una solución célere a la disyuntiva referente a la concentración procesal.

Considero que dicho trabajo llena los requisitos reglamentarios en especial el contenido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y que el mismo puede ser tomado como tesis de graduación y ser discutido en el examen público correspondiente por parte del autor y para el efecto emito dictamen favorable del mismo.

Atentamente,


Lic. Abel Oswaldo Muñoz Fuentes
Abogado y Notario


Colegiado activo número 3247

13 calle 10-22 zona 1
Teléfono 22380958

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, uno de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OSCAR MAURICIO VILLALTA GONZÁLEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante NELSON ALFREDO OLIVA HERRERA, Intitulado: "EL DIVORCIO VOLUNTARIO NOTARIAL COMO UNA SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA REFERENTE A LA CONCENTRACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA".

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/sllh

LIC. OSCAR MAURICIO VILLALTA GONZALEZ
Abogado y Notario
12 calle "A" 11-13 zona 1, oficina 1, Guatemala



Guatemala, 18 de junio de 2009

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Respetable Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que procedí a revisar el Trabajo de Tesis del Bachiller Nelson Alfredo Oliva Herrera, titulado **"EL DIVORCIO VOLUNTARIO NOTARIAL COMO UNA SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA REFERENTE A LA CONCENTRACIÓN JURISDICCIONAL, DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA"**.

En cumplimiento a lo regulado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, así como en atención a la resolución emanada de la UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, de fecha uno de junio de dos mil nueve, en la que se me nombra como asesor del trabajo de tesis del bachiller Nelson Alfredo Oliva Herrera, me



permiso hacer constar que: Con relación al contenido científico y técnico del trabajo antes descrito, éste abarca: I) el planteamiento del problema jurídico, es de actualidad; II) en el contenido del trabajo de investigación se encuentra planteada la hipótesis, enunciada de la siguiente forma: **La inexistencia del divorcio voluntario autorizado por notario, incide en la concentración procesal de los órganos jurisdiccionales.** III) Toda la recolección de información realizada por el bachiller Nelson Alfredo Oliva Herrera, le fue de mucha ayuda en su investigación ya que el material consultado fue de vital importancia, de esta cuenta, el ponente comprueba de manera irrefutable, la hipótesis planteada; IV) la estructura formal de la tesis, fue realizada de tal manera, que facilita la lectura y la comprensión de la misma, además el ponente desarrolló convencionalmente los aspectos legales y doctrinarios del tema y estructuró técnicamente los subtemas, dándole un orden lógico a cada uno de los segmentos textuales, así como la utilización de los métodos inductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la investigación bibliográfica.

Observando las normas de redacción requeridas, las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de forma profunda, clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.

El trabajo presentado por el bachiller Nelson Alfredo Oliva Herrera, aporta conocimientos teóricos como prácticos, con relación a la legislación guatemalteca, concretamente a la jurisdicción voluntaria notarial y derecho notarial, respectivamente, no dudando que además será un buen aporte bibliográfico y documental para el estudiante de derecho guatemalteco.

Por tal razón emito dictamen favorable, dando por aprobado el trabajo de tesis del bachiller Nelson Alfredo Oliva Herrera, ya que llena todos los requisitos que exige Normativo para la

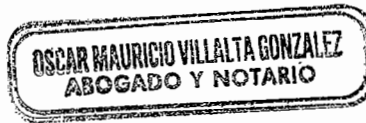


Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General

Público

Con alta consideración, estima y respeto, me suscribo muy atentamente.

Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Abogado y Notario



Colegiado activo número 1786

12 Calle "A" 11-13 zona 1, oficina 1
Teléfono 223328754

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante NELSON ALFREDO OLIVA HERRERA, Titulado EL DIVORCIO VOLUNTARIO NOTARIAL COMO UNA SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA REFERENTE A LA CONCENTRACIÓN JURISDICCIONAL, DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh





DEDICATORIA

A Dios:

Por darme la paciencia, la fortaleza y la sabiduría para enfrentar y superar cada obstáculo en la vida.

A mis padres:

Por su ejemplo, amor y entrega y enseñarme que los únicos que se levantan son aquellos que han caído y detrás de cada caída hay una enseñanza, de ustedes es este triunfo.

A mis hermanos:

Daniel y Lorena, por su cariño y respaldo.

A mi familia:

Gracias por sus múltiples muestras de cariño e incondicional apoyo.

A mi novia:

Adriana, gracias por tu amor y apoyo.

A mis amigos:

Marvin Crespo, Herbert Schaw, David Soler, Iván Ochoa, Samuel Álvarez, Jeremy Meoño, Carlos Corzo, Mauricio Villalta, Ángel Celis y Wilfredo Yoc; gracias por su cariño y consejos.

A mis amigas:

Wendy Diéguez, Susy Catalán y Gabriela Sologaitoa, por animarme en los momentos más difíciles.

**A la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad de San
Carlos de Guatemala:**

Por permitirme alcanzar una meta en mi vida.

ÍNDICE



Pág.

Introducción:	i
---------------------	---

CAPÍTULO I

1. El matrimonio.....	1
1.1. ¿Qué es el matrimonio?.....	1
1.2. El matrimonio a través de la historia.....	3
1.3. La unión de hecho.....	7
1.4. ¿Cómo se puede constituir el matrimonio?.....	10
1.5. ¿Quiénes pueden autorizar el matrimonio?.....	11
1.6. Regimenes económicos del matrimonio.....	12

CAPÍTULO II

2. El divorcio.....	15
2.1. Generalidades.....	15
2.2. Reseña histórica del divorcio.....	16
2.3. Evolución del divorcio.....	17
2.4. Concepto.....	20
2.5. Las causas de divorcio establecidas en la legislación guatemalteca.....	23
2.6. Características del divorcio.....	26
2.7. Diferencias entre divorcio y separación.....	27

CAPÍTULO III

3. Jerarquía de las normas jurídicas.....	27
3.1. Concepto.....	27
3.2. Antecedentes.....	30



Pág.

3.3. La pirámide de Kelsen.....	31
3.4. Normas constitucionales.....	36
3.5. Normas ordinarias.....	36
3.6. Normas reglamentarias.....	37
3.7. Normas individualizadas.....	38

CAPÍTULO IV

4. La jurisdicción voluntaria notarial.....	41
4.1. Generalidades.....	43
4.2. Jurisdicción.....	41
4.3. Evolución histórica de la jurisdicción voluntaria.....	46
4.4. La función jurisdiccional.....	51
4.5. Definición de notario.....	54
4.6. La función notarial.....	60
4.7. Teorías que regulan la función notarial.....	61
4.8. La fe pública.....	63
4.9. ¿Qué es la jurisdicción voluntaria?.....	65
4.10. ¿Qué es jurisdicción voluntaria notarial?.....	67
4.11. Decreto Ley 107.....	70
4.12. Decreto 54-77.....	71

CAPÍTULO V

5. Trámite del proceso de divorcio notarial.....	73
5.1. Generalidades.....	74
5.2. Proceso.....	76
5.3. Principios del proceso.....	80
5.4. Fines del proceso.....	83
5.5 Clasificación de los procesos.....	83



	Pág.
5.6. Procedencia.....	87
5.7. Requerimiento.....	88
5.8. Resoluciones.....	89
5.9. Notificaciones.....	90
5.10. Audiencias.....	91
5.11. Declaratoria notarial de divorcio.....	92
5.12. Efectos jurídicos.....	93
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

(i)

INTRODUCCIÓN



El sistema jurídico guatemalteco, actualmente contempla el divorcio como una ruptura del vínculo matrimonial, como una disolución de la vida en común con la consecuencia jurídica de finalizar la unión conyugal.

Tal deseo se materializa por medio de un proceso jurisdiccional, contemplado en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, allí se encuentran los denominados, por la ley, como procesos de jurisdicción voluntaria, llamados de esa forma ya carecen de **litis** o contraposición por parte de alguien, sobre un derecho que se tiene o se cree tener. Por tal razón se torna necesaria la intervención judicial, para robustecer a esa manifestación de voluntad o declaración de derechos de certeza jurídica. También en el cuerpo legal antes indicado, se contempla la figura del divorcio ordinario, la cual permite a los cónyuges divorciarse, media vez exista una causa determinada y que se ajuste a lo contemplado por el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

A pesar de ello en ambos casos, es necesaria la intervención judicial por lo que se recarga el trabajo de los órganos jurisdiccionales teniendo como resultado el no cumplimiento de los plazos estipulados en la ley para otros procesos por incapacidad material de los juzgados en virtud de la cantidad de juicios pendientes de solución.

A lo anteriormente expuesto se le suma la problemática de establecer la razón por la cual se debe de incorporar el divorcio voluntario como parte de la competencia notarial establecida en la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, dentro del ordenamiento jurídico vigente que hasta al momento de iniciar el presente trabajo no existe regulación alguna con respecto al extremo ya que la inexistencia del divorcio voluntario autorizado por notario, incide en la concentración procesal de los órganos jurisdiccionales. Partiendo de ésta idea, el presente trabajo de investigación tiene como objeto presentar como una alternativa a la problemática de la concentración jurisdiccional, el divorcio autorizado por notario demostrando que la incorporación del divorcio voluntario o de mutuo acuerdo a la legislación guatemalteca, específicamente al Decreto 54-77, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria es un mecanismo eficaz para la de desconcentración

(ii)



procesal de los órganos jurisdiccionales redundando en una mejor aplicación de la administración de justicia en Guatemala. En el presente trabajo se descompuso el todo en partes, tomando en cuenta que para establecer el estudio del tema, se determinó la doctrina con relación al divorcio y sus métodos para constituirlo; asimismo analizarla y estudiarla para establecer la utilidad del divorcio voluntario autorizado por notario. Esto se logró gracias a las fuentes bibliográficas consultadas. Dentro de los cinco capítulos que componen el presente trabajo, se abordan diferentes aristas, a efecto de crear para el lector una idea de los que es el divorcio, para poder llegar a esto, el primer capítulo está compuesto por lo que es el matrimonio, el matrimonio a través de la historia, la unión de hecho, cómo se puede constituir el matrimonio, quiénes pueden constituir el matrimonio y los regimenes económicos del matrimonio; en el segundo capítulo llamado el divorcio, está compuesto por las generalidades del divorcio, reseña histórica del divorcio, evolución del divorcio, concepto de divorcio, las causas de divorcio establecidas en la legislación guatemalteca, características del divorcio y las diferencias entre divorcio y separación; el tercer capítulo se llama jerarquía de las normas jurídicas y lo componen su concepto, antecedentes, la pirámide de Kelsen, normas constitucionales, normas reglamentarias y normas individualizadas; el cuarto capítulo titulado, la jurisdicción voluntaria notarial, está compuesto por generalidades, jurisdicción, evolución histórica de la jurisdicción voluntaria, la función jurisdiccional, definición de notario, la función notarial, teorías que regulan la función notarial, la fe pública, que es la jurisdicción voluntaria, que es jurisdicción voluntaria notarial, decreto ley 107 y decreto 54-77; finalmente el quinto capítulo, llamado trámite del proceso de divorcio notarial, está compuesto por: Generalidades, proceso, principios del proceso, fines del proceso, clasificación de los procesos, procedencia, requerimiento, resoluciones, notificaciones, audiencias, declaratoria notarial del divorcio y sus efectos jurídicos.

Utilizando para el desarrollo de los capítulos antes descritos, el método deductivo, el método inductivo y el método analítico, teniendo como técnica principal la de recopilación de datos de obras consultadas. De manera sencilla he desarrollado la presente tesis, y espero que llene las metas y objetivos trazados al inicio del mismo y se traduzca en un modesto aporte para estudiantes y profesionales.

CAPÍTULO I



1. El matrimonio

1.1 ¿Qué es el matrimonio?

Etimológicamente el matrimonio, se deriva de las voces “**matris-manium**, que para el derecho romano significa; el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos, que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad”.¹

Desde un punto de vista general, el matrimonio está integrado por la unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie humana; y dándole una idea legalista a dicha definición, claro en un sentido amplio, podemos afirmar que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer consagrada por la ley, a la que se considera como una institución social.

A pesar de robustecer el anterior concepto con una idea jurídica, la misma aún es escueta, ya que la legalidad es tan solo un carácter, pero no la esencia del mismo. Socialmente hablando podemos afirmar que, esa unión del hombre con la mujer tiene un carácter fundamental, que da un colorido específico a la unión: la permanencia.

No es pues una unión cualquiera, sino una unión duradera, permanente, estable, que no cambia con los caprichos ni se destruye por el desvío o el desamor, sino que vive y

¹ Puig Peña, Francisco. **Compendio de derecho civil español**, tomo V. Pág.31



pervive en comunidad continuada de vida. Este elemento proporciona a la idea antes enunciada una visión más fina y completa del matrimonio.

“Al establecerse como principio básico de la institución, la idea de la permanencia, lo que se quiere señalar es la inadmisibilidad de matrimonios que se contraigan por un plazo o término preestablecido, ya que hasta ahora se ha entendido que el matrimonio no es un simple contrato que afecta solo a las partes contratantes, sino que se trata de una institución que determina luego relaciones paternofiliales con repercusión en la subsistencia de una organización que, como es la familia, constituye el fundamento de un orden social determinado”.²

Estos conceptos han cambiado muy poco con el correr de los años, dejando hoy en día como resultado una idea más integral de lo que es matrimonio, tal mezcla de ideas y conceptos se plasman en el ordenamiento jurídico vigente guatemalteco, mismo que se encuentra definido, en el Artículo 78 del decreto ley 106, del Congreso de la República, Código Civil de Guatemala, como: “El matrimonio, es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse mutuamente”.

De la anterior definición se desprende la idea que el matrimonio es una institución social, al definirse de tal forma, claramente podemos comprender, que el primer objetivo del mismo es la permanencia, de un hombre y una mujer, llevados por el impulso

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 607



natural y social se estabilizarse y ser parte fundamental del desarrollo social al ser el pilar donde descansa la familia como eje central de la sociedad.

Con el paso de los años y la evolución natural de cualquier sociedad, se han agregado características al concepto de matrimonio, llegando al reconocimiento social, cultural y jurídico que regula la relación y convivencia de personas del mismo sexo, con iguales requisitos que los existentes para los matrimonios entre personas de distinto sexo,

1.2. El matrimonio a través de la historia

En tiempos históricos la promiscuidad era común y no solo se daba sólo en pequeños grupos. Se afirma que este era el tipo de relación existente entre todas las personas, a tal punto que entre los años de 1860 a 1890 era considerada por muchos escritores como una verdad demostrada.

Tales argumentaciones tenían como base narraciones de algunos viajeros modernos, y los que se basaban en algunas tribus primitivas, claro está que en ninguno de estos relatos se establece cuales eran dichas tribus.

A pesar de esto podemos decir que los argumentos positivos en favor de la teoría de la promiscuidad primitiva parecen insuficientes para darle cualquier tipo de probabilidad, como principio del matrimonio, pero si como antecedente histórico del mismo. Una de las primeras y más frecuentes costumbres acerca del matrimonio era la captura de una mujer por parte de su futuro marido, normalmente de otra tribu a la que él pertenecía,



en la mayoría de los pueblos primitivos dicho hecho parece haber sido considerado un medio para conseguir esposa, más que la formación propiamente de la unión matrimonial, luego de la captura, empezaba la convivencia, y la misma, estaba generalmente desprovista de cualquier tipo de formalidad.

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

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

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



bastante más común que la poliandria.

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

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

Hoy en día, dicha costumbre se sigue dando especialmente entre quienes están bajo la influencia del mahometismo, como por ejemplo, en Arabia, Turquía, y algunos en la India.

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

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



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

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

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

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

El matrimonio, dentro de la doctrina de la iglesia católica romana, es idealizado como un sacramento, que confiere gracia para santificar la legítima unión entre un varón y la



mujer y para engendrar prole y educarla santamente. “Según el código de derecho canónico, fue el mismo Jesucristo que elevó el matrimonio a un sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados y por lo tanto no cabe entre los mismos que exista válido contrato sin que al mismo tiempo sea un sacramento”.³

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

1.3. La unión de hecho.

Consideramos pertinente comentar brevemente, en este apartado, lo estipulado por el Código Civil de Guatemala, como unión de hecho; que no es más que la convivencia maridable de un hombre y una mujer, pero sin ser esta unión considerada como matrimonio o lo que otras legislaciones consideren como concubinato.

En dicha perspectiva, cuando la calificación de la unión viene acompañada por un concepto que alude a la familia, ya sea como familia **paramatrimonial** o familia de hecho, el término familia no sólo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores y emociones, sensaciones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de

³ Puig Peña, **Ob. Cit**; Pág. 47.



dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos. En cambio, se usa la expresión convivencia **more uxorio**, para hacer referencia a la ausencia de hijos aun cuando exista vida en común.

En una posición, si se quiere, más tirada a la libertad o facilidad de disolución, lo podemos redefinir como unión libre, apuntalando la presencia de espacios de autonomía privada más amplios a los que suele encontrarse en el matrimonio, siendo este término correcto, coloquialmente hablando.

Si, finalmente, como resultado de lo antes expuesto la actitud es la de connotar negativamente el fenómeno, se recurre a expresiones como concubinato, convivencia adulterina, convivencia extramatrimonial, convivencia fuera del matrimonio, matrimonio de hecho; precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial y que, por ende, se trata de un hecho que se encuentra fuera del orden social, fuera del derecho, al estrellarse con los valores por todos reconocidos: es lo ilícito, lo anormal, lo reprobable.

En pocas palabras una unión que socialmente es inaceptable por el mero hecho de ser ilegal, ya que idealmente hablando, el reconocimiento legal de la unión de hecho, no es más que dar reconocer, admitir y aceptar ante la sociedad las relaciones prematrimoniales y ante todo el concubinato, que como se sabe tiene carácter de prohibitivo en la mayoría de legislaciones. "Más recientemente, en España, y desde el año 1998, las legislaciones forales, siguiendo el ejemplo de Cataluña han optado por la expresión pareja estable. Si tuviéramos que especular sobre las razones por las cuales



se ha preferido tal etiqueta, muy probablemente encontraríamos dos motivos. Con el vocablo pareja entendemos que se alude a dos personas unidas, sin necesidad de la presencia de hijos, lo cual encuentra explicación desde el momento que las legislaciones autonómicas españolas admiten las uniones homosexuales y pareciera que la calificación de estable tiene como propósito atacar el mito de la precariedad con la que se acostumbre tildar a las convivencias no matrimoniales⁴.

En Bélgica, a raíz de la reforma de su Código Civil para dar espacio a las uniones de hecho, se habla de la cohabitación legal como una forma de legalizar la cohabitación no matrimonial, término que, por lo demás, es frecuentemente utilizado en los Estados Unidos de América.

El empleo del lenguaje para tildar dichas relaciones interpersonales no es casual, responde a la opción del jurista o del propio legislador en torno al fenómeno familiar, al modo cómo ha decidido enfrentar el análisis y la pretensión de sentirse autorizado para marcar las fronteras de las uniones de hecho que, de modo inevitable, se confrontan con el modelo familiar institucionalizado en el matrimonio.

Por ejemplo la legislación de Argentina no reconoce la unión de hecho como una alternativa al matrimonio, más bien se le conoce así a la unión de personas del mismo sexo, o transexuales, dejando al concubinato en una especie de costumbre social y legalmente admitida ya que al no reconocer jurídicamente el divorcio por mutuo acuerdo, deja en libertad y a la vez reconoce el hecho de que las personas legalmente

⁴ Chávez Asencio, Manuel. **La familia en el derecho**. Pág. 64



separadas, puedan hacer vida en común o cohabitar con otras personas. En tal separación se le conoce como separación de lecho, patrimonial y de techo.

Esta unión si está reconocida por el Código Civil de Guatemala, en su Artículo 173, establece la unión de hecho como: “La unión de hecho de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años, ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco”.

Aunque cabe recalcar que tal unión reconocida por la legislación guatemalteca, es sobre personas de distinto sexo, no como lo anteriormente expuesto por la ley argentina, en la que avala y reconoce la convivencia legal, de personas del mismo sexo.

1.4. ¿Cómo se puede constituir el matrimonio?

El matrimonio ha sufrido varios cambios a través de la historia, desde su concepto hasta la manera de formalizarse, para el derecho canónico, impera la publicidad del sacramento matrimonial y su constitución era a través de las amonestaciones.

Las amonestaciones no son más que la proclama o información que el párroco de la iglesia donde se realizaría la boda, manifestaba que a determinado día y hora se celebrará el matrimonio entre dos personas, esto se hacía con el objeto de que el



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

Notarialmente, el matrimonio se plasma a través de instrumentos públicos extra protocolares conocidos como actas notariales, llenando los requisitos establecidos en el Código Civil de Guatemala y cumpliendo los requisitos posteriores, señalados en el mismo cuerpo legal, como los avisos al Registro Civil, de la circunscripción municipal de donde pertenezca el lugar en el que se realizó el acto, envío de avisos al registro de cédulas de vecindad a efecto de que se anote las mismas, razonar las cédulas de vecindad de los contrayentes y entregarles una constancia de la realización del mismo.

1.5. ¿Quiénes pueden autorizar el matrimonio?

Existen varios funcionarios que pueden autorizarlo, dada la naturaleza jurídica del



mismo y la concepción de que el matrimonio es un acto que se constituye a través de una manifestación de voluntad de dos personas, llenando las formalidades del caso, partiendo de esto, los funcionarios que pueden autorizar el matrimonio, según como se establece el Artículo 92 del Código Civil de Guatemala: “El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde”.

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

Es necesario establecer en este apartado, que a pesar de lo expuesto con relación a la naturaleza jurídica tanto de la unión de hecho como el matrimonio, en nuestro ámbito legal, comparten ciertos rasgos, como lo es el de las personas que pueden autorizarlo.

Para este caso las personas legitimadas para autorizar la unión de hecho, son el notario y el alcalde o concejal que haga sus veces.

1.6. Regímenes económicos del matrimonio

En un sentido amplio se pueden definir como: la organización patrimonial que rige el



matrimonio dentro de los sistemas legales adoptados por cada país. Es la directriz con la que personas unidas por un vínculo matrimonial, se organizan a efecto de ejecutar un sistema estructurado de administración económica dentro del matrimonio.

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

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

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

“Es justo mencionar que existen excepciones a la regla anterior, como es el caso de los bienes que se adquieren por venta de otros con anterioridad al matrimonio y los



adquiridos a título gratuito, estos lineamientos cobran fuerza jurídica, mediante las capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones matrimoniales son aquéllas que, en escritura pública, hacen los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil, y en las que se plasma los determinados bienes que cada uno aporta para la vida conyugal”.⁵

Los testimonios de las escritura públicas que contienen las capitulaciones matrimoniales, deben ser enviadas al registro de la propiedad, con el objeto que se anoten los bienes afectos.

⁵ Ossorio, **Ob. Cit**, pág. 157.

CAPÍTULO II



2. El divorcio

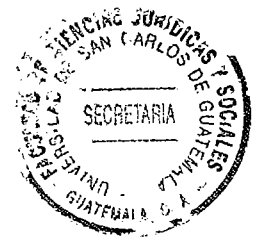
2.1. Generalidades

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres, aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el adjetivo antes mencionado.

Generalmente, el motivo más común de divorcio era el adulterio, aunque en muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte. Durante muchos años, el divorcio ha tenido distintas aristas y opiniones al punto en que las mismas se trasladan hacia sus respectivos sistemas jurídicos.

Como consecuencia de esto hasta el día de hoy en muchas legislaciones, como la chilena no esta contemplada la figura del divorcio, caso contrario la francesa que ya para el año de 1740 tenía como manera de disolver la unión conyugal al divorcio.

Estos partían de una antigua máxima; el matrimonio reviste de características contractuales y como tal, podía deshacerse a voluntad de las partes, cuando no se cumplía su fin, voluntariamente decidían ponerle fin al mismo o por causas específicas.



2.2. Reseña histórica del divorcio

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

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

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

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

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

Lo admitían las **Leyes de las Doce Tablas** y en los últimos tiempos de la república fue tan frecuente que las matronas romanas contaban a los maridos por consulados. Juvenal satirizó a dichas esposas romanas que variaban de marido más o menos cada



cinco años, y Séneca, con cierta ironía, hablaba de las damas famosas que ~~contaban~~ sus años por los maridos conseguidos.

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

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

2.3. Evolución del divorcio

El divorcio es una causa de disolución del matrimonio. En la mayoría de los países, el matrimonio es una unión entre dos personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico, que tiene por fin proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia.

En ocasiones los cónyuges o uno de ellos pueden desear deshacer el vínculo matrimonial, lo cual se lleva a cabo, si en la legislación está permitido, a través de la figura del divorcio, en algunos ordenamientos jurídicos el divorcio no está permitido, entendiendo que el matrimonio no puede disolverse por la mera voluntad de las partes, sino atendiendo a causas específicas, e individualizadas por la ley civil de cada país.



Como se indicó en el apartado anterior, el motivo más común de divorcio era el adulterio, aunque en muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Los celtas practicaban la endogamia matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca, excepto los nobles que solían tener más de una esposa, era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En América, los aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener.

Los hombres hebreos, en cambio, podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación. En Roma no se tenía el divorcio sino hasta el siglo II antes de Cristo y tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su



padre y descontentas con sus esposos, solían abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo, la iglesia lo fue prohibiendo.

A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quiénes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana, a partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos. Sin embargo, la reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves.

Dicha reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la iglesia de Roma no se lo permitía.

En España el Fuero Juzgo lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de ésta, posteriormente las Siete Partidas lo prohibieron. Italia en 1970 y España en 1980 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente. En 1976, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes. Hoy en día se puede tramitar en España el divorcio a través de internet, son múltiples los sitios de Internet que ofrecen dicho servicio.



2.4. Concepto

“También conocido como la conquista de la civilización; Etimológicamente, la palabra divorcio proviene del latín **divortium**, que significa separarse, irse cada uno por su lado”⁶.

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

Existe la idea en la mayoría de legislaciones que conciben al divorcio como la ruptura del vínculo, pues estiman inútil y hasta perjudicial mantener la ficción de que existe unión cuando realmente no hay tal, e incluso la situación de los hijos es peor por tener que ser involuntarios testigos de las desinteligencias, serias en general, de sus padres.

Sin contar con que al prohibir a los divorciados el contraer nuevas nupcias los suele llevar a mantener relaciones sexuales extramaritales, lo que facilita el concubinato, creador de graves problemas para los amantes, sus descendientes y también respecto a terceros.

El divorcio que responde a lo inestable muchas veces de las pasiones humanas, es un remedio cuando la unión entre esposos de hecho se ha roto y la ley no hace más que

⁶ **Ibid.** Pág. 356.



reconocer las situaciones efectivas que se producen. Aunque esté reconocido por muchas legislaciones, existe una contraposición a la idea de la disolución del vínculo matrimonial, liderada por la iglesia católica, al considerar que el divorcio vincular no existe y aunque contempla dos excepciones para poder otorgar el divorcio vincular, es por regla general que el mismo no es reconocido.

La Iglesia Católica Romana, expresada a través del derecho canónico, señala que el matrimonio es un sacramento el cual al estar bendecido por el supremo creador no puede deshacerse por las leyes de los hombres, y máxime si la misma obedece a un capricho o una simple incompatibilidad de caracteres.

Antiguamente se planteaba la nulidad del matrimonio como una especie de divorcio, en la que la unión quedaba sin efecto a raíz de que la misma estaba revestida de ilegalidades, cabe mencionar que dicha idea fue siendo descartada poco a poco ya que aunque su efecto material es similar al del divorcio, su naturaleza jurídica no, puesto que la nulidad plantea el hecho de que el matrimonio no es legal o no debió de haberse realizado por que alguno o ambos contrayentes no tenían los requisitos **sine qua non** para poder constituir el acto.

Es importante mencionar que a pesar de que el divorcio como lo conocemos hoy en día tuvo su antecedente histórico más cercano en el año de 1740, en el derecho romano ya existía como el ya mencionado **divortium** utilizado tanto por romanos como por griegos, este desapareció cuando el cristianismo cobro fuerza a través del mundo y no fue hasta la revolución francesa cuando el mismo cobró vigencia nuevamente.



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

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

El concepto de la separación tiene muchas vertientes, en las que consideramos que las más importantes son las de: "Separación de cuerpos y de bienes, que es la interrupción de hecho o de derecho de la cohabitación de los cónyuges entendida como acceso carnal y como unidad de domicilio."⁷ La separación de lecho y de techo, en la que los cónyuges interrumpen su cohabitación pero sin dividir los bienes, que forman parte del patrimonio conyugal; la separación personal, mantiene el vínculo matrimonial, pero deja en libertad a ambos cónyuges para que puedan fijar libremente su residencia.

Por último la separación de hecho, es la más practicada en la sociedad, y es "aquella situación en la que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna la imponga, y sea por voluntad de uno o ambos esposos"⁸.

⁷ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, tomo I. Pág. 731.

⁸ Quiñónez, Escamez, A. **Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones**, tomo I: África Del Norte y América Latina. Pág. 321.



2.5. Las causas de divorcio establecidas en la legislación guatemalteca

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

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

- “La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas.
- Las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.
- La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio. Así como la incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.



- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado.
- La disipación de la hacienda doméstica.
- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión.
- La enfermedad, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.
- La impotencia absoluta o relativa para la procreación siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.
- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción.
- Asimismo es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme”.

2.6. Características del divorcio

El divorcio puede ser bilateral, cuando los cónyuges, a través de un proceso ante un órgano jurisdiccional del ramo familia, ventilado en un juicio voluntario, de mutuo acuerdo y llenando el requisito indispensable de haber convivido por más de un año, a



partir del momento en que se constituyó el mismo, pueden conseguir una resolución favorable a efecto de dar por concluido el vínculo matrimonial, dándole a su vez la característica de consensual, ya que como se expuso, los cónyuges están de acuerdo en la disolución del vínculo.

Puede ser unilateral cuando uno de los cónyuges interpone una demanda sin que los mismos estén necesariamente de acuerdo en finalizar la unión, o que no estén del todo de acuerdo con las bases del divorcio.

En este caso la demanda interpuesta, se tramitará de manera ordinaria ante un juzgado de primera instancia de familia; en esencia el escrito de demanda deberá de contener una de las causas contenidas en el Artículo 155, del Congreso de la República, Código Civil de Guatemala.

Caso contrario al del divorcio por mutuo acuerdo, para dicho caso no es necesario que la convivencia sobrepase un año contado desde que se constituyó el matrimonio, si no que la causa que da origen a la demanda sea comprobable y que la persona que interponga la demanda no haya causado la misma.

2.7. Diferencias entre divorcio y separación

Universalmente se entiende que el divorcio tiene como fin, disolver el matrimonio. El problema es definir la separación ya que como se ha mencionado con anterioridad en varias legislaciones esta es la única figura legal que se acepta para poder modificar el



matrimonio, tal es el caso de la separación y sus varias denominaciones a través de las leyes del orbe, en la que en muchos casos, permiten que subsista el vínculo matrimonial. Podemos afirmar entonces que la diferencia esencial entre el divorcio y la separación es que, el divorcio es el mecanismo legal para concluir el vínculo matrimonial y la separación es una modificación que permite a los todavía cónyuges a ya no compartir un lecho o cohabitar bajo el mismo techo.

El Código Civil de Guatemala, establece que el matrimonio se concluye con el divorcio, mientras que la separación modifica dicho estado.



CAPÍTULO III

3. Jerarquía de las normas jurídicas

3.1. Concepto

Norma, es sinónimo de mandato, de regla, de actuación y la norma jurídica puede ser definida como precepto general cuyo fin es ordenar la convivencia social, y cuya realización puede ser impuesta coactivamente por el poder correspondiente, las normas jurídicas son los medios o instrumentos mediante los cuales se manifiesta el derecho objetivo.

En tal sentido, señalaremos que se entenderá por norma jurídica aquella prescripción de conducta en virtud de la cual se ordena a un sujeto la realización o abstención de un acto, denominado como sujeto pasivo, atribuyendo al mismo tiempo, a otro sujeto, denominado sujeto activo la facultad de exigir el cumplimiento de semejante obligación.

Ahora bien, las principales características de las normas jurídicas son:

- **Heterónomas**

Esto supone, en primer término, que la norma jurídica no ha sido dictada por el mismo sujeto obligado, sino por otros sujetos encargados de emitir la orden, en otras palabras, la norma jurídica impone una obligación que no fue creada por el sujeto obligado, sino que impuesta, independientemente de su voluntad. Sin embargo, tal característica debe ser relativizada al considerar la lógica del sistema político democrático que indica que,



quiénes legislan, son representantes del pueblo, de modo que, de manera indirecta al menos, el sujeto obligado ha creado la norma en la medida que ha elegido a quiénes la crean o sea, diputados y senadores.

- **Abstractas**

Salvo excepciones, las normas jurídicas regulan situaciones tipo, que pueden ser aplicadas al común de los casos. Las normas jurídicas no se refieren a casos particulares sino a una generalidad de situaciones posibles. Así, por ejemplo, no existe la ley que diga que si Pedro no paga su deuda a Juan, deberá indemnizarlo; sino que prescribe que si el deudor de una obligación no paga será obligado a indemnizar los perjuicios que ello ha ocasionado a su respectivo acreedor.

- **Coercibles**

Esto quiere decir que su cumplimiento no es voluntario, sino que, el ordenamiento jurídico ha previsto que, en caso de incumplimiento se aplicará sanción incluso por medio de la fuerza pública. La coerción es, consecuentemente, la facultad de emplear la fuerza en caso que la norma se incumpla.

- **Bilaterales**

La norma jurídica establece, como contenido de la misma, derechos y deberes correlativos, es decir, toda vez que la norma supone una relación entre sujeto activo y pasivo, en la medida que le impone una obligación a uno le está reconociendo, implícitamente, un derecho a otro: el derecho del otro consistirá, precisamente, en exigir que el sujeto pasivo cumpla la obligación que le ha sido impuesta. De la misma manera,



cuando la norma jurídica establezca un derecho, inmediatamente y aún en forma implícita, estará estableciendo una obligación para otro sujeto de derecho, la obligación será aquí respetar el contenido del derecho que le ha sido atribuido a otro sujeto de derecho. La facultad del sujeto activo para exigir el cumplimiento de la correlativa obligación impuesta al sujeto pasivo es lo que, en derecho, se denomina derecho subjetivo.

El derecho objetivo, es un conjunto de normas jurídicas mientras que el derecho subjetivo es la facultad de hacer o no hacer una cosa determinada por las normas objetivas, las normas jurídicas tienen la característica de la imperatividad, coercividad y obligatoriedad y van dirigidos a una pluralidad de personas o supuestos indefinidos.

En ese orden de ideas, es absolutamente necesario comprender que las normas jurídicas están jerarquizadas, esto quiere decir no tienen todas el mismo nivel, ni la misma categoría, ni la misma importancia.

Así pues podemos afirmar que existe un orden jurídico, un conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas, que rigen en cada momento de la vida y las instituciones de todas clases dentro de una nación determinada. Esas normas en opinión de muchos juristas, han de tomarse en un sentido amplio, que están formadas no solo por la constitución y por las leyes, sino por los reglamentos, por las disposiciones administrativas por las sentencias judiciales por las costumbres y hasta por los contratos en cuanto regulan las relaciones de las partes contratantes.



Se encuentran jerarquizadas, según su mayor o menor grado de generalidad, en consecuencia las normas superiores pueden modificar o derogar válidamente las normas inferiores y estas, a su vez deben respetar el contenido de las normas superiores.

3.2. Antecedentes

La ciencia jurídica consagrada a las fuentes del derecho pasa por tres fases realmente características: la primera transcurre en los siglos XVII y XVIII, y se encarna en la Escuela Jusnaturalista-racionalista. Dicha corriente cree en la existencia de un ordenamiento normativo eterno y universal suficiente para resolver cualquier controversia.

La segunda comprende la escuela histórica, iniciada por Grocio y perfeccionada por Savigny en el siglo XIX, ella, juntamente con el movimiento romántico al cual pertenece, constituye una reacción al racionalismo anterior.

La escuela histórica se dirige al orden real de repartos como auténtica encarnación del espíritu del pueblo, es un hecho indudable que en todas partes donde aparezca en la conciencia una relación jurídica, desde hace largo tiempo existiría para ella una regla, que, por ende, no ha de ser ni siquiera podría ser inventada, en atención a esta cualidad general del derecho, en virtud de la cual siempre ya tiene existencia real y dada, en cualquier estado en que puede ser buscado, conocido esto como derecho positivo. La tercera etapa se caracteriza por la aparición del positivismo jurídico, que



tiene en común con el **jusnaturalismo** racionalista, el desprecio del orden de repartos, y con la escuela histórica, el desconocimiento del derecho natural. Dicha etapa contradice a ambos movimientos cuando proclama la identificación sustancial de derecho y legislación. El positivismo jurídico reinó al fin del siglo pasado y en la primera mitad del actual.

3.3. La pirámide de Kelsen

Creemos que es conveniente hacer un paréntesis para, hacer una pequeña reseña histórica sobre Hans Kelsen. Fue un reconocido jurista, filósofo del derecho, experto en derecho constitucional comparado y derecho internacional público y profesor de derecho en diferentes universidades a lo largo de su vida.

Redactó la Constitución de Austria de 1920, tras el desmoronamiento del imperio austro-húngaro y fue, durante algunos años de entreguerras, magistrado de la corte suprema austriaca.

Perteneció a aquella sublime generación de austriacos nacidos a finales de siglo XIX que sobresalieron en prácticamente todas las ramas del saber humano.

En 1934 Kelsen publicó su contribución más granada y libro fundamental para la filosofía del derecho: **teoría pura del derecho**. Dicha obra se reelaboraría en los Estados Unidos con algunos cambios en 1970 Kelsen se propuso con ello la elaboración de una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento moral



para evitar ser una teoría contaminada. Aspiraba a una verdadera teoría pura. “vuelve aquí a situar la existencia de la norma en su validez formal, es decir, en su conformidad con una norma superior”⁹.

Según su referida teoría de la jerarquía de las normas a peldaños, la validez de cada norma vendría sustentada por la existencia de otra norma de rango superior y, así, sucesivamente. Este proceso no puede ser infinito y, para ello, debe existir una norma hipotética fundamental.

Cualquier norma jurídica no podría considerarse aisladamente sino como parte integrante de un marco normativo complejo y unitario con sus propias reglas de autoproducción, vigencia y derogación.

Respetando el orden jerárquico de las normas se formaría, así, un ordenamiento jurídico coherente.

La validez de las normas, por tanto, vendría dada por el modo de producción de las mismas y no por su contenido.

Dicho modelo dogmático de derecho, su juridicismo, significaba que el derecho se intentaba comprender y justificar sólo desde el propio derecho; sería una especie de “autismo jurídico donde se evitarían las impurezas que proviniesen del mundo

⁹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 35.



económico, moral, cultural o político”.¹⁰ El problema, llevado a sus últimas consecuencias, es que la referida jerarquización concebida por el autor antes mencionado, en la que descansa todo su ordenamiento positivo, está presupuesta en el pensamiento y éste no pudo nunca definir dicha norma fundamental. Podría aproximarse a la constitución o a la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, pero al no poder encontrarle, a su vez, un fundamento último meramente formal de su validez aparece como una importante carencia en el intento de Kelsen de crear una teoría del derecho completamente formal y pura, también la distinción categórica entre el derecho privado y el derecho público, y la califica de distinción ideológica al no querer ver la implicación del Estado en ambas esferas, en cualquier caso, el derecho privado sería una recreación del derecho pasado que sería gradualmente sustituido por el superior derecho público, no es una casualidad que la mayoría de los positivistas vengan del campo del derecho constitucional y administrativo.

En su teoría pura del derecho, Kelsen se opuso, una vez más, al dualismo de derecho y el Estado y defendió su intrínseca unidad anteriormente enunciada en sus anteriores obras. Kelsen no concebía más derecho que el emanado del Estado.

El derecho anterior al Estado era concebido por el jurista austriaco como derecho primitivo pre-estatal.

El emanado del Estado era un orden normativo centralizado con validez espacial delimitada por el territorio nacional y validez temporal por el tiempo de su vigencia, al

¹⁰ *Ibid.* Pág. 36.



final el único derecho a tener en cuenta para todo el que pretendiera ser un verdadero científico positivista del derecho. Hans Kelsen criticaba a los juristas que anteponían la idea de justicia como conformadora del derecho, pues esta no era más que la imposición de un interés sobre otro o, a lo sumo, un consenso entre intereses individuales y que, a la postre, la justicia no era más que una ilusión. No admitía siquiera la comprobación negativa de la justicia, o la no injusticia de las normas. Para él no es posible saber lo que es la justicia; en todo caso, el criterio medianamente válido de lo justo se acercaría a lo válido jurídicamente.

En su teoría pura del derecho se afirma que justo es sólo otro nombre para designar lo legal o lo legítimo. “Entonces tenemos que el Sistema Jurídico está constituido por normas jerárquicas y superpuestas”¹¹. El establecimiento de la Pirámide Jurídica Nacional se basa en dos criterios: las categorías y los grados.

- Las categorías

Son la expresión de un gobierno normativo que ostenta una calificación de su contenido y una condición relativa determinada por la constitución o por ser normas reglamentarias.

- Los grados

Son los que exponen una gradación existente entre las normas adscritas a una misma categoría. Esta prelación interna se establece por la utilización de sus principios de

¹¹ Ibid.



competencia funcional y territorial, formalidad extraordinaria y jerarquía del **órgano** legislativo.

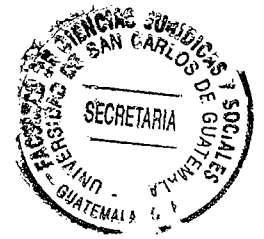
En el ámbito nacional, la validez de todo el sistema jurídico guatemalteco depende de su conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, considerada como la ley suprema.

Sin embargo, en el Artículo 46 de la misma se establece que “En materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

En esta materia Guatemala ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En segundo lugar, se encuentran las leyes emitidas por el Congreso de la República que pueden ser de dos tipos, leyes constitucionales y leyes ordinarias. Las leyes constitucionales, se erigen sobre las leyes ordinarias y requieren para su reforma el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso.

En tercer lugar se encuentran las disposiciones emitidas por el organismo ejecutivo o disposiciones reglamentarias, que no pueden contrariar los peldaños anteriores. Ocupan el último escalón las normas individualizadas que comprenden las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas.



3.4. Normas constitucionales

La idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden. Como quiera que se defina, la constitución es siempre el fundamento del estado, la base del orden jurídico que se pretenda conocer.

Lo que se entiende siempre y ante todo por constitución, es que en ella se constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado. En otras palabras, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales tribunales y autoridades administrativas.

La constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta reciproca de los miembros del estado, así como de aquéllas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma como estos órganos tendrían que proceder; es decir, es el asiento fundamental del orden estatal y fuente e inspiración del resto de leyes, que a la larga forman parte de lo denominado como derecho interno.

3.5. Normas ordinarias

En el segundo peldaño de la teoría pura del derecho y la jerarquización de leyes propuesta por Kelsen, se encuentran las normas de carácter ordinarias, y son las



creadas por el organismo legislativo, teniendo como base la constitución y normas constitucionales.

Las normas jurídicas ordinarias son las que su creación principal está encomendada al órgano permanente u ordinario de la legislación, que pide ser unicameral o bicameral, para nuestro caso está encomendada al Congreso de la República.

Podemos definir a las normas ordinarias como: el conjunto de normas jurídicas que regulan, estructuran y desarrollan las normas y principios constitucionales. Su función principal es desarrollar las normas constitucionales, teniendo como base el respeto a los principios allí consagrados, de modo que ninguna ley de carácter ordinario puede ser superior o contradecir o contraponerse a una ley, principio o norma contemplada en la constitución.

“La gran mayoría de leyes ordinarias se aprueban con el voto de la mayoría absoluta, mitad más uno de los integrantes del órgano legislativo, salvo algunos casos, que por disposición de la misma constitución deben aprobarse con el voto de las dos terceras partes”.¹²

3.6. Normas reglamentarias

En el tercer peldaño de la pirámide kelseniana, con respecto a la jerarquía de las normas jurídicas, se encuentran las normas reglamentarias, en un sentido amplio

¹² López, Aguilar, Santiago, **introducción al estudio del derecho**, tomo I. Pág. 115.



podemos definir que es una instrucción escrita para el régimen y gobierno de una institución o empresa, disposición complementaria o supletoria de una ley, dictada por el poder ejecutivo, sin intervención de el poder legislativo, y con ordenamiento por lo general de detalle, más expuesto a variaciones con el transcurso del tiempo, así como las normas o leyes ordinarias desarrollan los principios constitucionales, las normas o leyes reglamentarias, desarrollan las leyes o normas ordinarias.

Podemos afirmar entonces que las normas jurídicas reglamentarias, tienen como objeto fundamental fijar los mecanismos más adecuados para la aplicación de las leyes ordinarias, siendo atribución de los tres organismos del estado, en donde estos funcionan.

Para Guatemala, los reglamentos a diferencia de las leyes ordinarias, son creados por los diferentes organismos que existen en la administración pública, generalmente destinadas a mejorar la actividad material de los diferentes ministerios que dentro de la administración pública conforman el organismo ejecutivo.

3.7. Normas individualizadas

Dentro de la ya mencionada teoría pura del derecho, se encuentran las normas individualizadas, dichas normas ocupan en la jerarquía normativa el último lugar, ya que las mismas son producto de la aplicación de las que le anteceden en esa jerarquía, pueden ser definidas como: las disposiciones que regulan las situaciones entre particulares y cuyo objeto es la aplicación de las normas generales a casos concretos.



Se les atribuye el carácter de individualizadas, toda vez que constituyen un acto de creación y aplicación del derecho, que obliga exclusivamente a las partes contratantes, como ejemplos tenemos: los contratos, las sentencias y las resoluciones administrativas, en muchos casos tales normas, se caracterizan por la idea de reducir sus efectos al caso concreto o al conflicto peculiar que se somete a la jurisdicción de un juez, es decir la transformación de un derecho subjetivo en objetivo.

Actualmente en Guatemala, las normas constitucionales ocupan el primer lugar del escalafón jerárquico legal, pero justo a la par del mismo, se encuentran los tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados por nuestro país.

Anteriormente se creía que estos tratados estaban por encima de la constitución política de la república, pero al hacer un análisis del mismo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, emitió un fallo, a través del cual se especifica que los convenios y tratados sobre derechos humanos ratificados por Guatemala, se encuentran en una relación de coordinación con la Constitución Política de la República de Guatemala, pero si se encuentra en una relación de superioridad sobre el derecho interno, compuesto por las demás leyes y reglamentos.



CAPÍTULO IV



4. La jurisdicción voluntaria notarial

4.1. Generalidades

En el presente capítulo, se pretende explicar brevemente lo que es la jurisdicción así como la jurisdicción voluntaria, tanto la notarial como la judicial, se trata de hacer un breve repaso por la historia del derecho específicamente del notarial, con fin de determinar en donde existe el primer llamado o primer antecedente de lo que es jurisdicción voluntaria y lo que es notario.

Trataremos de exponer un concepto de función jurisdiccional y de función notarial, también de las distintas teorías que preparan todo el andamiaje que le permita participar dentro del sistema de justicia actual así como el bagaje de atribuciones y cualidades que la ley le otorga al notario gracias a la fe pública que en él recae y los requisitos necesarios para que una persona pueda ejercer el notariado en nuestro país.

4.2. Jurisdicción

Proviene del latín **jurisdictio** que quiere decir acción de decir el derecho. Al Estado le corresponde la función de administrar justicia, producto de la prohibición de que el individuo haga justicia por su propia mano, dicha potestad del Estado es lo que conocemos como jurisdicción, y aunque en el lenguaje jurídico aparece con distintos significados, el principal y el que nos interesa, es éste.



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

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

División: debe aclararse que aunque se expongan diferentes clases de jurisdicción, esta en realidad es una, como una es la función jurisdiccional del Estado.

- **Por su origen**

Eclesiástica aplicable únicamente a cuestiones relacionadas con el culto o ministros de la iglesia, ha desaparecido en la generalidad de los países; y temporal llamada también secular, que propiamente se refiere a la desempeñada por los órganos estatales, instituidos precisamente para ese fin. La jurisdicción temporal a su vez admite una triple división: judicial, administrativa y militar.

- **Común y especial o privilegiada**

Corresponde a la jurisdicción secular, es cuando la jurisdicción es ejercida en virtud de motivos de interés general, arrancando su existencia de los principios fundamentales en que descansa la administración de justicia y teniendo lugar su ejercicio independientemente de toda consideración o razón especial o de privilegios, la jurisdicción así ejercida reviste el carácter de común, puesto que se contrae a todos los asuntos justiciables comunes y se extiende a todos los ciudadanos sin excepción



alguna, viniendo a ser la que con toda amplitud corresponde de derecho a los jueces de los tribunales establecidos para la administración de justicia en la generalidad de los asuntos judiciales, y, por el contrario, la privilegiada es la limitada a ciertas causas y personas, por razón especial o de privilegio.

- Ordinaria y extraordinaria

No debe confundirse con la anterior, pues en esta no se atiende a la consideración ya hecha, sino a la mayor o menor extensión dada a la jurisdicción en relación con el carácter especial de las circunstancias concurrentes en cada caso, o que determinan el carácter propio de los asuntos judiciales, siendo, en tal concepto la jurisdicción ordinaria la que se da para todos los casos generales y la extraordinaria aquella en que es atribuida la potestad de administrar justicia a autoridades judiciales distintas de las ordinarias.

- Acumulativa o preventiva y privativa

La acumulativa es la que se otorga a un juez para que a prevención con el que fuere competente, pueda conocer de los asuntos de la competencia de éste. La privativa es atribuida por la ley a un juez o tribunal para los conocimientos de determinado asunto o de un género específico de ellos, con prohibición o exclusión de todos los demás.

- Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

A la jurisdicción contenciosa se la caracteriza primordialmente por la existencia del contradictorio, o sea, la disputa de partes sobre determinado asunto, cuya resolución se persigue, mediante la actividad de los órganos estatales, debe advertirse que aún en la



jurisdicción contenciosa no existe siempre contradictorio, como sucede en los casos de sumisión del demandado o de los juicios seguidos en rebeldía. Por el contrario, lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función que certifique la autenticidad del acto, o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley, en la jurisdicción contenciosa, se persigue, principalmente, la cosa juzgada; en cambio en la voluntaria, sus procedimientos son esencialmente revocables y modificables por el juzgador.

Asimismo, en la jurisdicción voluntaria, por lo general hay conformidad de las personas que intervienen en las diligencias y en caso de haber oposición o controversia se acude a la jurisdicción contenciosa. La contenciosa termina con un fallo pronunciado sobre el litigio.

La voluntaria concluye con un pronunciamiento que sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma. También se dice que en la jurisdicción contenciosa el juez procede con conocimiento legítimo, mientras que en la voluntaria, con conocimiento meramente informativo.

La división de la jurisdicción ordinaria civil en contenciosa y voluntaria no contiene, por el contrario, dos términos de clasificación verdaderamente congruentes, puesto que no se considera a la llamada jurisdicción voluntaria como una verdadera actividad jurisdiccional, sino como una actividad administrativa que, por distintas razones, se confía a órganos judiciales.



- **Jurisdicción propia**

El juez que en virtud de las disposiciones legales conoce de determinado asunto, se dice que tiene jurisdicción propia, originaria o retenida.

- **Jurisdicción delegada**

Es aquella en la que el juez que conoce en un asunto, por encargo de otro, por tal motivo se dice que la tiene delegada.

Poderes de la jurisdicción

La jurisdicción otorga a quien la ejerce los siguientes poderes:

- **De conocimiento**

Por este poder, el órgano de la jurisdicción está facultado para conocer atendiendo reglas de competencia de los conflictos sometidos a él. El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, establece que la jurisdicción civil y mercantil, salvo disposiciones especiales de la ley será ejercida por los jueces ordinarios de conformidad con las normas de este código.

- **De convocatoria**

Por el cual el órgano de la jurisdicción cita a las partes a juicio. El Artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, establece que presentada la demanda en la forma debida, el juez emplazará a los demandados y uno de los efectos del emplazamiento al tenor del Artículo 112 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, es obligar a las partes a constituirse en el lugar del proceso a efecto de



garantizar el debido proceso y el derecho de defensa. Consagrada tanto en el cuerpo legal antes mencionado, como en La Constitución Política de la República de Guatemala.

- De coerción

Para decretar medidas coercitivas cuya finalidad es remover aquéllos obstáculos que se oponen al cumplimiento de la jurisdicción. Es una facultad del juez compeler y apremiar por los medios legales a cualquier persona para que para que esté a derecho.

- De decisión

El órgano de la jurisdicción tiene la facultad de decidir con fuerza de cosa juzgada. A los tribunales le corresponde la potestad de juzgar.

- De ejecución

Tiene como objeto, imponer el cumplimiento de un mandato que se derive de la sentencia o de título suscrito por el deudor y que la ley le da ese mérito. A los tribunales corresponde también promover la ejecución de lo juzgado.

4.3. Evolución histórica de la jurisdicción voluntaria

El derecho romano es la principal fuente del derecho moderno, es por ello que para indagar acerca del real contenido y naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria debemos hacer primeramente algo de historia. La jurisdicción voluntaria deriva del Digesto específicamente del texto de Marciano quien al parecer, con una finalidad



didáctica, utiliza por primera vez la contraposición entre jurisdicción contenciosa 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, en pocas palabras, esto es, la facultad de decidir a quien le correspondía 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, policía, justicia, y ciertas atribuciones especiales emanadas de una ley.

Para ellos la jurisdicción implicaba la integración de tres elementos que podían o no darse a un mismo tiempo, la admisión de la demanda de acuerdo a lo pedido por el actor, la exposición del derecho aplicable al caso controvertido y la aprobación del contrato arbitral por el que las partes se comprometen a acatar la decisión del juez privado. Este último elemento es el nexo con la jurisdicción voluntaria desde que originariamente tuvo el simple significado de aprobar, prestar conformidad, mostrarse



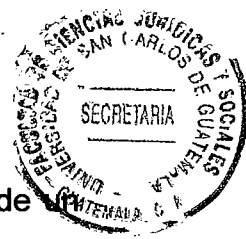
propicio a la pretensión de una persona, utilizándose normalmente con referencia a aquéllos casos en que el procedimiento en curso sólo podía lograr un determinado y definitivo efecto mediante la aprobación expresa del magistrado.

Así sucede con la aprobación que el magistrado presta al contrato arbitral que constituye la litis, y sin cuya aprobación, conjugada con el mandato de juzgar, no se formaliza definitivamente la controversia, ocurriendo lo mismo en los actos, llamados tardíamente de jurisdicción voluntaria, como las adopciones, en las cuales el magistrado prestaba su conformidad a un acuerdo previo de las partes.

El conjunto de estos asuntos revelan la ausencia de contencioso 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 tal 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.

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 desarrolla la actividad de los tabeliones antecedente de los actuales notarios, profesionales libres que no son simples redactores de documentos sino conformadores de la voluntad negociadora de las partes, en documentos de eficacia superior a los privados, aunque todavía en esa época sin la impronta de la fe pública.



Estos a fines de la época clásica acrecentaron su importancia, ya que a través de 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 testamento, la protocolización del mismo y la colaboración con el tutor en determinados actos jurídicos.

En la época postclásica se ensancha el concepto de jurisdicción a los actos llamados no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, la misma se refiere, en este período, a la actividad del magistrado en aquéllos casos en que no existía propiamente litigio, sino una simple colaboración de aquél en determinados actos tendientes a constituir ciertas relaciones jurídicas.

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



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

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, 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 éstas y la van ordenando, ya que la misma en un principio no formaba parte de la jurisdicción, pero al recaer en los magistrados romanos que ejercían dicha función y otras que correspondían a materias no estrictamente contenciosas, las que 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 más bien a la función de administración que a la de jurisdicción.

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma post clásica, 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 tales cuestiones en sede jurisdiccional, sobretudo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados.

La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo solo a ésta última como verdadera jurisdicción.

4.4. La función jurisdiccional

Tres son las funciones fundamentales del Estado: la ejecutiva, llamada también administrativa, la legislativa y la jurisdiccional, llamada también judicial. Puede ser conceptuada desde dos puntos de vista: desde un punto de vista puramente formal y desde un punto de vista material. Formalmente hablando, función jurisdiccional es la actividad desarrollada por el órgano judicial, así como, desde este mismo punto de vista, función ejecutiva es la desarrollada por el órgano ejecutivo y la función legislativa es la que desarrolla el órgano legislativo. "Couture para llegar al concepto de función jurisdiccional, comienza por analizar el vocablo jurisdicción, expresando que la palabra tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o de autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia".¹³ Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia; así, por ejemplo, todos los

¹³ Gordillo, Galindo, Mario Estuardo, **Derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 28.



jueces de lo civil gozan de jurisdicción para conocer de asuntos civiles, pero no todos tienen competencia para ese conocimiento; el término jurisdicción es amplio; el de competencia es restringido. También se emplea el término como sinónimo de poder. Se utiliza así cuando se hace alusión a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos.

Dicho precepto nos dice que con ello se alude a la jerarquía, a la investidura, más que a la función, se refiere a la jurisdicción como función, es la actividad del Estado encaminada a la administración de justicia y administrar justicia no es más que decidir o resolver una controversia que tiene relevancia jurídica.

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

La función jurisdiccional se concretiza a través de actos jurisdiccionales, en los cuales, deben distinguirse tres elementos: la forma está constituida por los elementos externos del acto, cuales son la presencia de partes, de jueces y de procedimientos.

El contenido lo determina la existencia de una controversia, de un diferendo que tiene trascendencia jurídica.

Por función se entiende el cometido, o sea, el alcanzar o lograr la justicia. La función jurisdiccional crea situaciones jurídicas nuevas, que nacen con la sentencia, antes de



resolverse el conflicto, hay indecisión sobre cual es el interés jurídicamente protegido, existe una situación de incertidumbre y de pugna.

Resuelta ésta con la sentencia y pasada en autoridad de cosa juzgada, la situación de incertidumbre desaparece, pues se declara el derecho.

La sentencia judicial es acreedora de normas jurídicas, como también lo son el testamento y los contratos.

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

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



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

Así pues, entendemos por jurisdicción la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviene a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, sustituyendo a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, a que sujeto tutela bajo el amparo de una norma o un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma e invocando mediante el uso de su fuerza coercitiva, la realización o no de un acto sobre aquéllos intereses cuya protección está legalmente declarada, todo esto sin que el mismo Estado juegue un papel de autoritario, más bien, este a través de su brazo jurídico, representado por los órganos jurisdiccionales trata de impartir justicia, apoyándose en la ley y sin vedar el derecho de defensa de la parte afectada por una resolución judicial.

4.5. Definición de notario

Para alcanzar una definición acertada de notario, consideramos prudente hacer una breve reseña histórica del mismo. Los notarios en la antigüedad no eran conocidos con ese nombre, sino por el de escribas y su función tuvo gran relevancia principalmente en



dos pueblos, el hebreo y el egipcio. Por lo general, los reyes y funcionarios públicos del pueblo hebreo no sabían leer y escribir, es por tal razón que se auxiliaban de los escribas para realizar sus funciones, dicha actividad fue adquiriendo relevancia dentro de las funciones de la administración pública de ese pueblo, lo cual es el antecedente más remoto de las funciones notariales que conocemos actualmente.

En el pueblo hebreo se conocieron varias clases de escribas, de los que suele afirmarse que ejercían fe pública, sin embargo, no la ejercían de propia autoridad, sino que la misma dependía de la persona de quien el escriba dependía.

Tal parece que la razón principal por la cual eran requeridos sus servicios era por sus simples conocimientos caligráficos, y no tanto por su sapiencia o necesidad de establecer una formalidad jurídica, por tal razón, no se considera al escriba hebreo como un verdadero notario, en estricto sentido, lo que daba eficacia a los actos era el testimonio que realizaban los escribas.

Lo anterior nos hace ver que las funciones fundamentales del escriba y el notario actual tienen gran parecido, ya que ambos redactan actos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización en que viven les permite.

En el caso del pueblo egipcio, la función del escriba era similar a la del pueblo hebreo; sin embargo el escriba egipcio además de saber leer y escribir se le denominaba al consejero del faraón, al sacerdote, al magistrado, al funcionario y al doctor. Cabe mencionar que entre los egipcios prevaleció el registrador sobre el escriba, en cambio



con los hebreos, este último fue el que se impuso sobre el primero. Con relación a los sacerdotes, los escribas tenían un carácter semejante al del notario profesional, el cual se encargaba de redactar correctamente los contratos; pero estos se auxiliaban a su vez del magistrado, el cual autenticaba los actos que realizaba el escriba sacerdote, lo hacía a través de la imposición del sello del magistrado, en virtud de lo cual el documento que era hasta entonces privado, se le daba el carácter de público.

El papiro egipcio es lo más parecido al papel especial para protocolo que conocemos actualmente; más aún que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, se considera como el antecedente más antiguo de la forma de nuestros documentos.

El escriba egipcio fue fundamentalmente un funcionario burocrático indispensable en la organización en que la administración se apoyaba en los textos escritos.

En Grecia la función notarial predominó sobre la registradora, a diferencia de lo que sucedía en Roma. En Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para las convenciones internacionales.

En dicho pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, los cuales tenían diferentes denominaciones, las cuales eran: Apógraphos o Singraphos, a veces eran llamados Mnemones o Promnemones, todos estos nombres eran alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.



Cabe mencionar que el pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo que a derecho se refiere, a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, en el cual se basa nuestro derecho actual. Tan es así, que los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia, que para la materia que estamos estudiando es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde por derecho.

Las funciones notariales en su origen romano carecían de la facultad de autenticación, al amparo del poder del imperio que se confiere al pretor. A lo largo de la existencia del derecho romano hubo una multitud de personas a quienes de modo parcial estuvo encomendada la función notarial.

A la caída del imperio romano de occidente, los pueblos bárbaros que la provocaron, no representaron ningún progreso ni aportaron ideas en el aspecto jurídico, por el contrario, no hay nada que establezca que entre la caída del de Roma y los pueblos bárbaros se hubiera dado un progreso en este aspecto, y por consiguiente con relación a la materia notarial.

El notario romano, era una especie de taquígrafo, al servicio de personas que ejercían actividades públicas, tomaba nota de los discursos. Como taquígrafos, los notarios, en un segundo tiempo, formaban un cuerpo al servicio de los tribunales, donde cumplían funciones que hoy desempeñan los secretarios judiciales. Esos notarios, de funcionarios estatales, pasaron a formar luego parte de la casa del emperador, a imitación de estos funcionarios, la iglesia romana tuvo, desde el siglo III, un propio



cuerpo de notarios, pero, en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares estuvo atribuida no ya a los notarios, sino a otro cuerpo especial de funcionarios, los tabeliones organizados en corporaciones. La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del tabellio, pero no le concede la fe pública.

Al darse la invasión de los bárbaros al Imperio Romano se logró la caída del mismo, y las instituciones jurídicas que funcionaban en Roma y que estaban en pleno desarrollo, fueron también invadidas por aquéllas ideas que correspondían a un periodo incipiente de otra nueva civilización que eran los bárbaros.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, y así llegamos al siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los notarios eclesiásticos y otras categorías, que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas, en la forma permitida por la ley. En esta época, algunos notarios acumularon en su oficio el de juez.

En el siglo IX, este fenómeno se hace frecuente y se llegó, incluso, a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato, era el juez.

Hay autores que dan al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, así como la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, así el notario es desprendimiento del juez.



En el curso del siglo XI con más exactitud, entre los siglos XI y XIII, el notario italiano que, había conseguido un alto prestigio y una gran difusión adquiere la fe pública; consigue que los documentos notariales, para ser válidos y producir la eficacia aunque, no tengan necesidad de la presencia del juez.

En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública hizo que, a los efectos de hoy se derivan de aquélla, se alcanzará en los juicios fingidos o aparentes.

En esta época no hay certidumbre sobre la historia del notariado, pero se sabe que en la mayoría de los países europeos se produce un ambiente social encaminado a que los escribanos refuercen su papel en cuanto a la confianza que se les otorgaba.

La carta notarial, así como las demás facultades del notario, se van desarrollando paulatinamente a través de la historia ya que de otro modo sería imposible explicar la razón por la cual en el siglo XIII aparezca como representante de la fe pública y su intervención dé autenticidad a los documentos.

Dando un salto histórico para ubicarnos en nuestros días y en el sistema latino, podemos mencionar que existe una definición más o menos universal de lo que es notario al afirmar que es “El profesional del derecho, encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, conservando los originales de estos y expidiendo copias que den fe de su contenido”.¹⁴

¹⁴ Muñoz, Nery, Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial, octava edición.** Pág. 35.



Dentro de la organización del derecho notarial en Guatemala, existen algunos requisitos para poder ejercer el mismo, los que se encuentran contenidos en el Artículo 2 del Código de Notariado de Guatemala, siendo estos:

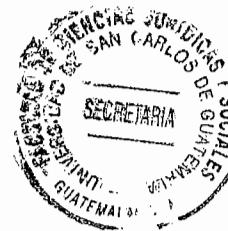
- “Ser Guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar. y domiciliado en la república.
- Haber obtenido el título facultativo en la república o la incorporación con arreglo a la ley.
- Haber registrado en la corte suprema de justicia, el título facultativo o de incorporación y la firma y sello que usara con el nombre y apellidos usuales.
- Ser de notoria honradez”.

4.6. La función notarial

Podemos afirmar que la función esencial del notario es la de crear, modificar y extinguir relaciones de derecho, a través del instrumento público, así como la autenticación de hechos, dentro de su esfera de atribuciones está la de conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en el medio guatemalteco como, asuntos de jurisdicción voluntaria notarial. Las actividades que el notario desarrolla según el Código de Notariado de Guatemala y de conformidad con la función notarial son:

- Función receptiva

La desarrolla el notario cuando al ser requerido, recibe de sus clientes en términos sencillos la información.



- **Función directiva o asesora**

El Notario puede asesorar o dirigir a sus clientes, sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular.

- **Función legitimadora**

La realiza el Notario al verificar que las partes contratantes, sean efectivamente las titulares del derecho, estando obligado a calificar la representación en los casos que se ejercite, la cual conforme a la ley y a su juicio debe ser suficiente.

- **Función modeladora**

El Notario desarrolla dicha actividad dando forma legal a la voluntad de las partes, encuadrándola en las normas que regulan el negocio.

- **Función preventiva**

El Notario debe prever cualquier circunstancia que pueda sobrevenir en el futuro, debe evitar que resulte conflicto posterior, previniendo tales circunstancias.

- **Función autenticadora** Al estampar su firma y sello el notario le está dando autenticidad al acto o contrato, por lo tanto estos se tendrán como ciertos o auténticos, por la fe pública de la cual está investido.

4.7. Teorías que regulan la función notarial

Dentro de la doctrina del derecho notarial, los juristas han desarrollado distintas teorías



que tratan de explicar la función del notario desde varios puntos de vista, estos criterios han sido creados dependiendo de las necesidades poblacionales, de la evolución social y sobre todo de la relevancia que ha adquirido la figura del notario en los distintos sistemas jurídicos, todo esto con el beneplácito del Estado.

Tratando de resumir tales necesidades, a continuación se exponen las más emblemáticas:

- Teoría funcionarista

Las finalidades de autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que el interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas.

- Teoría profesionalista

En contraposición a la teoría antes comentada, esta asegura que recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un quehacer eminentemente profesional y técnico.

- Teoría ecléctica

De acuerdo a esta teoría, el notario ejerce una función pública sui generis, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que



autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta, que como y se sabe se adquiere mediante la obtención de los requisitos establecidos por la ley.

Teoría autonomista

Nos señala, que en virtud de las características de profesional y documentador, el notariado se ejerce como profesión libre e independiente.

Como oficial público observa todas las leyes y como profesional libre recibe el encargo directamente de los particulares.

De las teorías antes enunciadas, consideramos que la más aceptada, dentro de la legislación guatemalteca, es la teoría ecléctica, ya que el derecho notarial guatemalteco se encuentra clasificado dentro del sistema latino; y para poder ejercer el mismo, se necesita entre otros requisitos que el notario haya obtenido un título facultativo o su incorporación con arreglo a la ley. Actualmente en Guatemala el único medio para poder obtener un título facultativo es a través del estudio y aprobación de los actuales pensums de estudio de las diferentes facultades de derecho de las universidades del país; por tal razón es que se establece que el notario es un profesional del derecho y por ende la teoría más aceptada es la ecléctica.

4.8. La fe pública

Dentro de los elementos más importantes, si no el más importante que conforman el cúmulo de facultades del notario, para su ejercicio profesional, se encuentra la fe



pública. Etimológicamente la palabra fe, proviene del latín fides, es una virtud fundamental del ser humano que lleva en sí la expresión de seguridad, de aseveración, que una cosa es cierta, sea que se manifieste con o sin ceremonial, esto es, solemnemente o no, en cualquier orden, privado o público.

Ahora bien, en un sentido **latu sensu**, la fe pública es un atributo del Estado, que tiene en virtud del **ius imperium** y es ejercida a través de los órganos estatales, es “la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo”.¹⁵ En la anterior definición podemos observar que la esencia de la fe publica es la de robustecer de verdad, en este sentido la fe publica se encuentra en una serie de actividades que requieren que sus actos, sean revestidos de dicha veracidad. Dado a esto es que existen varias clases de fe pública a continuación se describe algunas:

- **Registral**

Es la que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito.

- **Administrativa**

Es la que tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o las personas de derecho público dotadas de soberanía, de

¹⁵ Muñoz, Nery .**Ob Cit**; pág. 50.



autonomía o de jurisdicción. Dicha fe pública administrativa se ejerce a través de los documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.

- **Judicial**

La que dispensan los funcionarios de justicia, especialmente los secretarios de juzgados, quiénes dan fe de las resoluciones, autos y sentencias de los jueces o tribunales en los que actúan.

- **Legislativa**

Es la que posee el organismo legislativo y por medio de la cual creamos en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser generalmente leyes de la república. La misma es de tipo corporativo, ya que la tiene el Congreso como órgano, y no sus representantes en lo individual.

- **Notarial**

Es una facultad del Estado otorgada por la ley al notario. La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.

4.9. ¿Qué es la jurisdicción voluntaria?

Dentro de la historia del derecho podemos afirmar que la jurisdicción voluntaria es más



reciente que la contenciosa. El avance de actos especiales de procedimientos no contenciosos inició en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

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

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

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

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

Luego de recapitular los momentos históricos de la jurisdicción voluntaria, podemos afirmar que los actos de jurisdicción voluntaria son aquéllos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin ser promovida cuestión entre partes conocidas y determinadas, sin necesidad de solemnidades son admitidos los documentos que se



presenten y las justificaciones que se ofrezcan. Apenas se haga oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación en que estuviesen, al tiempo de ser iniciado, los interesados y el objeto de aquél; y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda.

El juez puede variar las providencias que dicta, sin sujeción a términos ni formas establecidas para la jurisdicción contenciosa; salvo que se tratara de autos definitivos o recurridos.

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

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

4.10. ¿Qué es jurisdicción voluntaria notarial?

“El gran movimiento económico en Italia hace aumentar las contrataciones judiciales, entonces surge la necesidad del servicio del notario para agilizar estos trámites, pero aún se tenía dudas sobre la no intervención del juez, así es como se nombra juez ordinario al notario para todo lo que fuera actos de jurisdicción voluntaria y otros



similares. Elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se venía realizando a través de juicios".¹⁶

El notario encontró así, lo que en el transcurso del tiempo se ha venido estimando como función suya, el de dar fe a los actos. Entonces, quedó para el juez la actividad propiamente jurisdiccional, en los procesos civiles.

En esa directriz la competencia del notario se remite al derecho privado, siempre que su actuación se refiera a actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, así como a los hechos que presencie, siempre que estos hechos no se califiquen como contratos.

Dichas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de las actuaciones notariales deberán estar exentas de todo litigio o contienda, pues siendo así se convierte en juicio, saliéndose ya de la competencia notarial y pasando a la actividad judicial.

Los principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria notarial son:

- **De la forma:** indica que debemos siempre seguir la forma determinada al redactar las actas notariales y resoluciones notariales, éstas últimas aunque son de redacción discrecional, tienen requisitos mínimos y un orden lógico.

¹⁶ **Ibid;** pág. 65



- **De intermediación:** el notario debe estar en contacto directo con los requirentes o solicitantes, con los hechos y actos que se producen dando fe de ello.

- **De rogación:** el notario actúa solamente a instancia de parte y no de oficio, respetando la autonomía de voluntad de las partes.

- **Del consentimiento:** principio esencial, ya que de no existir entre las personas afectadas, el notario no puede actuar, este principio queda plasmado a través la ratificación y aceptación que constan en los documentos mediante la firma, siendo esta la forma de otorgar el consentimiento.

- **De seguridad jurídica:** los actos que legaliza el notario en esta tramitación, se tienen por ciertos, pues gozan de certidumbre o certeza jurídica contra terceros y hacen plena prueba, salvo el derecho de los interesados de redargüirlos de nulidad o falsedad.

- **De autenticación:** la autorización e intervención del notario, con la firma y sello registrados, le dan autenticación a los actos que documenta.

- **De fe pública:** principio real del derecho notarial, y es una garantía que el Estado da a los particulares al investir al notario, por lo que los actos por él realizados deben ser respetados y tenidos por ciertos.

- **De publicidad:** los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona.



El notario debe de dar certificaciones a los interesados de las actuaciones, con el objeto de que sirvan a estos como prueba de sus gestiones ante el notario autorizante.

4.11. Decreto Ley 107

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

Por regla general los decretos ley, representan un medio abusivo e inconstitucional de que se valen los gobiernos de facto para dictar las normas que necesitan; es decir para ejercer las normas usurpadas al poder legislativo, ya que de conformidad con La Constitución Política de la República de Guatemala, este poder del Estado es la único capaz de dictar leyes.

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



ejercicio expeditivo del gobierno”¹⁷. En Guatemala, durante el gobierno de facto del presidente Enrique Peralta Azurdia, se creó el decreto ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, y el decreto ley 106, Código Civil de Guatemala, respectivamente, consideramos que aunque estos decretos fueron concebidos en un gobierno golpista, son de gran utilidad para el ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que actualmente, son reconocidos en las disposiciones transitorias y finales contenidas en La Constitución Política de la República de Guatemala, aprobada por la asamblea nacional constituyente de 1985. El primero de los citados cuerpos legales, vino a sustituir al antiguo Código de Enjuiciamientos Civiles de Guatemala, dentro de sus modificaciones, se encuentra lo relacionado con la jurisdicción voluntaria judicial; allí se establece que procesos se pueden tramitar por la por dicha vía. Además señala algunos procesos, que carecen de derechos subjetivos en conflicto, los cuales pueden ser tramitados también por notario, he allí el génesis de lo que actualmente conocemos en Guatemala como la jurisdicción voluntaria notarial.

4.12. Decreto 54-77

El decreto 54-77, del Congreso de la República fue sancionado el cinco de noviembre de 1977, el cual contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, dicha ley viene a complementar lo establecido en el libro cuarto del decreto ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, con relación a la jurisdicción voluntaria notarial. El objeto de dicha ley, es la de regular una serie de

¹⁷ Diccionarios en la red. www.diccionarios.astalaweb.com/Local/Diccionario%20de%20guerra.asp#. Consultado el 19 de junio del año 2009



circunstancias que al carecer de litis o de derechos subjetivos en conflicto, pueden ser sometidas al conocimiento del notario ya que esta ley aprovecha a su máxima capacidad la característica de funcionario público, que posee el notario.

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

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

- Ausencia.
- Disposición de bienes de menores.
- Disposición de bienes de incapaces.
- Disposición de bienes de ausentes.
- Gravamen de bienes de menores.
- Gravamen de bienes de incapaces.
- Gravamen de bienes de ausentes.
- Cambio de nombre.
- Omisión de nombre.
- Identificación de persona.
- Identificación de tercero.
- Proceso sucesorio intestado.
- Proceso sucesorio testamentario”.

CAPÍTULO V



5. Trámite del proceso de divorcio notarial

5.1. Generalidades

En el presente capítulo se planteará en que forma se debería tramitar el proceso de divorcio en la jurisdicción voluntaria ante un notario, tomando como base lo que al respecto establece la legislación que rige actualmente en esa materia, y que se encuentra contenido en el libro cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil, de Guatemala, título primero, jurisdicción voluntaria y en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, como sabemos el divorcio voluntario tramitado notarialmente, actualmente no está legislado en nuestro ordenamiento jurídico.

En América latina, tanto la legislación cubana y últimamente la peruana, han incorporado dentro de sus respectivos sistemas jurídicos el divorcio autorizado por notario.

Partiendo del principio de la autonomía de la voluntad y haciendo uso de las características otorgadas por la ley hacia los notarios, en la que verdaderamente se lleva al máximo el concepto de fe pública y jurisdicción voluntaria notarial se inician los procesos antes indicados con una simple petición verbal. Dicha petición desprovista de cualquier formalismo es recogida por el notario y éste a su vez le da forma legal al deseo de los cónyuges, dicho procedimiento contrasta grandemente con lo que vivimos



en Guatemala, ya que por el momento, no existe una regulación legal con respecto a dicho extremo, porque no obstante de estar contemplado el divorcio voluntario, él mismo debe ventilarse ante un órgano jurisdiccional competente, en este caso un juzgado de familia.

Por medio del presente capítulo se trata de estructurar, ejecutar y finalizar el trámite del divorcio voluntario notarial, adecuándolo a lo que hoy en día la ley nos establece para un proceso de jurisdicción voluntaria notarial, de acuerdo con el Código Civil de Guatemala, y el Decreto 54-77, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

5.2. Proceso

A efecto de enriquecer el presente capítulo, daremos una breve descripción de lo que es proceso, naturaleza jurídica, principios y sus fines.

Podemos definir proceso como la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

En el proceso se da una relación jurídica que une a las partes y a los órganos de la jurisdicción y a través de su naturaleza jurídica se pretende explicar que constituye dicha relación, para entender su naturaleza jurídica debemos dar un vistazo a las distintas teorías que tratan de explicarlo.



El proceso es un contrato: dicho concepto proviene del derecho romano, para la cual el proceso es un acuerdo de voluntades y por ende un contrato que une a las partes con los mismos efectos que una relación contractual.

El proceso es un cuasicontrato: esto quiere decir que es un contrato imperfecto, ya que la voluntad de las partes no es enteramente libre, en virtud de que la decisión final sobre el asunto, no siempre atiende a la voluntad de una o de todas las partes litigiosas, más bien depende de un tercero, a quien se somete el conflicto en cuestión

El proceso es una relación jurídica: es la postura dominante y mantiene que el proceso es una relación jurídica porque los sujetos procesales se encuentran ligados entre si e investido de facultades y poderes que les confiere la ley, unos con relación a los otros.

El proceso es una situación jurídica: para dicha teoría, las partes no están conectadas entre si, más bien es la puesta de derechos subjetivos en conflicto bajo el manto del orden jurídico y a la espera de una decisión final llamada sentencia.

El proceso como entidad jurídica compleja: sostiene que el proceso está conformado por una serie de elementos estrechamente coordinados entre si formando una entidad jurídica compleja.

El proceso como institución: señala que el proceso es una institución entendiéndose a la misma como un complejo sistema de actos, un método, un modo de acción unitario, creado por el derecho para obtener un fin.



5.3. Principios del Proceso

Establecidas las distintas teorías que definen la naturaleza jurídica del proceso, podemos centrarnos en sus principios, siendo estos:

- Dispositivo o inquisitivo

“Mario Gordillo señala que conforme a este principio, corresponde a las partes la iniciativa del proceso, este principio asigna a las partes, mediante su derecho de acción y no al juez, la iniciación del proceso. Son las partes las que suministran los hechos y determinan los límites de la contienda. Conforme a este principio se aplican los aforismos romanos **nemo iudex sine actore y ne procedat iure ex officio**, no hay jurisdicción sin acción”.¹⁸ Contrario al sistema inquisitivo cuyo impulso le corresponde al juez y a él también la investigación, en dicho sistema únicamente se prueban los hechos controvertidos y aquéllos que no lo son o son aceptados por las partes, el juez los fija como tales en la sentencia. Contienen le mencionado principio entre otras las siguientes normas procesales:

La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte. Artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

El Artículo 126 del citado cuerpo legal, obliga a las partes a demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

¹⁸ Gordillo, Mario. **Ob. Cit**; pág. 11.



- **Celeridad procesal**

Pretende un proceso rápido y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan los trámites innecesarios, el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, lo plasma a través de plazos perentorios e improrrogables, como los contenidos en el Artículo 64 del cuerpo legal mencionado.

- **Preclusión**

Este principio tiene como base, las etapas del proceso. Esto quiere decir que los procesos civiles están estructurados a efecto de que, si un acto procesal se lleva a cabo, al mismo no se puede regresar, o sea en el proceso se puede avanzar pero no retroceder.

- **Eventualidad**

Principio que indica que hay que aportar los medios tanto de defensa como de ataque de una sola vez, y se relaciona íntimamente con los principios de economía, celeridad y preclusión, ya que al presentar los medios antes indicados de una vez, se alcanzan los plazos establecidos en la ley con lo que se cumple el principio de celeridad, al hacerse en momento procesal oportuno, se cumple el principio de preclusión y al hacerlo de manera eficiente se cumple el principio de economía procesal.

- **Publicidad procesal**

Tiene su base en que todos los actos procesales pueden ser conocidos inclusive por los que no son parte del litigio. Tiene como fundamento legal, la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, que en su Artículo 63 señala que los actos procesales son



públicos, los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todos las diligencias o actos a efecto de enterarse de sus contenidos.

- Probidad

Persigue que tanto las partes como el juez actúen en el proceso con rectitud, integridad y honradez. Bajo este principio las partes durante los actos del proceso, se guían por la buena fe.

- Congruencia

Establece que, las sentencias deben ser congruentes no solo consigo mismo sino también con la litis tal y como quedo formulada en los escritos de demanda y de contestación.

- Legalidad

Principio que preceptúa que los actos procesales son válidos cuando se fundan en la norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe, esto se encuentra plasmado en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, al indicar que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, son nulas de pleno derecho.

- Convalidación

Principio que indica que los actos consentidos por las partes procesales no pueden ser señalados como ilegales o reargüirlos de nulidad toda vez que los mismos no hayan sido objetados en su momento procesal oportuno.



- **Adquisición procesal**

Tiene su aplicación sobre todo en materia de prueba y conforme al mismo, la prueba presentada es prueba para el proceso, no para quien lo presenta, es decir que se aprecia por lo que prueba y no por su origen.

- **Oralidad**

En virtud del principio de escritura la mayoría de actos procesales se realizan por escrito. Este principio se encuentra enmarcado en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, aunque en el Artículo 61 del mismo, se regule lo relativo al escrito inicial, es importante recordar que no existe un proceso eminentemente escrito, como tampoco eminentemente oral, se dice que es escrito cuando prevalece la escritura sobre la oralidad y oral cuando prevalece la oralidad sobre la escritura.

- **Escritura**

Asimismo, aclara que más que principio de oralidad se trata de una característica de ciertos juicios que se desarrollan por medio de audiencias y en los que prevalecen los principios de contradicción e inmediación.

En el Artículo 201 Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala se, establece la posibilidad de plantear demandas verbalmente ante el juzgado, caso en el cual es obligación del secretario levantar el acta respectiva, conforme a las disposiciones del título segundo, capítulo primero, Artículos del 199 al 208 del cuerpo legal en mención, en el proceso oral, prevalece la oralidad a la escritura, circunstancia que permite, que la demanda, su contestación e interposición de excepciones, ofrecimiento y proposición de



los medios de prueba e interposición de medios de impugnación, pueda presentarse en forma verbal. “Es importante recordar que en los procesos escritos no se admiten peticiones verbales, únicamente si estuviere establecido en ley o resolución judicial”.¹⁹

- **Inmediación**

Con el principio de inmediación, se pretende que el juez se encuentre en una relación o contacto directo con las partes, especialmente en la recepción personal de las pruebas, de mayor aplicación en el proceso oral que en el escrito.

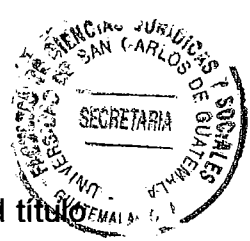
El Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, contiene la norma que fundamenta este principio, al establecer que el juez presidirá todas las diligencias de prueba, principio que de aplicarse redundaría en la mejor objetividad y valoración de los medios de convicción.

En la Ley del Organismo Judicial se encuentra también al establecer en su Artículo 60 que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba.

- **Concentración**

Por medio de este principio, se pretende que el mayor número de etapas procesales se desarrollen en el menor número de audiencias, se dirige a la reunión de toda la actividad procesal posible en la menor cantidad de actos con el objeto de evitar su

¹⁹ Gordillo, Mario. **Ob. Cit;** pág. 11-12.



dispersión. Este principio es de aplicación especial en el juicio oral regulado en el título segundo del libro segundo del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, conforme a lo estipulado en el Artículo 22 del citado cuerpo legal, si la demanda se ajusta a las prescripciones legales el juez señala día y hora para que comparezcan a juicio oral y conforme a los Artículos del 203 al 206, las etapas de conciliación, contestación de la demanda, reconvención, excepciones, proposición y diligenciamiento de prueba, se desarrollan en la primera audiencia, relegando para una segunda o tercera audiencia, únicamente el diligenciamiento de aquella prueba que material o legalmente no hubiere podido diligenciarse.

- Igualdad

También llamado de contradicción, se encuentra basado en los principios del debido proceso y la legítima defensa, es una garantía fundamental para las partes y conforme al mismo, los actos procesales deben ejecutarse con intervención de la parte contraria, no significando esto que necesariamente debe intervenir para que el acto tenga validez, sino que debe dársele oportunidad a la parte contraria para que intervenga.

Todos los hombres son iguales ante la ley, la justicia es igual para todos. Este principio se refleja entre otras normas en las siguientes: el emplazamiento de los demandados en el juicio ordinario, así como en los demás procesos. La audiencia por dos días en el trámite de los incidentes.

La recepción de pruebas con citación de la parte contraria, y la notificación a las partes, sin cuyo requisito no quedan obligadas. Asimismo, el Artículo 12 de la Constitución



Política de la República de Guatemala, señala que nadie podrá ser condenado, privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

- **Bilateralidad y contradicción**

Este principio se equipara al principio de igualdad ya que es una garantía procesal por excelencia y unas veces se le llama también principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia.

- **Economía**

“Tiende a la simplificación de trámites y abreviación de plazos con el objeto de que exista economía de tiempo, de energías y de costos, en Guatemala es una utopía, aunque algunas reformas tienden a ello, las de la Ley del Organismo Judicial que establecen que la prueba de los incidentes se recibe en audiencias y que el auto se dicta en la última podría ser un ejemplo de economía procesal”.²⁰

Asimismo, dicho principio lo que busca es que el proceso sea más barato, que las partes sufran el menor desgaste económico en el mismo y mantener un equilibrio en que prevalezca que no sea más costoso un proceso que el costo de la litis. Este principio va a determinar al final del proceso la condena en costas procesales.

Después de enunciados los principios del proceso, podemos dedicarnos a establecer cual o cuales son los fines del mismo

²⁰ Gordillo, Mario. **Ob. Cit; pág. 11.**



5.4. Fines del Proceso

Luego de hacer un breve repaso por la naturaleza jurídica del proceso, así como sus principios, nos corresponde ahora hacer mención sobre los fines del mismo, en un sentido amplio, podemos afirmar que el fin primordial del proceso es llegar a una resolución del mismo, sea a través de una sentencia o de un auto, al hablar de resolución nos referimos al hecho de que los intereses subjetivos en conflicto, se vuelvan objetivos, o sea que exista una legitimación de la pretensión procesal bajo la supervisión de un órgano jurisdiccional, al amparo del cual se ha sometido el conflicto y si a esto le sumamos que el proceso es una garantía procesal contenida en la Constitución Política de la República de Guatemala, se puede confirmar el extremo de que el mismo es una garantía constitucional y por ende se busca como fin extraordinario, la paz social.

5.5. Clasificación de los procesos

Es necesario que exponamos los distintos procesos que rigen dentro del sistema jurídico guatemalteco, pudiendo señalar tres clases de procesos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, siendo estos de conocimiento, de ejecución y los procesos especiales. En el primer y segundo proceso, se ha de repartir de una diferenciación esencial, pero esta conducta es fundamentalmente diversa según que lo pedido sea una declaración de voluntad del juez o una manifestación de voluntad: el primer caso, en que lo pretendido es que el juez declare algo influyendo en la situación existente entre las partes, de un modo simplemente jurídico, se diferencia



fácilmente del segundo en que lo que se pide al juez es una conducta distinta del mero declarar, puesto que se pide que intervenga entre las partes de una manera física, basta para afirmar esta diferencia comparar la distinta actividad del órgano jurisdiccional cuando emite una sentencia que cuando entrega un bien al acreedor.

Si lo pedido es una declaración de voluntad, el proceso civil se llama de cognición; si lo pedido es una manifestación de voluntad, el proceso civil se llama de ejecución, ambos proceso se encuentran regulados dentro del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

El proceso civil de conocimiento comprende:

- **Proceso constitutivo:** se tiende a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, llamándose a la pretensión que le da origen, pretensión constitutiva e igualmente a la sentencia correspondiente.

- **Proceso de mera declaración o proceso declarativo:** se trata de obtener la constatación o fijación de una situación jurídica; la pretensión y la sentencia, reciben el nombre de declarativas.

- **Proceso de condena:** normalmente se tiende a hacer que pese sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación determinada, después de haber sido objeto de un proceso judicial ante un órgano jurisdiccional competente, la pretensión y la sentencia se denominan de condena.



El proceso civil de ejecución comprende:

- **Proceso de dación:** si lo que se pretende del órgano jurisdiccional es un dar, bien sea dinero, bien otra cosa, mueble o inmueble, genérica o específica; y
- **De transformación:** si la conducta pretendida del órgano jurisdiccional es un hacer distinto del dar.

Por otro lado, existen teorías que sostienen que a los procesos jurisdiccionales de cognición y de ejecución, se les atribuye la misión de cumplir un fin más el de prevención o aseguramiento de los derechos y entonces se habla de un proceso preventivo o cautelar.

Dicha figura, con las del proceso de cognición y el ejecutivo, constituyen la clasificación que atiende a su función o finalidad, en cuya concepción vamos a apoyarnos, para construir la sistematización de nuestros procesos, parangonándolos en lo posible, como decimos en la parte general, con los que no ofrecen los sistemas legales más progresivos.

Considerando el proceso desde el punto de vista unitario, éstas tres fases, configuran verdaderos procesos, aún cuando la opinión más generalizada, no acepta todavía como verdadero el proceso cautelar. Pero de todas maneras, la influencia que dicha clasificación de los procesos ha tenido en la estructuración de la sistemática del derecho procesal de las legislaciones vigentes, desde este punto de vista, es muy



sugestiva. Asimismo, existen otras clasificaciones como por su contenido, que también desde el punto de vista del contenido del proceso, pero referido al área de nuestra disciplina, encontramos la división de los juicios en universales y singulares, distinción que se hace, según que afecten o no la totalidad del patrimonio.

Tal distinción se señala, por las características especiales de los llamados juicios universales, como son: la existencia de una masa de bienes con personalidad propia, en ciertos casos y momentos.

Siempre atendiendo al contenido, pero según la índole del proveimiento emitido por la autoridad judicial, encontramos los de jurisdicción contenciosa opuesta a los de jurisdicción voluntaria, no sin cierto equívoco, toda vez que como se ha señalado por la doctrina, a la jurisdicción contenciosa se le opone propiamente la jurisdicción no contenciosa y no la jurisdicción voluntaria.

Otra clasificación es por su estructura. La misma señala que si tomamos el proceso en su estructura, pero no en el sentido de desarrollo o procedimiento, sino en el de arquitectura de proceso, encontramos diferentes tipos procesales, como por ejemplo procesos con contradicción o sin él.

Lo primero es lo normal; lo segundo, aún cuando constituye la excepción, podemos encontrar manifestaciones de tipos procesales sin contradictorio en el juicio contumacial o en rebeldía, en el juicio monitorio, en algunas fases de los embargos y en el juicio ejecutivo. Siempre dentro de la clasificación del proceso por su estructura, tenemos



aquella determinada por el órgano jurisdiccional que substancie el proceso y decida el litigio, y el criterio judicial subjetivo, y así distinguimos procesos desenvueltos ante jueces públicos o ante jueces privados.

Por la subordinación. En cuanto a la subordinación de un proceso a otro, se dividen los tipos procesales en incidentales y principales o de fondo, distinguiéndose entre aquéllos los de simultánea y los de sucesiva sustanciación

5.6. Procedencia

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

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

La idea principal de este proceso es la adecuación del mismo a los principios procesales antes indicados de celeridad, y economía aprovechando como lo hemos enunciado a través de todo este trabajo de tesis, la facultad del notario de revestir de certeza jurídica todos sus actos.



5.7. Requerimiento

Para iniciar el proceso, se necesita que los cónyuges acudan ante notario y que requieran de este sus servicios profesionales, debido al principio de rogación, el notario no puede actuar de oficio, sino únicamente a requerimiento de parte.

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

El acta notarial de requerimiento, debe contener:

- Lugar y fecha.
- Día y hora de inicio.
- Nombres y apellidos de los requirentes, y demás datos personales.
- En este particular caso, documento de identificación, o identificación por los medios legales.
- Relación de hechos.
- Declaración con relación a la procreación de hijos y adquisición de bienes, durante el matrimonio, y el deseo manifiesto de disolver el vínculo matrimonial.
- Proposición de pruebas.
- Petición clara y concisa.
- Documentación que acredite fehacientemente que los requirentes están casados, de los hijos procreados y de los bienes adquiridos dentro del matrimonio.



- Proyecto de convenio que contenga los puntos establecidos en la ley según lo preceptúa el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

5.8. Resoluciones

El notario después de recibida la información necesaria y la manifestación de los cónyuges del deseo de poner fin al matrimonio y demás circunstancias expuestas por ellos, procede a plasmar la voluntad de los mismos en un acta notarial la que deberá de ser suscrita por los requirentes y el notario, concluida dicha acta procede dictar la resolución que da trámite a las diligencias y a señalar una audiencia para que las partes comparezcan ante el notario a ratificar sus pretensiones, o ampliar las mismas o en su caso desistir de la acción, así como a proponer y recibir cualquier otro medio de prueba.

La resolución es un acto procesal que en sentido general podemos definir como: “Toda decisión o providencia que adopta un juez o tribunal en el curso de una causa contenciosa o de jurisdicción voluntaria sea a instancia de parte o por escrito por el cual se le da trámite a todo lo expuesto y pedido dentro de una demanda”²¹.

Tales resoluciones se redactarán a discreción del notario, pero siempre deberá de contener la dirección de la oficina del notario, la fecha, la disposición que se dicte y la firma del notario. En este caso como nuestra competencia es la jurisdicción voluntaria notarial, no existe demanda sino un requerimiento expresado como tal en un acta notarial, entonces la resolución debe de ser notarial y darle trámite a la petición y recibir

²¹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit**; Pág. 876



los medios de prueba que los cónyuges aporten y propongan a efecto de probar preexistencia del vínculo matrimonial, los hijos procreados y los bienes adquiridos dentro del matrimonio.

Estas actas deberán de contener los requisitos establecidos en el Código de Notariado de Guatemala, y en todo caso deberá contener la dirección de la oficina, el día y hora de su facción, y conclusión de la misma, así como la firma de los requirentes y del notario que autoriza.

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

5.9. Notificaciones

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

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

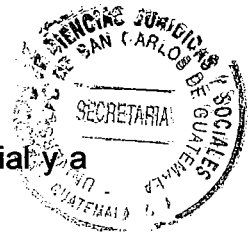


5.10. Audiencias

Llegado el día y hora para la realización de la audiencia respectiva, contenida en la resolución anteriormente notificada, esta se lleva a cabo ante los oficios del notario, levantando para el efecto un acta que contenga lo acordado por las partes en esa diligencia. Una audiencia es el acto procesal por el cual un juez escucha a las partes para decidir sobre los pleitos y causas.

En ese orden de ideas, el notario preside la audiencia donde los cónyuges le manifiestan su deseo de disolver el vínculo matrimonial, a su vez se manifiestan con respecto a los bienes y los hijos procreados. En el Código Procesal Civil y Mercantil, de Guatemala, tal audiencia tiene el carácter de conciliatoria ya que el propósito es el de llegar a un punto de equilibrio con relación a las bases del divorcio debiendo las partes presentar un proyecto de convenio o ratificar el presentado en el acta de requerimiento, en que consten los extremos señalados en el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala. Si el convenio estuviere con arreglo a la ley, el notario lo aprobará, así como las garantías propuestas si fueren suficientes, todo esto con la finalidad de que se procedan a otorgar las escrituras correspondientes en su caso.

En cuanto a la reconciliación dentro del trámite del divorcio notarial, las partes en cualquier momento podrán reconciliarse, y aún después de haberse dictado el auto que declare disuelto el matrimonio, siempre y cuando no se hubiere inscrito en el Registro Nacional de las Personas que corresponda, en este último caso se sobreseerá el proceso.



Luego de concluida la audiencia el notario procede a dictar una resolución notarial y a notificarla a las partes.

5.11. Declaratoria notarial de divorcio

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

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

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



5.12. Efectos jurídicos

Dada la importante investidura otorgada por la ley al notario, de funcionario público, los efectos jurídicos de sus acciones son de veracidad. Consideramos en este particular caso, que el efecto jurídico más importante es el de la disolución del vínculo matrimonial, registralmente hablando, es la inscripción del divorcio en el Registro Nacional de las Personas, así como la anotación en las partidas de nacimiento y de cédulas de vecindad correspondientes.

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

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

Creemos necesario comentar que en todo el proceso antes descrito, se debe de cumplir con los impuestos por la ley señalados, en el caso de las actas notariales, timbres notariales por el valor de 10 quetzales y un timbre fiscal de 50 centavos de quetzal por hoja. Para el caso de las resoluciones notariales, timbres notariales por el valor de 2 quetzales y para el caso de los autos, 20 quetzales en timbres notariales así como 50



centavos de quetzal por hoja. Para el caso de la protocolación se debe de satisfacer el impuesto al timbre relacionado con los testimonios especiales.

CONCLUSIONES



1. No obstante de que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se establece el divorcio voluntario, en la jurisdicción voluntaria se faculta únicamente a los órganos jurisdiccionales en materia de familia, para declarar la disolución del vínculo matrimonial, a través de una sentencia judicial, por lo que se hace difícil el poder divorciarse.
2. Además del matrimonio en el Código Civil de Guatemala, existe la figura jurídica de la unión de hecho legalmente constituida, misma que sigue siendo poco utilizada debido a la falta de difusión de la misma, no solo a la población, sino también a los profesionales del derecho y en si a toda la red de administradores de justicia, ya que muy rara vez se hacen talleres, conferencias y pláticas sobre dicho tema, por parte del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y las universidades del país.
3. A pesar de que doctrinariamente, el notario es un profesional del derecho quien se encuentra investido en una función pública, en la actualidad no se explota adecuadamente tal extremo, ya que el mismo es marginado por parte de la legislación guatemalteca, limitando muchas veces su accionar y desaprovechando en demasía la calidad de funcionario público que la doctrina notarial le otorga.
4. El divorcio de mutuo consentimiento, podría ser competencia de la jurisdicción voluntaria, por tal motivo la participación de los juzgados de familia se vuelve innecesaria, ya que no existen derechos subjetivos en conflicto, lo que redundaría en



concentración jurisdiccional y en éste caso en particular, concentración jurisdiccional en los tribunales de familia, que da como resultado el retardo o la no administración de justicia.

5. A pesar de que el Código Civil de Guatemala, contempla que el matrimonio es una institución social, a la misma no se le presta la atención debida, ya que usualmente los cónyuges de escasos recursos económicos, sin ninguna guía o apoyo legal, acuden directamente a los órganos jurisdiccionales de familia, con la finalidad de dirimir sus conflictos matrimoniales.

RECOMENDACIONES



1. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, a través de una reforma a la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, incorpore una disposición legal que faculte al notario tramitar notarialmente el divorcio voluntario, sin la intervención de un órgano jurisdiccional.
2. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, así como las facultades de derecho de las universidades del país deben impartir capacitaciones para los notarios, administradores de justicia y público en general a efecto de dar a conocer de una manera más extensa y profunda la figura de la unión de hecho, establecida en el Código Civil de Guatemala.
3. Es necesario que el andamiaje jurídico guatemalteco, se apoye en la figura del notario, que aproveche la calidad de funcionario público del mismo para ampliar y no restar el cúmulo de facultades ya concedidas y reconocidas por la ley y la doctrina jurídica notarial, y que a través de él se pueda administrar una mejor justicia.
4. Es necesario que el honorable Congreso de la República de Guatemala, analice el hecho de que al no existir derechos subjetivos en conflicto, se hace innecesaria la intervención judicial en procesos de jurisdicción voluntaria relacionados al matrimonio, por lo que la participación del notario en tales



asuntos, podría ser una forma de desconcentrar la actividad procesal de los tribunales de familia.

5. El Estado de Guatemala, debe contemplar la posibilidad de crear centros especializados para cónyuges de escasos recursos, que estén integrados por profesionales en áreas sociales, psicológicas y legales y cuyo fin sea el de guiar y apoyar a los mismos en sus disputas maritales, a efecto de que los cónyuges conozcan los alcances, ventajas y desventajas de la declaratoria judicial de divorcio y así pues facilitar la labor de los juzgados de familia.

BIBLIOGRAFÍA



ASTALAWEB, diccionarios en línea. <http://diccionarios.astalaweb.com/Local/#%aspDiccionario%20de%20guerra.asp#>. Consultado el 15 de junio de 2009.

BELLUSCIO, César. **Derecho de Familia**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma, tomos I y II.

BELLUSCIO, César. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma, 2da. Edición, 1977.

BONNECASE, Julián. **Tratado elemental de derecho civil, traducción y compilación enrique Figueroa Alfonso**. México, Ed. Harla, 1993.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Jurídico**. Argentina. Ed. Heliasta SRL. 1979.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. **La familia en el derecho**. México. Ed. Porrúa, 6ta. ed.

Enciclopedia Jurídica. Editorial. Ameba, tomo I.

GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala. Impresos Maxis.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Universitaria

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho, tomo I**. Guatemala. Cooperativa de Ciencia Política de la Universidad de San Carlos de Guatemala

MUÑOZ, Nery. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Guatemala. 2da. ed. 1983.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta, 1981.

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

QUIÑONEZ ESCAMEZ, Armando. **Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones.** Barcelona, España. Editorial. Altier. Tomo I, 1era. ed.

Legislación:

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

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

Código Civil, Decreto-Ley 106, 1963.

Código de Notariado decreto 314 del Congreso de la República, 1946.

Ley Reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, decreto 54-77 del Congreso de la República, 1977.