

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



**PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LOS BIENES
DE MENORES, INCAPACES Y AUSENTES EN LOS ASUNTOS
DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2010

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

**PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LOS BIENES
DE MENORES INCAPACES Y AUSENTES EN LOS ASUNTOS
DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

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 Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. 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:

Presidente:	Lic. José Luis de León Melgar
Secretario:	Lic. David Sentés Luna
Vocal:	Licda. María del Carmen Mansilla

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Ronan Arnoldo Roca Menéndez
Secretario:	Licda. Crista Ruiz de Juárez
Vocal:	Licda. Dora Renee Cruz Navas

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).



**BUFETE CORPORATIVO
ABOGADOS, AUDITORES Y CONTADORES
11 Calle 4-52 zona 1 Edificio
Asturias Oficina 4
Teléfono 2232-3916.**

Guatemala, 20 de enero de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución de esa Unidad por la cual se me otorga el nombramiento como Asesor de tesis de la bachiller **MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ**, quien se identifica con el número de carné 199518227.

A la estudiante se le brindó la asesoría que se requiere para realizar este tipo de investigación y luego de varias sesiones de trabajo se obtuvo la versión final que presenta intitulada **"PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LOS BIENES DE MENORES INCAPACES Y AUSENTES EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA"**. Procedí conforme al requerimiento indicado estableciendo que la presente investigación se dirige a analizar y señalar la necesidad de crear y legislar dentro del marco legal.

La estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia notarial y civil, abordando los temas de la persona, derechos del niño, propiedad privada, bienes, jurisdicción voluntaria. Planteando, en consecuencia, un marco doctrinario y legal para proteger los bienes de los menores, incapaces y ausentes con una resolución judicial previo a que se pacte una venta.

En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, la estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos diversos tales como deductivo, inductivo, analítico, jurídico y sintético; además, puso



en práctica diversas técnicas de investigación bibliográfica, electrónica y documental que demuestran que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica se hace patente en la recolección de información de los diferentes temas, que será en el ámbito legal de gran apoyo para todas las personas que que tengan bajo su protección bienes de un menor de edad, de incapaces y ausentes. Se analizaron las instituciones jurídicas relacionadas con el tema primario: Protección de la Propiedad Privada, creándose, en consecuencia, un marco legal (definiciones y doctrinas pertinentes) adecuado a esta materia el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho notarial especialmente dentro de los asuntos de la Jurisdicción Voluntaria; razones de peso por las que considero que el presente trabajo constituye un valioso aporte a nuestra sociedad y a la comunidad jurídica por su estudio analítico.

La estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios los cuales lo enriquecen; sin embargo, pueden ser no compartidos y sujetos a polémica; de cualquier forma se encuentran adecuadamente fundamentados puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Con respecto a las conclusiones y recomendaciones, en mi opinión son acordes al tema investigado y un aporte significativo para nuestros legisladores.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo de la bachiller **MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ** se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva: metodología, técnicas de investigación, redacción, conclusiones, recomendaciones y bibliografía son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.



ASESOR
Colegiado No. 6,410
Eddy Aguilar Mucos
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RICARDO ALBERTO ALBANÈS DÍAZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ, Intitulado: "PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LOS BIENES DE MENORES INCAPACES Y AUSENTES EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA".

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


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

cc.Unidad de Tesis
CMCM/nmmr





Guatemala, 22 de abril de 2009.

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Licenciado Castro Monroy:

En atención a la providencia de esa Unidad de fecha veintiséis de marzo de dos mil nueve, donde se me está nombrando Revisor del trabajo de Tesis de la bachiller **MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ**, intitulado: "**PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LOS BIENES DE MENORES INCAPACES Y AUSENTES EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**", procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

El trabajo de tesis de la estudiante **MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ** ofrece un análisis documental y legal de importancia en diversas ramas del derecho al estudiar la Protección de la Propiedad Privada, a través de los instrumentos legales que se dispone haciendo además uso comparativo con otras legislaciones.

El tema es abordado de forma sistemática dando resultado una tesis de fácil comprensión donde se analizan las instituciones jurídicas relacionadas al tema principal con sus definiciones y doctrinas; al mismo tiempo, se plantea la regulación legal de la protección de la Propiedad Privada de los bienes de menores, incapaces y ausentes. Se apoya la exposición en normas constitucionales, derecho positivo y derecho comparado lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

En virtud el contenido de la tesis refleja la correcta aplicación de las etapas del método científico. Es de resaltar que el material bibliográfico sobre el que sustenta este trabajo esta consonancia con los avances del estudio del derecho. Así mismo, la estudiante aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios los cuales lo enriquecen; sin embargo pueden ser sometidos a discusión y aprobación definitiva. Lo cierto del caso



es que los mismos se encuentran fundamentados sobre adecuados criterios jurídicos acordes a la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. Es de resaltar que la estudiante atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario.

En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para su buen entendimiento. En la misma se aplicaron correctamente los métodos deductivo, inductivo, analítico, y sintético; la adecuada aplicación de técnicas de investigación bibliográfica (perífrasis, cita textual, resumen, por mencionar algunas) dio como resultado un correcto y valioso marco teórico, en donde contribuyó además la investigación electrónica donde se consultaron diversas páginas Web relacionadas con los temas estudiados. Hechos que demuestran que se hizo la recolección de una bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante **MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ** cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público.

Sin otro particular, atentamente,

REVISOR Colegiado 2,347

Ricardo Alberto Albornoz Díaz
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES,
Guatemala, veintidós 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 MARGARITA MENCOS HERNÁNDEZ, Titulado PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LOS BIENES DE MENORES INCAPACES Y AUSENTES EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 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: Ser supremo todopoderoso, gracias por permitirme alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES: Con infinito agradecimiento por darme mis primeras letras y guiarme en la senda del bien.
- A MI MADRINA: Por haber sido mi ángel guardián en la tierra, y lo sigue siendo desde el cielo (Q.E.P.D.).
- A MIS HIJOS: Carlos y Daniela, por ser la razón primordial de mi superación y que este triunfo sea una motivación para que luchen por alcanzar sus sueños.
- A MI ESPOSO: Con amor y agradecimiento por su apoyo moral desde que nos conocimos.
- A MIS HERMANOS: Como un ejemplo de que nunca es tarde para alcanzar las metas fijadas.
- A MI AMIGA: Zoila Ávila Medina con agradecimiento especial, por su amistad y apoyo.
- A MIS CUÑADOS: Zoila, Lidia, Wilfredo y Armando por su valiosa amistad.
- A MIS AMIGOS: un agradecimiento especial para cada uno de ellos.
- A: Gloriosa y centenaria Universidad de San Carlos de Guatemala por ser formadora de hombres y mujeres íntegras profesionales; en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Menores de edad	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Análisis jurídico doctrinario.....	4

CAPÍTULO II

2. Jurisdicción voluntaria.....	13
2.1. Definición.....	13
2.2. Jurisdicción voluntaria judicial.....	18
2.3. Jurisdicción voluntaria extrajudicial.....	20
2.4. Jurisdicción contenciosa.....	23

CAPÍTULO III

3. Procesos voluntarios extrajudiciales.....	25
3.1. Disposiciones considerativas en la ley.....	25
3.2. Disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil.....	30
3.3. Asuntos Relativos a la persona y a la familia.....	32
3.3.1. Disposiciones relativas al matrimonio.....	32
3.3.2. Disposiciones relativas a los actos del estado civil.....	33
3.3.3. Procesos sucesorios.....	33
3.4. Fines del proceso voluntario extrajudicial.....	34

CAPÍTULO IV

4.	El notario en jurisdicción voluntaria.....	37
4.1.	Definición.....	37
4.2.	El notariado latino.....	38
4.2.1.	Función notarial.....	38
4.2.2.	Redacción de los instrumentos adecuados al fin notarial de la jurisdicción voluntaria.....	43
4.2.3	Función de autenticidad notarial.....	43
4.3.	Análisis doctrinario.....	45
4.3.1	Competencia notarial.....	45
4.3.2	Competencia por razón de la fe pública.....	46
4.3.3.	Competencia por razón de la materia.....	47
4.4.	Métodos para determinar la competencia notarial en jurisdicción voluntaria.....	47
4.5.	Conservación de los documentos notariales en jurisdicción voluntaria.....	53
4.6.	Requisitos para obtener la investidura del notario.....	53

CAPÍTULO V

5.	Clases de procesos normado en la ley.....	55
5.1	Ausencia.....	55
5.2.	Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes....	58
	Reconocimiento de preñez o de parto.....	59
	Cambio de nombre.....	61
5.5.	Omisión y rectificación de partidas.....	62
5.6.	Patrimonio familiar.....	63

CAPÍTULO VI

6. Proposición del procedimiento voluntario extrajudicial de disposición de bienes de menores, incapaces y ausentes.....	67
6.1. Inicio de las diligencias ante notario.....	67
6.1.1. Actas notariales del procedimiento.....	67
6.1.2. Requisitos del acta notarial.....	68
6.1.3. Clasificación de las actas notariales.....	69
6.1.4. Modelo de acta de requerimiento.....	71
6.1.5. Modelo de resoluciones.....	73
6.1.6. Notificaciones notariales.....	76
6.1.7. Auto que resuelve y propuesta de reforma.....	77
6.1.8. Proposición de remisión del expediente.....	79
6.1.9. Auto resolutivo.....	81
6.2. Proyecto de reforma.....	83
6.3. Protección a la propiedad privada de bienes de menores.....	87
6.3.1. Protección legal a los bienes de menores, incapaces y ausentes.....	88
6.3.2. Aspecto doctrinario en protección de bienes de menores, incapaces y ausentes.....	90
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

La razón que me motivó a investigar sobre esta materia, porque es de significativa relevancia la protección de los bienes de menores, incapaces y ausentes, circunstancia por la que me pareció de extremo interés general por tratarse de un trámite especial para la venta de los bienes de dichas personas.

El objetivo general de la investigación es demostrar que se da seguridad jurídica a las diligencias voluntarias extrajudiciales en la tramitación de la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, cuando el auto definitivo lo dicta un órgano jurisdiccional, en vez del notario que ha tramitado las diligencias, por lo que se hace necesario establecer de urgente necesidad la reforma al Decreto 54-77 del Congreso de la República, para que el órgano jurisdiccional tenga la facultad de resolver definitivamente.

Es de suma importancia proteger los bienes de los menores, a través de la legislación guatemalteca, específicamente en las diligencias voluntarias extrajudiciales para disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes ya que actualmente, la ley le da facultades amplias al notario para que inicie las diligencias, recabe la prueba correspondiente y luego emita el auto resolutivo.

En virtud que el notario está facultado para iniciar y finalizar diligencias voluntarias, éstos serán declarados con lugar, aunque la prueba y la tramitación señalen lo opuesto. En ese orden de ideas radica un inconveniente en las actuales tramitaciones extrajudiciales, ya que podrían presentar anomalías y vicios, toda vez que terceras personas podrían fácilmente disponer de los bienes de los menores contraviniendo así la protección que el Estado debe a la propiedad privada.

En razón de lo anterior, el capítulo I aborda el estudio sobre la protección integral de la niñez, especialmente en cuanto a legislación patrimonial de menores; el capítulo II estudia la jurisdicción voluntaria sobre los bienes de menores, incapaces y ausentes se

caracteriza por la ausencia de discusión entre las partes; en el capítulo III, establece el procedimiento de los procesos voluntarios extrajudiciales, son una de las formas en la que se puede llevar un asunto en los cuales no existe litigio; en el siguiente, capítulo IV la función del notario dentro de los procesos de jurisdicción voluntaria; en el capítulo V estudia Clases de procesos normados en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y sus formas de protección; finalmente en el capítulo VI, procedimiento voluntario extrajudicial para la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.

Entre los supuestos de la investigación están: en la tramitación de la disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes, el notario inicia las diligencias y las finaliza con el auto resolutive. La Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, le da suficientes facultades al notario para que inicie y finalice las diligencias para la disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes, aún sin hacer publicación de edictos.

Los métodos de investigación utilizados fueron: Deductivo: En la presente investigación se partió de la tramitación actual de la disposición y gravamen de los bienes de menores, incapaces y ausentes para llegar a la conclusión de reformar el Artículo 13 del Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala. Inductivo: Para llegar a una conclusión definitiva fue importante el análisis de los casos que se han tramitado judicial y notarialmente para plantear la necesidad de la reforma correspondiente. Analítico: Fue empleado para el desarrollo de la temática propuesta en el bosquejo preliminar de la investigación de la siguiente manera: estudio, observación, descripción y examen crítico de la bibliografía recabada. La técnica de investigación utilizada fue la documental.

Queda constancia de la inquietud que me ha motivado a elaborar esta investigación y que la pretensión se circunscribe a efectuar algún aporte, para rellenar el vacío bibliográfico que en el ambiente guatemalteco sobre este tema existe, así como incentivar la realización de nuevas y mejores investigaciones de carácter jurídico.

CAPÍTULO I

1. Menores de edad

La protección integral de la niñez y adolescencia es de primordial importancia para el Estado de Guatemala, especialmente en cuanto a legislación patrimonial de menores se refiere.

1.1. Definición

En cuanto al menor de edad establecen algunos autores que: “Minoría de edad, es la situación en que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad”.¹

El menor de edad tiene capacidad de obrar limitada, pues aunque hay actos que la ley le permite celebrar por sí mismo, la regla general es que el menor de edad se encuentre bajo la patria potestad de sus padres o, en su defecto la guarda de un tutor. Unos u otro le representarán para todos los actos que la ley no le permite llevar a cabo por sí mismo.

“Menor de edad es quien no ha cumplido todavía los años que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total

¹ Microsoft Corporation. **Diccionario encarta 2004. Pág. 251.**

autonomía de padres o tutores. Por analogía, el que no ha alcanzado el límite de edad determinada para realizar algún acto por su iniciativa; como los 18 años para trabajar con total independencia y percibir su salario”.²

“En sentido general, tener menos años, meses, días e incluso segundos que otro lo cual puede determinar situaciones tan importantes como la primogenitura, que cede a favor del de más edad o adquirir algún otro derecho dependiente del hecho del nacimiento. Estrictamente, la situación de incapacidad jurídica plena o atenuada en que se encuentran todas las personas desde el nacimiento hasta llegar a la mayoría de edad. Es decir, la condición del hijo de familia sometido a la patria potestad o la del pupilo sujeto a la autoridad del tutor y de los demás órganos tutelares”.³

Hugo D’Antonio, se refiere al estado de minoridad al decir que: “El estado de la persona natural constituye uno de sus atributos caracterizadores del cual carece la persona jurídica, y se lo define como el conjunto de cualidades que la ley toma en cuenta para atribuirle efectos jurídicos o bien la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades. En la realidad jurídica actual se han visto superadas distinciones que, anteriormente, diferenciaban a la persona por su condición social, por la religión o con motivo del sexo. Prerrogativas y consiguientes menoscabos, discriminaciones que resultan ahora totalmente inaceptables, como las referidas a las personas libres o esclavas; ciudadanos o extranjeros, religiosos, varones o mujeres y otras que rigieron durante siglos, han desaparecido para dejar

² Cabanellas Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 384.

³ **Ibid.** Pág. 386.

como principio rector de orden general la igualdad de derechos, cualquiera que sea la condición personal. Pero pese a esta evolución del derecho que encuentra culminación en la mencionada igualdad, persiste y habrá de perdurar una diferenciación que se basa en sustentos naturales y que se justifica por la particular orientación que deben tener las normas. La regulación jurídica de los menores de edad, en efecto, debe distinguirse de la destinada a la persona adulta porque los principios tutelares y pedagógicos a que debe responder imponen la separación”.⁴

La minoría de edad no constituye sino una restricción de la personalidad jurídica. Los que se hallen en ese estado son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del menor y un tercero.

La palabra menor proviene del latín **minor**, adjetivo comparativo que referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciando, de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial. Etapas de la vida que están caracterizadas por una situación de heteronimia, frente a esa otra situación de autonomía que es consustancial a quienes, va normalmente desarrolladas, alcanzaron la necesaria madurez de su personalidad para regir su propio destino. Se es así menor en comparación con la persona que ya es mayor y, de este modo, el adjetivo comparativo que al ser recogido por el derecho,

⁴ D´ Antonio, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. Pág. 40₃

determina una situación concreta de la vida humana a la que se denomina minoría de edad.

1.2. Análisis jurídico doctrinario

Al referirse a los derechos en cuanto a la capacidad el Artículo 8º. del Código Civil, estipula: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad.

Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.

Los menores de edad que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.

A pesar de su situación, la ley no ignora que el menor, según su edad y condiciones de madurez, puede realizar actos eficaces en el ámbito jurídico. Así, puede aceptar donaciones puras (que no impliquen obligaciones por su parte o estén sometidas a condición), ejercitar derechos de la personalidad (firmar una obra literaria o una partitura musical de las que sea autor), adquirir la posesión de los bienes o reconocer hijos. En no pocos supuestos de crisis matrimonial de sus padres, la situación de persona necesitada de una especial protección da derecho al menor a ser oído en las cuestiones que le puedan afectar. Bastantes legislaciones le permiten también otorgar testamento o contraer matrimonio a partir de una determinada edad (o hacerlo si se les

dispensa el impedimento de edad por la autoridad competente), ser testigos en un contrato o administrar los bienes que adquieran con su trabajo o industria.

Los actos que lleve a cabo un menor de edad, sin tener capacidad para ello, son impugnables por sus representantes legales o por él mismo cuando alcance la mayoría de edad. Pero no son radicalmente nulos, pues mientras no sean impugnados, son considerados válidos por el derecho.

El menor de edad puede ser emancipado por decisión de quienes ejerzan la patria potestad o por decisión judicial. En tal caso, será considerado mayor para actuar en la vida, pero seguirá requiriendo la actuación de sus representantes legales para llevar a cabo algunos actos señalados por la ley, y que pueden entrañar riesgo (por ejemplo, vender un bien inmueble).

Desde el punto de vista político, en las monarquías, cuando fallece el rey y su sucesor es aún menor, se articula la institución de la Regencia, al tiempo que se provee el sistema de tutela del rey menor de edad.

La minoría de edad comprende un período de la vida del hombre y este periodo no es, como pudiera deducirse del hecho cronológico que jurídicamente le ha servido de fundamento, exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las regula. Si bien el hombre, por el solo hecho de su existencia, es persona, y como tal, sujeto de derechos y obligaciones, hubo una época en la historia en que los hombres también

fueron cosas, objeto del tráfico jurídico por desconocerse u olvidarse de su dignidad.

El autor Mendizábal Oses al escribir sobre los menores de edad dice: “El hombre desde su nacimiento, tiene potencialmente capacidad jurídica, en los primeros estudios de su existencia, cuando se haya desprendido del seno materno goza de vida propia, carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente, condicionantes que en todo ser constituido normalmente se irán desarrollando con el mero transcurso del tiempo, acabarán por desarrollarse de forma progresiva y continuada hasta culminar en su plenitud, la cual es consecuencia directa de aquel desarrollo de la personalidad y, de ahí, el principio de que la capacidad jurídica de obrar y la plena responsabilidad o imputabilidad del sujeto por los actos que ejecute, están directamente relacionadas con el desarrollo físico, moral, emocional, intelectual y social de su personalidad”.⁵

Frente a esta noción genérica de la minoría de edad, existen otros criterios de mayor restricción sobre el significado de esta minoría, surgiendo como consecuencia de ello el problema de su apreciación por los sistemas jurídicamente contemporáneos.

“Las soluciones a las nociones adoptadas son dos:

⁵⁵ D’Antonio, Daniel Hugo. **Derecho de menores, teoría general.** Pág. 43.

La que determina con carácter general y de forma objetiva la edad a partir de la cual una vez cumplida, se alcanza la mayoría y, por tanto, se adquiere la plena capacidad jurídica de obrar y el sujeto es plenamente responsable de todos sus actos, sin perjuicio de irse fijando períodos precedentes, para conceder a cada persona una cierta capacidad o exigirle una responsabilidad atenuada por sus actos;

Es la que aprecia con matiz subjetivo el desarrollo de cada persona, para hacer depender de éste el grado de capacidad o incapacidad y consiguientemente, el de su inimputabilidad”.⁶

La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los postulados de la nueva ciencia jurídica de menores, en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre.

Consecuentemente, la concepción clásica de la capacidad jurídica y de obrar, en cuanto que establecía entre ambas una distinción tajante y que subdistinguía, asimismo, la capacidad de obrar en capacidad contractual y delictual, y capacidad para el ejercicio del derecho, se sustituye por una concepción unitaria del problema, ya que si el poder tener derechos es consecuencia del valor que la personalidad humana ostenta, incluso durante la minoría de edad, la capacidad de obrar es el

⁶ UNESCO. Derechos y deberes de los jóvenes. Pág. 9

resultado de la capacidad jurídica, ésta, a su vez, directamente deriva del valor que se atribuye a la personalidad.

Las características de la minoría de edad son:

a) Relatividad: Como podría parecer en una consideración simplista, no puede caracterizarse al menor de edad contraponiéndose sin más al mayor de edad; pues, aunque entre ellos existen fronteras tan decisivas como la de la patria potestad o la tutela que alcanzan a los menores, éstos según sus años, ofrecen una graduación progresiva de capacidad. En efecto, después de los 14 años, la menor puede contraer matrimonio (Artículo 81 del Código Civil); el varón a los 14 años está en las mismas condiciones, pero a los 18 años puede ya contratar sus servicios laborales, y contraer obligaciones.

b) Capacidad mínima: El menor de edad es un incapaz jurídico, absoluto en principio; pero atenuado por muchos preceptos legales, como los transcritos, y en la práctica, aunque los textos legales se resistan a admitirlo. El menor es un elemento muy activo en las relaciones jurídicas. A diario se ven jóvenes y niños, en todos los países, que viajan solos y pagan sus pasajes (contrato de transporte), que compran toda serie de artículos para sí y tal vez por presunto mandato de sus padres o mayores (compraventa), dan y reciben cosas en préstamo, forman parte de asociaciones, que responden de la custodia de sus útiles escolares (depósito), que alquilan bicicletas u otras cosas (arrendamiento), disponen de ciertos objetos con absoluto carácter de

dominio (propiedad), permutan esos mismos bienes con frecuencia; efectúan operaciones pignoraticias como libros, relojes y otros objetos, negociaciones rara vez impugnadas por falta de capacidad en el menor; entre otras múltiples actividades que demuestran cuán distante está la apariencia legal de la realidad y de la vida en esta materia.

Cabe advertir en la síntesis precedente que, no obstante inequívocas restricciones en cuanto a la capacidad del menor, dispone éste de potestad jurídica trascendente por dos facultades; la de casarse, que es disponer de la propia vida para toda la vida.

c) **Aspecto personal:** La situación jurídica del menor de edad se transforma por completo al llegar a la mayoría, y al anticiparse ésta en una forma más o menos absoluta, leal y definitiva, con la emancipación o con la habilitación de edad, sometido a la tutela, el menor de edad puede concurrir a las reuniones del consejo de familia.

El menor es representado por el tutor en todos los actos civiles, sin otras excepciones que las legales; y aquél debe a éste respeto y obediencia; y además queda sometido a la moderada corrección, según preceptúa el Artículo 351 del Código Civil. En materia matrimonial, el menor, mayor de 16 años, o 14 si se trata de mujer, pueden casarse. Puede también otorgar capitulaciones matrimoniales, con la concurrencia de las personas que deban aprobar el casamiento. Por el solo hecho del nacimiento se encuentran los menores sujetos a la patria potestad; aun cuando se vayan emancipando de ella paralelamente a su desarrollo y se adopten precauciones para preservarlos de la antinatural, por posible, oposición de los padres, e incluso para

separarlos de ellos por los malos ejemplos o peores tratos que los menores reciban de sus progenitores.

d) **Reconocimiento:** Para el hijo natural y menor se precisa de un acta de nacimiento, y lo mismo si es por testamento, la aprobación judicial.

e) **En lo hereditario:** En el derecho sucesorio, le está prohibido al menor de edad, ser albacea, ni con permiso paterno; sin duda por la enorme complicación que implican las opciones sucesorias a cargo de los testamentarios. No puede el menor testar a favor de su tutor, de no ser ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge; hasta que se haya aprobado la cuenta tutelar.

f) **Responsabilidad sui géneris:** El padre, en caso de muerte o incapacidad, la madre responde de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía; aun así, la responsabilidad cesa si las personas que los guardan prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, en cuanto a la reparación del daño e indemnización del perjuicio, se acepta la exención de no haber existido culpa ni negligencia de los padres o tutores.

g) **En derecho penal:** El menor es juzgado, en caso de delinquir, por el tribunal de menores. Si es mayor de 16 años pero no ha cumplido los 18, goza de una atenuante automática. Por el contrario, los menores pueden ser víctimas de numerosos delitos.

La circunstancia de ser menor de edad es una eximente, o causa de inimputabilidad establecida en el Código Penal (Artículo 23, inciso 1º.)

Para determinar la inimputabilidad de un sujeto deberá establecerse su edad en el momento de la comisión del acto.

Cuando un menor ejecute un hecho penado por la ley será confiado a los tribunales de menores.

La responsabilidad criminal declarada no comprende la responsabilidad civil, la cual será efectiva con sujeción a las reglas establecidas en el Artículo 116 del Código Penal que establece: “De los hechos que ejecutaren los menores serán responsables civilmente los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del que cometió el hecho”.

h) **En derecho laboral:** En el marco de esta rama jurídica, los menores de 14 años tienen por lo general prohibido el trabajo (Artículo 31 del Código de Trabajo), pero pueden celebrar contrato de trabajo con los representantes legales de éstos, y en su defecto necesitan autorización de la Inspección General de Trabajo (Artículo 32 del Código de Trabajo).

Los menores, en el caso de responsabilidad civil, responderán con sus bienes por los daños causados. Si fueren insolventes responderán subsidiariamente quienes tengan

su patria potestad o guarda legal.

En resumen, existe un verdadero estado de minoridad, ya que se tiene que tomar en cuenta la condición de menor para consagrar un cuerpo normativo de índole protector, en tanto así lo requiere la especificidad del sujeto. No debe confundirse esta verdadera diferencia de situación jurídica con lo concerniente a la regulación de la capacidad.

Esta, constituye uno de los atributos de la persona en general y la consagración de la incapacidad del menor tipifica uno de los elementos protectorios a los que recurre el derecho de menores, los elementos e instituciones de protección jurídica al menor tienen como fundamento su condición de ser en formación, cuyo incompleto desarrollo requiere el resguardo por parte de los responsables directos.

CAPÍTULO II

2. Jurisdicción voluntaria

La jurisdicción voluntaria en los procedimientos sobre bienes de menores se caracteriza por la ausencia de discusión entre las partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante del acto.

2.1. Definición

“Jurisdicción proviene del latín iuris dictio que quiere decir, acción de decir el derecho, no de establecerlo. Es pues, la función específica de los jueces. También, la extenuación y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de materia, ya sea por materia, ya razón de territorio; si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido”.⁷

Jurisdicción, proviene de la expresión latina iuris dictio que significa decir el derecho y alude a la función que asume el Estado, a través de los jueces y tribunales, de administrar la justicia, aplicando el derecho a los casos concretos que se les presentan. En este sentido se habla también de función jurisdiccional y corresponde a los juzgados y tribunales determinados por las leyes.

⁷ López M., Mario R. **La práctica en los procesos voluntarios extrajudiciales**. Pág. 23.

Con la palabra jurisdicción, se alude asimismo al conjunto de órganos que cumplen la función competencial. La administración de justicia se atribuye a un conjunto de funcionarios a los que se confían diversas materias, hablándose así de distintas clases de jurisdicción y competencias, en función de criterios de especialidad jurídica. Debe, por tanto, distinguirse entre la jurisdicción penal, la contencioso-administrativa, la civil y la social. Hay que destacar que la jurisdicción civil entiende no sólo de los asuntos civiles sino de todos aquéllos que no estén atribuidos a una jurisdicción distinta.

A su vez todos los órganos jurisdiccionales se encuadran o bien en la llamada jurisdicción ordinaria o en las jurisdicciones especiales. Pertenecen a la primera categoría los tribunales a los que se atribuye el conocimiento de aquellos procesos referidos a una generalidad de materias. Por otro lado, pertenecen a la jurisdicción especial aquellos tribunales que, autorizados por una norma, intervienen en casos específicos. Un ejemplo de autoridad especial (en algunas legislaciones) es la militar, que se mantiene limitada en el ámbito penal a los hechos tipificados como delitos acaecidos en el ámbito castrense. Otro ejemplo de tribunal no integrado en la jurisdicción ordinaria es el Tribunal de Cuentas, que tiene encomendado el enjuiciamiento de quienes, manejando caudales públicos, son imputados en un proceso.

“Jurisdicción no es ni más ni menos que el poder, la función o la actividad por medio de la cual el Estado administra justicia”.⁸

⁸ **Ibid.**

“Es la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”.⁹

“La jurisdicción es función pública, realizada por órganos del Estado, con las normas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada”.¹⁰

Por lo tanto, la jurisdicción es una función realizada por el Estado, regida por normas estipuladas en la legislación, determinándose el derecho de las partes, mediante el procedimiento legal establecido jurídicamente, para que el juzgador o el encargado de impartir justicia tome las decisiones acertadas según el conflicto.

En sentido amplio, se puede decir que, la jurisdicción no es más que la potestad, la función o la actividad que el Estado le confiere a determinados órganos para administrar justicia.

La jurisdicción es el poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es también el territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal, es el territorio al que se extiende.

⁹ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 469.

¹⁰ **Ibid.**

“La jurisdicción puede dividirse en jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. Siendo la jurisdicción contenciosa aquella en la cual existe disputa de las partes, contradicción en las partes; mientras que la jurisdicción voluntaria es la que ejerce el juez por medio de su intervención en un asunto que por su naturaleza o por el estado en que se haya no admite contradicción de parte”.¹¹

El Artículo 58 de la Ley del Organismo Judicial establece que: “La jurisdicción es única. Para su ejercicio se distribuye en los siguientes órganos:

- a) Corte Suprema de Justicia y sus Cámaras.
- b) Corte de Apelaciones.
- c) Sala de la niñez y la adolescencia.
- d) Tribunal de lo contencioso-administrativo.
- e) Tribunal de segunda instancia de cuentas.
- f) Juzgados de primera instancia.
- g) Juzgados de la niñez y de la adolescencia y de adolescentes en conflicto con la Ley
- h) Juzgados de paz o menores
- i) Los demás que establezca la ley”.

En la denominación de jueces o tribunales que se empleen en las leyes, quedan comprendidos todos los funcionarios del Organismo Judicial que ejercen jurisdicción, cualesquiera que sea su competencia o categoría.

¹¹ López M., Mario R. **Ob. Cit.** Pág. 24.

Como se puede apreciar, el Estado señala los órganos encargados de administrar justicia; pero en relación a la jurisdicción en general no nos extenderemos, sólo diremos que la jurisdicción y la competencia están reguladas en los Artículos 113 a 121 de la Ley del Organismo Judicial, por lo que para fines de estudio veremos la jurisdicción voluntaria desde el punto de vista legal.

La jurisdicción voluntaria es aquélla en que, sin juicio contradictorio, el juez o tribunal da solemnidad a actos jurídicos o dicta ciertas resoluciones rectificables en materia civil o mercantil.

“Es la que se ejerce inter volentes, o sea, aquélla que se debe a la concurrencia voluntaria de parte o se desarrolla entre personas que están de acuerdo o entre quienes no existe contención”.¹²

El libro cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil, titulado procesos especiales, en su título I, trata la jurisdicción voluntaria, comprendido en los Artículos 401 al 449.

La jurisdicción voluntaria puede ser judicial y extrajudicial.

¹² **Ibid.**

2.2. Jurisdicción voluntaria judicial

La jurisdicción voluntaria judicial es aquella en la cual la persona acude ante el órgano jurisdiccional competente para obtener una declaración relativa a sus intereses, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

El Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil estipula que “la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.

El Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que “las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de Primera Instancia, y cuando fuere necesario la audiencia de alguna persona, se le notificará para que, dentro de tercero día, la evacúe”.

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

Se oirá al Ministerio Público:

- Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos;
- Cuando se refiera a personas incapaces o ausentes.

Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponda a deducir sus derechos.

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

Dentro de las declaratorias voluntarias judiciales podemos mencionar las siguientes:

- a) Declaratoria de incapacidad;
- b) Declaratoria de ausencia y muerte presunta;
- c) Declaratoria de utilidad y necesidad;
- d) Declaratoria supliendo el consentimiento para contraer matrimonio;
- e) Declaratoria de divorcio y separación;
- f) Declaratoria de reconocimiento de preñez y parto;
- g) Declaratoria de cambio de nombre;
- h) Declaratoria de identificación de persona;
- i) Declaratoria de asiento de partida;
- j) Declaratoria de rectificación de partida;
- k) Declaratoria para constituir patrimonio familiar;
- l) Declaratoria de adopción.

2.3. Jurisdicción voluntaria extrajudicial

“La jurisdicción voluntaria es la que el notario ejerce sin mayores solemnidades, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre las partes, es decir, que la idea sigue ajustándose al principio romano, en cuanto no exige que la cuestión se resuelva por una sentencia en sentido estricto, sino por un mero reconocimiento de derecho. Es por esta naturaleza que el Estado atribuye, mediante ley, una cierta jurisdicción a los notarios, dado que por su función de dar fe pueden imprimir su ministerio a aquellos actos en los que se precisa solo de certificar la existencia de derechos sin contención”.¹³

La jurisdicción voluntaria extrajudicial es la que se efectúa fuera o al margen de un juez o tribunal en algunos casos, facultando al notario para que diligencie el procedimiento.

El Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala (Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria) regula la tramitación notarial en la jurisdicción voluntaria.

Según los principios fundamentales de la tramitación notarial voluntaria es necesario el consentimiento unánime de los interesados, pero si alguna de las partes, durante la tramitación manifiesta oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal que corresponda.

¹³ Pallarés, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Pág. 315.

Las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional, pero debiendo contener: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario.

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

Como se indicó anteriormente el notario podrá pedir datos o informes que sirvan para la tramitación del expediente, si no fueren proporcionados los informes solicitados, el notario puede acudir al juez de primera instancia jurisdiccional para apremiar al requerido, en esto es necesario tener presente la relación existente con el Artículo 183 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual el juez de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso; ahora bien, si los informes no son proporcionados se requerirá al juez de primera instancia para apremiar al requerido; los apremios están regulados en los Artículos del 178 al 187 de la Ley del Organismo Judicial, en los cuales se manifiesta que los apremios pueden ser: apercibimientos, multas o conducción, salvo cuando la ley disponga otra cosa.

Estas medidas coercitivas se impondrán por los tribunales para que sean obedecidas sus resoluciones, a las personas que han rehusado cumplirlas en los plazos correspondientes, a excepción del apercibimiento que se impondrá desde la primera resolución que establezca el mandato del juez.

En los casos que la ley disponga será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, quien deberá evacuarla en el plazo de tres días, antes de dictar cualquier resolución bajo pena de nulidad de lo actuado.

El notario podrá recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación en casos de duda o cuando lo estime necesario.

Cuando la opinión de la Procuraduría fuere adversa, el notario previa citación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución.

Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la certificación notarial de la resolución o fotocopia o fotostática auténtica de la misma. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado por el notario, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado.

Al haberse concluido la tramitación del expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, quien dispondrá la forma de que se archive.

que se archive.

La Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria regula la tramitación de las siguientes diligencias:

- a) Ausencia.
- b) Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.
- c) Reconocimiento de preñez y parto.
- d) Partidas y actas del registro civil.
- e) Patrimonio familiar.
- f) Adopción.

2.4. Jurisdicción contenciosa

“La jurisdicción contenciosa se 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”.¹⁴

La jurisdicción contenciosa es aquella en la cual existe disputa entre las partes, o contradicción en las mismas.

¹⁴ Aguirre Godoy Mario **Derecho procesal civil**, Pág. 87.

Por lo tanto, la jurisdicción contenciosa, es aquella en que existe contienda, contradicción, que es sometida a un órgano jurisdicción para su conocimiento y resolución en su oportunidad.

La jurisdicción contenciosa es la que se ejerce en forma de juicio sobre pretensiones o derechos contrapuestos de las partes litigantes.

El Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que :
“La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones”.

CAPÍTULO III

3. Procesos voluntarios extrajudiciales

Los procesos voluntarios extrajudiciales son una de las formas en la que se puede llevar un asunto en los cuales no existe litigio y en uno de esos procedimientos podemos encontrar la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces o ausentes.

3.1. Disposiciones Considerativas en la Ley

Los procesos voluntarios extrajudiciales, están normados por la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala).

La parte considerativa de la ley, expone: “Que actualmente la mayor parte de las materias comprendidas en la denominada jurisdicción voluntaria, están atribuidas a los órganos jurisdiccionales con el consiguiente recargo en el volumen de trabajo que soportan los tribunales.

Que en distintos congresos científicos se ha señalado la importancia de la función notarial en la celebración de los actos jurídicos y la necesidad de ampliar su campo de aplicación.

Que los notarios, como auxiliares del organismo jurisdiccional, colaboran eficazmente con los tribunales, a través de su fe pública, en la instrumentación de actos procesales;

Que de acuerdo con el sistema jurídico vigente en Guatemala, los notarios pueden tramitar procesos sucesorios en forma extrajudicial, así como también autorizar matrimonios, y ambas regulaciones legales sólo han producido resultados beneficiosos;

Que por esas razones, es conveniente ampliar al función del notario a fin de que pueda llevar a cabo los distintos actos en que no hay contención, para facilitar la celebración de los actos de la vida civil”.

Los principios fundamentales regulados que la ley son los siguientes:

a) **Consentimiento unánime:** para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados.

Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación, manifestare oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente.

En estos casos el notario tendrá derecho a percibir los honorarios que se hayan

pactado a los que disponga el respectivo arancel.

Desde el momento en que una de las partes se opone a las diligencias extrajudiciales, el caso se vuelve contencioso, por lo que el notario no tendrá competencia para continuarlo, y será un órgano jurisdiccional el encargado de seguirlo y hacerlo fenecer, por lo que el notario tendrá que remitir el expediente por no tener competencia notarial.

b) **Actuaciones y resoluciones:** todas las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional, pero debiendo contener: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. Los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario.

El notario levantará acta de todas las diligencias que realice en el procedimiento extrajudicial, desde el momento en que se radican las diligencias, la declaración de testigos, etc. se faccionarán acta notarial, a excepción de las resoluciones las cuales contendrán los requisitos que se mencionaron anteriormente y cumpliendo con las estipulaciones contenidas en los Artículos 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

c) **Colaboración de las autoridades:** los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes; cuando no le

fueren proporcionados después de requerirlos tres veces, podrá acudir al Juez de Primera Instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido.

En este caso el notario podrá pedir datos o informes que sirvan para la tramitación del expediente, si no fueren proporcionados los informes solicitados, el notario puede acudir al juez de primera instancia jurisdiccional para apremiar al requerido, en esto es necesario tener presente la relación existente con el Artículo 183 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual el juez de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso; ahora bien, si los informes no son proporcionados se requerirá al juez de primera instancia para apremiar al requerido; los apremios están regulados en los Artículos del 178 al 187 de la Ley del Organismo Judicial, en los cuales se manifiesta que los apremios pueden ser: apercibimientos, multas o conducción, salvo cuando la ley disponga otra cosa.

Estas medidas coercitivas se impondrán por los tribunales para que sean obedecidas sus resoluciones, a las personas que han rehusado cumplirlas en los plazos correspondientes, a excepción del apercibimiento que se impondrá desde la primera resolución que establezca el mandato del juez.

d) **Audiencia a la Procuraduría General de la Nación:** en los casos que esta ley disponga, será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, la que deberá evacuarla en el término de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo

pena de nulidad de lo actuado.

El notario podrá recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación en los casos de duda o cuando lo estime necesario.

Cuando la opinión de la Procuraduría General de la Nación fuere adversa, el notario previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución.

e) **Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite:** esta ley es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación notarial se permita, sin perjuicio de que también puedan tramitarse ante notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Los interesados tienen opción a acogerse al trámite notarial o al judicial, según lo estimen conveniente y, para la recepción de los medios de prueba, deben de observarse los requisitos que preceptúan el Código Procesal Civil y Mercantil.

En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial o viceversa.

En el primer caso, el notario debe enviar el expediente al tribunal que sea competente.

Las partes tiene la oportunidad de decidir si el caso se tramita por la vía voluntaria extrajudicial o judicial, en virtud que la ley no obliga a los requirentes a que sigan

determinada vía, por lo que queda a discreción del requirente el trámite del asunto. Lo que sí convierte en judicial un trámite extrajudicial, es la oposición de alguna de las partes, por lo que el notario se ve impedido de seguir conocimiento y remitirá las diligencias al órgano jurisdiccional para que siga la tramitación, asimismo puede remitir el expediente al juez competente cuando alguna de las partes desee convertir el trámite notarial extrajudicial en judicial.

f) **Inscripción en los registros:** para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la certificación notarial de la resolución, o fotocopia o fotostática auténtica de la misma. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado, por el notario, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado.

g) **Remisión al Archivo General de Protocolos:** una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive.

3.2. Disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil

El Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil, estipula: “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de lo interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.

Las informaciones que las leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificación de partidas, etcétera, y todos los que no tuvieran especialmente reglamentadas, se sujetarán a lo dispuesto a la jurisdicción voluntaria, aplicándose, además, lo que particularmente establezcan como requisitos especial las leyes respectivas.

El Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece: “Las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia; y cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que, dentro del tercer día, la evacúe.

Los documentos que se presentaren a las justificaciones que se ofrecieren serán recibidas sin necesidad de citación.

Se oirá a la Procuraduría General de la Nación:

- a) Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos.
- b) Cuando se refiera a personas incapaces o ausentes”.

Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos.

Si la solicitud se hiciera por quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará

de oficio.

El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidos para la jurisdicción contenciosa.

3.3. Asuntos relativos a la persona

Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o no, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, de toda sociedad política y jurídicamente organizada.

Dentro de los asuntos relacionados a la persona y la familia tenemos:

- a) Declaratoria de incapacidad.
- b) Ausencia y muerte presunta.
- c) Disposiciones relativas a la administración de bienes de menores incapaces y ausentes.

3.3.2. Disposiciones relativas a los actos del estado civil

Dentro de las disposiciones relativas al estado civil de las personas en asuntos de jurisdicción voluntaria tenemos:

- a) Reconocimiento de preñez y parto.
- b) Cambio de nombre.
- c) Identificación de persona.
- d) Asiento y rectificación de partidas.
- e) Patrimonio familiar.
- f) Subastas voluntarias.

3.3.3. Procesos sucesorios

Dentro de las disposiciones relativas a la sucesión de una persona en cuanto a sus derechos y obligaciones tenemos:

- a) Sucesión testamentaria.
- b) Sucesión intestada.
- c) Sucesión vacante.

3.4. Fines del proceso voluntario extrajudicial

Los fines principales que conlleva el proceso voluntario extrajudicial son los siguientes:

a) **Descargar el trabajo de los órganos jurisdicciones:** Al dar competencia al notario para que se haga cargo de los diversos casos en la jurisdicción extrajudicial, disminuye el trabajo de tribunales, a fin de que los jueces le presten mayor importancia a juicios civiles que son contenciosos, descargando el conocimiento de casos en los cuales las partes llegan a obtener resoluciones extrajudiciales sin acudir a órganos jurisdiccionales.

b) **Dar mayor fluidez al trabajo del notario:** Al notario por tener fe pública se le da la oportunidad de conocer procedimientos voluntarios extrajudiciales para inicie y finalice ese tipo de diligencias para beneficio de los órganos jurisdiccionales y de su persona, el primero porque reduce el trabajo tribunalicio descargando el trabajo de los órganos jurisdiccionales, y el segundo porque el trabajo desarrollado lleva como causa el pago de honorarios.

c) **Acelera el procedimiento:** Los procesos voluntarios extrajudiciales aceleran el procedimiento, en virtud que las diligencias notariales fenecen en el menor tiempo posible, ya que el notario está en contacto con las partes y de esa forma las actas y resoluciones se faccionan en el mismo instante, se notifican y se resuelven sin esperar semanas o meses, como sucede con los órganos jurisdiccionales.

d) **Economía procesal:** En estos casos los procedimientos notariales extrajudiciales se

efectúan con mayor rapidez y el pago de honorarios es menor, en virtud que todas las diligencias se hacen en las oficinas del notario en el instante en que son requeridas, por lo que se diferencian del proceso voluntario judicial, ya que en éstos el abogado debe acudir constantemente a los órganos jurisdiccionales por notificaciones, resoluciones, audiencias, entrega de memoriales, etc; lo que significa que los honorarios sean mayores.

e) **Inmediación procesal:** Las partes están en constante contacto con el notario que realiza las diligencias extrajudiciales, para enterarse y ser notificados de las resoluciones extrajudiciales, lo que significa ahorro económico de las partes, ya que en las diligencias judiciales en muchas oportunidades tiene que esperar horas para ser atendidos por el oficial del órgano jurisdiccional, y en otras oportunidades deben volver al tribunal en diferentes ocasiones para ser atendido.

“A la jurisdicción contenciosa se le caracteriza particularmente por la existencia del contradictorio, o sea, la disputa de partes sobre determinado asunto, cuya resolución se persigue mediante la actividad de los órganos estatales, aunque, afirma también, debe advertirse que en la jurisdicción contenciosa no existe siempre contradictorio como sucede en los casos de sumisión del demandado o en los juicios en rebeldía. Por el contrario, lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión de partes, y la actuación de los órganos del Estado, se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto”.¹⁵

¹⁵ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 85

A la jurisdicción voluntaria, se le ha dado en llamar: jurisdicción graciosa, jurisdicción no contenciosa, jurisdicción voluntaria notarial, jurisdicción voluntaria en sede notarial, jurisdicción voluntaria ante notario. La idea es la misma, los asuntos se pueden conocer, tramitar y resolver ante notario, sin que exista contención entre las partes.

CAPÍTULO IV

4. El notario en jurisdicción voluntaria

4.1. Definición

“Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme al ordenamiento jurídico, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Se trata de un funcionario de características especiales, dada la complejidad de su misión y los amplios conocimientos de derecho que se requieren para llevarla a cabo; la independencia con la que procede, decidiendo por sí y ante sí; la posibilidad de que sea elegido con libertad por los particulares, salvo excepciones; y la forma especial de remuneración procedente para los mismos”.¹⁶

“Además de la función primordial de dar forma y autenticar los actos y negocios jurídicos de los particulares, el notario realiza otras actividades que pueden ser previas al otorgamiento del instrumento y preparatorias del mismo, posteriores y complementadoras de la actividad instrumental —recepción de depósitos y expedición de comunicaciones entre otros — o independientes del instrumento, como son las certificaciones o los testimonios”.¹⁷

“La palabra notario, se deriva del latín notarius, que es el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes”.¹⁸

¹⁶ Microsoft Corporation. **Diccionario encarta 2007**. Pág. 152.

¹⁷ **Ibíd.**

¹⁸ Real Academia Española. Diccionario. Pág. 1344.

“Un notario o escribano es el individuo, generalmente un jurista, autorizado conforme a las leyes para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales de naturaleza civil y mercantil, así como para asesorar a las personas que a él acuden, redactar escrituras y actas, elaborar testamentos y custodiar los protocolos de la notaría. Está obligado, por ley y por ética profesional, a mantener la neutralidad en sus actos, lo cual lo distingue de los abogados postulantes, quienes deben tomar parte y estar del lado de sus clientes o representados”.¹⁹

4.2.1. Función notarial

El Congreso Internacional del Notariado Latino, reunido en Buenos Aires en 1948, convino en formular la siguiente definición del notario de tipo latino: “Profesional de derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido” .

La diferencia entre el funcionario público-notario y el funcionario del Estado, radica en que aquél no está retribuido con fondos públicos, no está sometido a jerarquía técnica, aun cuando pueda ser controlado por organismos superiores del Estado; porque admite la libertad de elección del notario por el usuario del servicio y porque no hay

¹⁹ Chocano, Diego. **El ejercicio del notariado**. Pág. 65.

responsabilidad del Estado por las reparaciones que correspondan a un mal ejercicio de la profesión o a una desviación de conducta.

Se destaca la condición de profesionales de derecho en cuanto ello reporta una doble ventaja. La primera, de afirmar el ejercicio libre de la profesión descartando la estatización a que antes se hacía referencia. Y la segunda, porque asegura una idoneidad técnica que permite cumplir con todos los complejos aspectos que implica el ejercicio integral de la función notarial, satisfaciendo las crecientes necesidades de un público cada vez más ansioso de información y asesoramiento frente a un derecho más y más complejo.

Asegurar la más alta capacitación técnica del notario se consideró siempre de vital importancia para el cumplimiento de sus fines, prueba de ello es que el I Congreso Internacional (Buenos Aires, 1948), resolvió al respecto: “Los estudios deberán ser universitarios y abarcarán la totalidad de las disciplinas jurídicas; sin perjuicio de lo enunciado, se reputa necesaria e indispensable la especialización, por medio del estudio sistematizado del derecho, en los aspectos que son de aplicación por el notario en el ejercicio de su funciones”.

Este concepto de función pública atribuida a un particular, puede resultar espectacular teniendo en cuenta la importancia de los poderes delegados a los notarios, no es la única en los ordenamientos positivos, porque también son funciones públicas a cargo de particulares, las que cumplen los testigos, los peritos, etc., aunque no tengan la

permanencia del notario frente a su función.

Esta parte de la definición destaca un aspecto de la función jerarquizada por las dificultades de aplicación de un derecho moderno cada vez más complejo. Tiene que ver con la obligación profesional de asesoramiento a efectos de ajustar el querer de las partes a la conducta querida o permitida por la ley. La función directiva, en el sentido de asesorar, informar, aconsejar, a efectos de conciliar y coordinar mediante la prestación de una correcta asistencia técnica, lo que se quiere con lo que se puede hacer. Ejercicio estricto de una profesión de derecho que cubre la legalización o enlace del acto con la norma de derecho le resulta aplicable, a efectos de que haya conformidad entre ambos.

Supone la parte más técnica de la función notarial. El acto que se proponen realizar los particulares requiere la creación de una forma jurídica interna que lo haga apto para ser revestido de una forma instrumental. El notario forma un derecho vivo, con multitud de formas contractuales, no siempre fáciles, porque anotados los actos encuadran dentro de una categoría jurídica definida. Habrá primero dirección de los intereses en juego que permita llegar al acuerdo; luego, legalización que rodea al acto de todos los requisitos necesarios para su validez, adaptándolo a lo permitido y calificándolo según la categoría jurídica que le corresponda.

Que la función notarial no es en la actualidad meramente autenticante, sino que todo lo relativo al asesoramiento debido que las partes se ha convertido en una forma habitual del ejercicio de la profesión, es un hecho del cual la colectividad notarial ha dado abundantes pruebas de estar absolutamente convencida. Lo demuestran las siguientes

resoluciones extractadas de diferentes congresos y reuniones notariales de carácter internacional:

a) III Congreso Internacional. París, 1954. “En todos los países de la Unión, el notario desempeña una función activa, siendo doble su misión. Aconsejar o asesorar a las partes como profesional de derecho. Redactar y autorizar los documentos, ejerciendo la fe pública notarial. En consecuencia, resuelve por unanimidad: que el aspecto o cualidad de asesor en el notario sea expresamente reconocido por los poderes públicos en los países de la Unión en que todavía no lo fue”.

b) IV Congreso Internacional. Rio de Janeiro, 1956. “El notario latino, por el hecho de estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como un asesor de las partes en cuanto a ella; además ante su oscuridad, sus contradicciones y sus omisiones, él está llamado a aclararlas e interpretarlas”.

c) II Encuentro Notarial Sudamericano. San Pablo 1966. “El notario como profesional de derecho, tiene como función la de asesorar a las partes en los aspectos relacionados con el negocio jurídico que se le somete, inclusive, en lo que hace al derecho tributario, no teniendo su actividad asesora más límites que la ilicitud”.

d) IV Encuentro Notarial Americano, Bogotá, 1968.- “Al fijarse la competencia del notario, debe tenerse en cuenta su doble condición de fedatario y de jurisperito de la contratación, vale decir: el texto legal ha de recoger con claridad y precisión no sólo su función auténticamente, sino también la de asesoramiento y la de formación del

documento receptivo de su que hacer, conjunción funcional de la que deviene su carácter de configurador de actos y negocios jurídicos que tipifican al notario del sistema latino”

4.2.2. Redacción de los instrumentos adecuados al fin notarial de la jurisdicción voluntaria

Es igualmente necesario señalar lo importante de la redacción a cargo del notario de los documentos que autenticará. En esta facultad de redacción se mueve con total independencia técnica, y de su mayor o menor capacidad para ello resultará en mucho el éxito futuro de los resultados del acto contenido en su documento.

La creación de una forma jurídica externa supone un proceso documental que recoge los hechos de fondo que se proponen realizar a los particulares y los califica, aplicando el derecho que les corresponde, dirigiendo y adaptando conductas, relatando y coordinando manifestaciones y actos, sancionándolos formulariamente.

4.2.3. Función de autenticidad notarial

Se llega a lo clásico y más conocido de la actividad notarial. El notario fue antes que nada auténticamente, en cuanto siempre gozó del poder de garantizar la certeza de un

hecho, y continúa siéndolo en aquellos países americanos donde la dación de fe constituye la esencia fundamental del ejercicio profesional.

Pero, evidentemente, la complejidad del derecho actual ha creado necesidades sociales que los usuarios precisan satisfacer no sólo en la etapa de redacción de los documentos sino hasta en los preparativos de los actos jurídicos que se proponen realizar. Surge así la función de asesoramiento jurídico que tiene carácter precautorio o cautelar, tratando de precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica puede acarrear, y se traduce en dirigir parcialmente a los particulares en la individualización regular de sus derechos subjetivos.

El notario sigue expidiendo documentos en el ejercicio de la fe pública de que está investido. Pero su cliente le exige cada vez más. No basta el asesoramiento de la correcta calificación del negocio a realizar, ni siquiera la seguridad que otorga su intervención de que el acto contenido en la forma documentaría no contendrá nada contrario a las leyes. Se le pedirá, o por lo menos, se esperará de su gestión, el logro de la máxima eficacia jurídica en relación a los fines queridos o pretendidos por las partes. Llegará así la legitimación a través de la cual, el notario, conectando cada acto con las distintas situaciones jurídicas que le sirven de base, producirá un documento del cual resultará todo lo necesario para que quede probado lo relativo al éxito jurídico integral del negocio realizado. En un derecho cada día más importante y lo más apreciado de su gestión. Su desarrollo será, sin duda, garantía de la propia subsistencia.

Esta eficacia que debe esperarse como resultado de un buen ejercicio de nuestra función, fue expresamente recogido en el V Encuentro del Notariado Americano (Puerto Rico, 1969) que resolvió: “El notario está, pues, obligado a entregar a las partes un documento formalmente válido con efectos respecto de terceros, y debe procurar, además, que mediante su asesoramiento y técnica aplicada a la redacción, el negocio que contenga, sea, también válido y tenga plena eficacia legal”.²⁰

4.3. Análisis doctrinario

Desde el punto de vista doctrinario con relación a los diversos campos en la competencia del notario.

4.3.1. Competencia notarial

La fideidatio no es función exclusivamente atribuida a órganos escribanos públicos. Si bien su ejercicio por parte de éstos ofrece algunas particularidades. Por el contrario, lo típicamente notarial se haya en el punto de la competencia.

Hay acuerdo general respecto de la realidad de dos de sus especies: territorial y material. Con relación a una tercera en razón de las personas no existe unanimidad doctrinaria, fenómeno que mueve a intentar un ensayo que rectifique al mismo tiempo algunas formulaciones insatisfactorias.

²⁰ **Ibíd.**

4.3.2. Competencia por razón de fe pública

“El ejercicio de la potestad fedante atribuida al órgano notarial se encuentra limitado a un preciso ámbito territorial, expresión que se entiende comprensiva de suelo, subsuelo y aire, y que el Código Civil argentino denomina distrito.

Se cree necesario puntualizar que el mismo comprende todo el territorio del Estado creador del órgano, salvo expresa disposición restrictiva. Cuando esto ocurre, la norma que le asigna sólo una circunscripción estatal se nutre de motivos que se pueden llamar sin mengua de su seriedad utilitarios, en confronte al carácter esencial del principio que establece su límite máximo. El distrito no puede exceder el territorio del respectivo Estado, puesto que sólo en él el órgano es tal.

Basado en ello, se propone despejar equívocos precisando la relación hecho-espacio, básica para aprehender correctamente el tipo sub examen. Podría sustentarse, al respecto, la idea de que el hecho deba producirse en el ámbito especial asignado para ser objeto de legítima fedación. Se considera defectuoso tal criterio, por excluir hipótesis válidas. Es menester reparar, para demostrarlo, en que el cometido notarial se presta sobre el apoyo de percepciones que el agente hace de la realidad. No interesa, por ende, el lugar del hecho, sino el de su percepción. El notario se encuentra autorizado a receptar con algunos o todos sus sentidos no sólo las manifestaciones producidas en el espacio asignado. También lo está respecto de las que acaecen fuera del mismo pero que él percibe desde su distrito.

4.3.3. Competencia por razón de la materia

Esta es el verdadero núcleo en el punto de la competencia notarial: la que se estructura en razón de la materia.

Podría pensarse que corresponde precisarla enumerando las distintas especies y subespecies de contenidos. Tal criterio apuntaría fundamentalmente a deshacer las apreciables diferencias que separan a los hechos, actos y negocios jurídicos, base de la distinción en la disciplina entre escrituras públicas y actas.

Tal enfoque legítimo y provechoso con miras a una sistematización del instrumento distorsiona la realidad del objeto de la función fedacional, que es invariablemente un hecho (o una pluralidad de hechos). es indiferente al fin, que los mismos conformen o no un acto o negocio. No se minimiza, de tal forma, el valor de la función fedante; por el contrario, se la ajusta a la preceptiva legal, según intentaremos luego desarrollar in extenso.

4.4. Métodos para determinar la competencia notarial en jurisdicción voluntaria

Martínez Segovia detalla los siguientes métodos de competencia:

a) **Determinación por inclusión:** En éste, se entiende que existe una verdadera imposibilidad práctica en enumerar la casi infinita gama de hechos que conforman la competencia real asignada al órgano escribano público.

b) **Determinación esencial:** Se desea hacer objeto de especial atención el plausible ensayo del mencionado autor, tendiente a la determinación esencial de la competencia que se analiza.

Se hayan las diferencias que se separan en el plano doctrinario, no así en el del afecto interpretando su alusión a las relaciones jurídicas en el sentido de los hechos que las confirman.

Aun así, persisten las discrepancias respecto de dos tópicos: su exclusión de las hipótesis de voluntades divergentes y de las de interés de la comunidad jurídica (Estado).

En razón de que se deben de ocupar de estas últimas al tratar la competencia *ratione personae*.

“El divorcio, en cambio está fuera del área de la función notarial porque existe la particularidad de las voluntades divergentes, de la disociación de la voluntariedad

anterior y la compulsión para una o ambas partes, siempre al referirse al aspecto expatrimonial”²¹.

No se cree que la divergencia de voluntades obste a competencia notarial. La comulación de una oferta y su no aceptación por el destinatario, por ejemplo, son hechos contenidos en ella (desatendiendo de la suerte del negocio que se haya pretendido realizar, que obviamente no se concluirá).

Igual opinión se manifiesta con relación a los supuestos de disociación de la voluntariedad anterior, con el irrefutable argumento del distracto.

Se comparte, sí, su opinión inicial acerca del divorcio imposible de recatar para el notariado en esa época pero por diferente razón: la irrelevancia de la autonomía de la voluntad para configurarlo, toda vez que debía fundarse en causales taxativamente enumeradas en la ley, de demostración necesaria.

c) **Determinación por exclusión:** Se cree que es éste el método que debe adoptarse para elucidar el tema que se estudia.

“La función fedante de anticontenciosa y reservan a la competencia notarial los derechos de la normalidad y sin contienda, con exclusión de toda cuestión controvertida, colisión o anormalidad”²².

²¹ Colegio de Escribanos de Argentina. **Revista del notariado**. Pág. 297.

²² **Ibid.**

Lejos se está de calificar a la fideidatio de potestad contenciosa, carácter que tampoco posee no obstante la frecuente cita en tal sentido la jurisdiccional. Sólo se desea impugnar el corolario final que se desprende de tales posturas, que el autor de la obra expresa así.

“Tiene importancia que se adquiera plena conciencia de ese deslinde, porque la actitud notarial cambia fundamentalmente en cualquier instante en que adquiere el comienzo de la contienda. La actitud, entonces, es de haber entrado en un caso de incompetencia material que obliga a separarse del conocimiento del asunto”²³.

“Cuando debe asentar un hecho en acta notarial, formular una protesta o realizar cualquier otro acto notarial conservatorio o preparatorio del caso judicial inmediato o potencial, el asesoramiento, consejo y actuación pericial corresponden al abogado. Son casos en que las escrituras deben realizarse con minuta previa del letrado defensor, como es frecuente, también, en los mandatos la existencia del hecho y descargo sólo allí toda la fuerza del acto notarial, pero las reservas, las fundamentaciones de carácter jurídico están excluidas, por excepción de su competencia profesional, porque están relacionadas con el caso judicial”²⁴.

²³ **Ibíd.**

²⁴ López, Mario Rene. **Ob. Cit.**, pág. 187.

El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia.

Se le asigna al mismo el valor de una norma general, que comprende en su amplitud todas las especies del que hacer fedante, carácter que igualmente se proclama respecto del propio título en el que aquél se inserta. Por ende, no se considera adecuada la sistematización genérica del instrumento público en el cuerpo legal destinado a reglar, en exclusividad, la materia civil, en la que se proyectan sólo algunos de sus tipos.

No obstante ello, se insiste que de no hacerlo se pagaría tributo al error metodológico, sacrificando la primacía del contenido y señalando el carácter general de las disposiciones legales, aplicables a todos los instrumentos públicos, salvo los casos de real incompatibilidad.

Centrando el enfoque en la competencia notarial *ratione materiae*, la amplitud que a la misma contiene lo diversos ordenamientos locales, excediendo el ámbito de los actos jurídicos.

Tales consideraciones llevan a conceptuarlo sin esfuerzo como el órgano fedatario nato, teniendo asignada en principio una competencia *in totum* respecto del género hecho jurídico. Los casos sustraídos de la misma implican, consiguientemente, expresas

excepciones legales que evidencian el carácter excepcional de su incompetencia.

De ahí que desechando el método enumerativo se formula el principio por exclusión: la competencia comprende todos los hechos que no han sido asignados en exclusividad a otro órgano fedatario. Acorde a tal premisa y a las leyes que presiden la lógica formal se infiere que la excepción a la acepción torna vigente el enunciado principio.

d) **Competencia por razón de la persona:** Siendo ésta la especie de competencia notarial que menos tratamiento doctrinario ha merecido, se cree factible y conveniente repasar las posiciones sustentadas. La postura tradicional de la mayoría de los tratadistas argentinos consiste en aprehenderla mediante una interpretación a contrario de la preceptiva del Artículo 985 del Código Civil. De tal modo, la competencia examinada estaría constituida por los supuestos en que el autorizante o sus parientes dentro del cuarto grado no fuesen personalmente interesado, criterio que ha concebido una casi unánime adhesión.

“Según el autor comprende los individuos, expresión que se encarga de explicar como equivalente según entendemos a la de personas de derecho privado”²⁵.

La actuación del notario queda excluida de todos aquellos supuestos en lo que el Estado (y sus órganos) se presentan investidos de imperium y con órganos propios de formalización.

²⁵ López, Mario Rene. **Ob.Cit.**, pág. 194.

Por lo expresado, la competencia sobre las personas queda ampliada hasta contener a las personas de derecho público, sin excepción alguna.

4.5. Conservación de documentos notariales en jurisdicción voluntaria

Incluir estos conceptos en la definición de notario, tiene relación con el funcionamiento de los registros notariales. El mantenimiento de los originales firmados por las partes en los archivos a su cargo, ha dotado a los documentos de la máxima seguridad en cuanto a su conservación y a la integridad de su texto. Para el tráfico jurídico, la ley autoriza a expedir documentos de reproducción, ya sea copias o testimonio con igual valor que el original, el que admite en caso de duda la posibilidad de cotejo con la matriz. Sin olvidar, como parece haberlo hecho la definición comentada, a los documentos extrarregistrales expedidos en su original, como los certificados, o las actas notariales, en aquellos regímenes donde no es obligatoria su protocolización.

4.6. Requisitos para obtener la investidura de notario

Analizada la definición internacional referida, conteniendo lo que se considera elementos fundamentales que determinan un común denominador del notario latino,

estudia los requisitos previos a la obtención de la investidura, donde también se encuentra un curioso paralelismo en las exigencias reclamadas a tales efectos:

a) **Suficiencia técnica:** Se dijo que el notario latino es un profesional de derecho a cargo de una función pública. Tal exigencia está destinada a asegurar que la presentación de la función esté a cargo de agentes con la suficiente capacitación técnica como para desarrollarla dentro de un marco que haga posible cumplir con los requerimientos de asesoramiento, legalización, legitimación, configuración jurídica y autenticación que impone la moderna concepción de la actividad notarial.

Dicha necesidad de especial preparación jurídica se satisface en los regímenes notariales latinos al más alto nivel, ya sea con la obtención del título universitario de escribano público, como sucede en Uruguay, o con el de abogado, con o sin posterior especialización de práctica notarial u otro título otorgado universitario similar. Pero en todo caso, la función estará a cargo de jurisperitos con especial versación para cumplir con la compleja y multifacética actividad a su cargo.

Se destaca que esta suficiencia acreditada tiene, en el tipo de notariado, antecedentes muy lejanos, en cuanto ya la se en las Partidas que exigían entendidos en el arte de la notaría, utilizando la terminología propia de la época.

CAPÍTULO V

5. Clases de procesos normados en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

En cuanto a jurisdicción voluntaria se refiere nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco establece procedimientos que deben observarse y materia a tratar los cuales se detallan continuación.

5.1. Ausencia

El Artículo 42 del Código Civil establece que es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella.

Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

“La ausencia es una situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante”²⁶.

La declaratoria de ausencia tendrá como único objeto, nombrar defensor judicial al ausente, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio.

Si el ausente hubiere dejado apoderado sin facultades suficientes para la defensa en juicio, el cargo de defensor judicial recaerá de preferencia en éste.

²⁶ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 240.

A falta de apoderado, el juez nombrará a una persona de notoria honradez, arraigo y competencia.

Termina el cargo de defensor judicial del ausente:

- a) Desde que termine el litigio en el que se le nombró.
- b) Desde que se provea guardador de bienes al ausente.
- c) Desde que el ausente se apersona por sí o por medio de apoderado con facultades suficientes

La tramitación judicial de ausencia lo regula, el Código Procesal Civil y Mercantil, en los Artículos del 411 al 417. En cuestión extrajudicial se encuentra regulado en el Decreto Número 54-77 del Congreso de la República.

Ahora bien, el Artículo 8 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Decreto Número 54-77 del Congreso de la República) estipula que la solicitud para que se declare la ausencia de una persona puede ser presentada, por quien tenga interés, ante un notario.

El notario, con notificación a la Procuraduría General de la Nación, recibirá información testimonial o documental, que compruebe lo siguiente:

- 1) El hecho de la ausencia;
- 2) La circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatarios con facultades

suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado; y,

3) El tiempo de la ausencia.

El notario en la primera resolución que dicte, dispondrá la publicación de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación por tres veces durante un mes, debiendo contener los edictos la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación del presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y la firma del notario. Además atendiendo al Artículo 2 del Decreto 54-77 las publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario.

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

En este caso el juzgador procederá a hacer el nombramiento de defensor judicial y continuará las diligencias declarando con lugar o sin lugar las diligencias de ausencia, tal y como lo estipula el Artículo 414 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Si el notario estima que hay que tomar alguna medida precautoria remitirá el expediente al juez jurisdiccional correspondiente.

El notario bajo su más estricta responsabilidad, puede levantar inventario de los bienes del ausente y el juez competente resolverá lo relativo al depósito de los mismos.

5.2. Disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes

La solicitud para disponer o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, podrá presentarse y tramitarse ante notario cumpliéndose con lo dispuesto en los Artículos 420 y 421 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El notario, con audiencia a la Procuraduría General de la Nación y notificación al protutor o representante del menor, en su caso, mandará recabar la prueba propuesta y practicará de oficio, cuantas diligencias sean convenientes.

En caso de que fuere necesaria la tasación de bienes, será practicada por un valuador autorizado de conformidad con la ley.

Una vez recibida la prueba, el notario dictará resolución bajo su más estricta responsabilidad, la cual deberá contener los requisitos que determina el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Una vez dictado el auto remitirá el expediente para los efectos de lo prescrito por el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

5.3. Reconocimiento de preñez o de parto

“Por cuestiones personales de los progenitores, por interés del concebido o nacido, por derechos de terceros y por importantes posibilidades patrimoniales, la realidad del embarazo y la efectividad del parto con vida poseen trascendencia jurídica de primer orden. Precisamente por ello interesa en grado sumo verificarlo en ocasiones o impedir simulaciones al respecto”²⁷.

“Otro autor al respecto a esta institución explica, que una mujer en los casos de ausencia, separación o muerte de su marido, puede acudir a donde corresponde a solicitar el reconocimiento de su preñez, debiendo acreditar tales extremos”²⁸.

El Artículo 435 del Código Procesal Civil y Mercantil, estipula “Puede la mujer solicitar el reconocimiento de su preñez en los casos de ausencia, separación o muerte de su marido.

Igual derecho tiene los herederos instituidos o legales del marido, en caso de que éste haya muerto.

La solicitud la hará ante el Juez de Primera Instancia, acreditando la ausencia, separación o muerte del marido; y pidiendo que se nombre facultativos para que hagan el reconocimiento”

²⁷ Godoy, Mario. Ob. Cit. Pág. 370.

²⁸ Domingo Alberto Alvarado Gómez. **Derecho civil.** Pág. 142.

Asimismo el Artículo 436 del mismo cuerpo de leyes, faculta al juez para dictar medidas, de oficio o a instancia de parte, que estime necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación.

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

De todo lo actuado se dará audiencia por dos días a quienes hubieren manifestado interés en las diligencias; si éstos nada alegaren en contra, el juez declarará lo que proceda para los efectos civiles. Si hubiere oposición, se sustanciará en vía ordinaria.

Si el resultado de las diligencias fuere favorable a la madre o al hijo, mandará el juez, no obstante la oposición, que se ampare al nacido en la cuasiposesión de hijo y que de los bienes del presunto padre, se le provea lo que necesite para sus alimentos.

Asimismo, el Artículo 14 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, estipula “La mujer puede solicitar ante notario, el reconocimiento de su preñez en los casos de ausencia, separación o muerte de su marido, solicitud que deberá publicarse por edictos, tres veces durante un mes en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país.

Igual derecho tiene los herederos instituidos o legales del marido, en caso de que éste haya muerto.

Ante el notario, deberá probarse la ausencia, la separación o la muerte del marido, conforme lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil”.

El Artículo 16 de la ley citada, regula: “Si no hubiere ocurrido oposición, el notario declarará el hecho del nacimiento, amparando al nacido en la cuasiposesión del estado de hijo, resolviendo también lo relativo a alimentos”.

5.4. Cambio de nombre

La persona que por cualquier motivo desee cambiar su nombre de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, lo puede solicitar ante notario, expresando los motivos que tenga para hacerlo y el nombre completo que quiera adoptar.

El notario recibirá la información que se ofrezca por el solicitante y dispondrá que se publique el aviso de su solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces en el término de treinta días., El aviso expresará el nombre completo del peticionario, el nombre que desea adoptar y la advertencia de que puede formalizarse oposición por quienes se consideren perjudicado, por el cambio de nombre.

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

Si se hubiere presentado oposición, el notario remitirá el expediente al tribunal competente para que con audiencia en incidente al oponente, resuelva si procede o no el cambio de nombre, de conformidad con lo que establece el Artículo 43 del Código Procesal Civil y Mercantil.

5.5. Omisión y rectificación de partidas

En caso de haberse omitido alguna partida o circunstancia esencial en los registros civiles, el interesado podrá acudir ante notario, quien en vista de las pruebas que se le presenten, de las que de oficio recabe y previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, resolverá que se repare la omisión o se haga la rectificación correspondiente. Si hubiere alguna sanción, que aplicar, ésta será determinada por el respectivo Registrador Civil, a fin de que se haga efectiva previamente a la inscripción del nuevo asiento.

Cuando para cualquier acto o diligencia que no sea de carácter procesal penal y si no fuere posible fijar la fecha del nacimiento de una persona, podrá acudirse ante notario, quien le atribuirá la edad que le fije un facultativo competente, compatible con el

desarrollo y aspecto físico de la persona.

Cuando en el acta respectiva se hubiere incurrido en omisión, error o equivocación que afecte al fondo del acto inscrito, el interesado podrá ocurrir ante notario para que, con audiencia del Registrador y a la Procuraduría General de la Nación, resuelva sobre la procedencia de la rectificación y anotación en la inscripción original.

5.6. Patrimonio familiar

Salvo lo que permitan leyes especiales para la constitución de un patrimonio familiar, la solicitud puede presentarse ante notario, para cuyo efecto se llenarán los requisitos que establece el Artículo 444 del Código Procesal Civil y mercantil. Son aplicables las disposiciones del Código Civil excepto lo que se refiere a la aprobación.

Si la solicitud se encontrare bien documentada, el notario dispondrá la publicación en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces, en el plazo de treinta días.

Si se hubiere presentado oposición, el notario remitirá el expediente al tribunal competente para lo que haya lugar.

Pasado el término de las publicaciones sin que se hubiera presentado oposición, el notario oirá a la Procuraduría General de la Nación.

Llenados los requisitos anteriores, el notario autorizará la escritura la cual será firmada por la persona que constituye el patrimonio familiar en su carácter de fundador.

La escritura expresará los nombres de los beneficiados, bienes que comprenden, valor y tiempo de duración.

Para la inscripción en los Registros respectivos según la clase de bienes que formen el patrimonio familiar, bastará la copia simple legalizada de la escritura con el respectivo duplicado.

En la mayor parte de los asuntos tramitados ante Notario los interesados pretenden demostrar sus respectivas proposiciones de hecho, mediante la declaración de testigos; el Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, no da las pautas para oírlos y es aquí en donde el Notario necesariamente tiene que acudir supletoriamente a lo establecido para el efecto en el Código Procesal Civil y Mercantil, y poder de esa forma apreciar las declaraciones de los testigos, según las reglas de la sana crítica.

El mismo cuerpo legal en referencia establece que si en la tramitación correspondiente se manifestare oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal que corresponda.

Las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional, pero debiendo contener: La dirección de la oficina del notario, la

fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario.

Los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes; cuando no le fueren proporcionados después de requerirlos tres veces, podrán acudir al juez de Primera Instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido.

Como se puede apreciar, el notario podrá pedir datos o informes que sirvan para la tramitación del expediente, si no fueren proporcionados los informes solicitado, el notario puede acudir al juez de primera Instancia jurisdiccional para apremiar al requerido, en esto es necesario tener presente la relación existente con el Artículo 183 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual el juez de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso; ahora bien si los informes no son proporcionados se requerirá al juez de primera Instancia para apremiar al requerido; los apremios están regulados en los Artículos del 178 al 187 de la Ley del organismo Judicial, en los cuales se manifiesta que los apremios pueden ser: Apercibimientos, multas o conducción, salvo cuando la ley disponga otra cosa.

En cuanto a las resoluciones el Artículo 2 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, manifiesta que las resoluciones serán de

redacción discrecional, pero las mismas deben contener:

- a) La dirección de la oficina del notario;
- b) La fecha;
- c) El lugar;
- d) La disposición que se dicte; y,
- e) La firma del notario.

Para profundizar en lo que son las resoluciones es necesario conocer lo que prescribe la Ley del Organismo Judicial, Artículo 141 de la mencionada ley, nos manifiesta que las resoluciones judiciales son:

- a) Decretos: que son determinaciones de trámite.
- b) Autos, que deciden materia que no son de simple trámite o bien resuelven incidentes o el asunto principal antes de finalizar el trámite. Los autos deberán razonarse debidamente.
- c) Sentencias, que deciden el asunto principal después de agotados los tramites del proceso y aquellas que sin llenar estos requisitos sean designadas como tales por la ley.

CAPÍTULO VI

6. procedimiento voluntario extrajudicial de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.

6.1. Inicio de las diligencias ante notario

6.1.1. Actas notariales del procedimiento

El Reglamento Notarial Español, estipula que “acta notarial es el instrumento autorizado, por un notario o escribano, donde se consignan las circunstancias, manifestaciones y hechos que presencian y les constan, y de los cuales dan fe, y que, por su naturaleza, no sean materia de contrato”²⁹.

Fernández Casado, mencionado por Cabanellas, indica que “acta notarial es el instrumento público que contiene la exacta narración de un hecho capaz de influir en el derecho de los particulares, y levantada por requerimiento de una persona. Con las actas, los notarios dan fe, como se indica en la definición legal de estos funcionarios, de los actos extrajudiciales que no sean contratos ni testamentos. Mediante el acta notarial se obtiene un testimonio documental de primera calidad por la conciencia con que los hechos se registran y los conocimientos jurídicos que el fedatario público posee”³⁰.

El acta notarial es el documento elaborado por el notario, dando fe de hechos, circunstancias y manifestaciones que presencian y les constan, y que son elaboradas a requerimiento de las personas que buscan sus servicios profesionales.

²⁹ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 75.

³⁰ **Ibid.**

Un autor manifiesta que acta notarial “es el documento público notarial, autorizado por Notario a solicitud de parte interesada, en la que hace constar hechos que presencié y circunstancias que le constan, los cuales no son objeto de contrato”³¹.

El Artículo 60 del Código de Notariado, estipula: “El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencié y circunstancias que le consten”.

6.1.2. Requisitos del acta notarial

El Artículo 65 del Código de Notariado establece los siguientes requisitos para el acta notarial:

- a) Lugar, fecha y hora de la diligencia;
- b) Nombres de la persona que lo ha requerido;
- c) Nombres de las personas que además intervengan en el acto;
- d) La relación circunstanciada de la diligencia;
- e) El notario numerará, sellará y firmará todas las hojas del acta notarial.

Como se ha visto anteriormente se especifican los requisitos legales que deben contener las actas notariales, el notario al finalizar el acta notarial numerará cada hoja, inmediatamente procederá a sellar y firmar cada una de las hojas de que conste el acta, adhiriéndole un timbre fiscal de cincuenta centavos, el cual fijará en la primera hoja o al

³¹ Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. Pág. 24.

margen del acta respectiva, además le tendrá que adherir un timbre notarial del valor de diez quetzales, tal y como lo estipula el Artículo 3, literal c) de la Ley del Timbre Forenses y Timbre Notarial.

6.1.3. Clasificación de las actas notariales

El Reglamento Notarial de España hace la siguiente clasificación de las actas notariales:

a) **Acta de presencia:** Son las que acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización; de ser posible el notario las extenderá en el lugar de la actuación, conforme a lo que por sus sentidos perciba, dejando constancia de las circunstancias personales del requirente y del objeto de su intervención. Se pueden utilizar las actas de presencia para los requerimientos hechos a otra persona; para constancia de la que entrega dinero, documentos y efectos, y de la existencia de persona determinada.

b) **Acta de notificación y requerimiento:** Son las que se hacen al interesado, a la persona a la cual vaya dirigida, en el domicilio o en el lugar que el requirente designe, y de no estar aquél, a cualquiera persona que en el mismo se encuentre, que deberá firmar; y en caso de no hacerlo se hará constar en el acta. Las actas de notificación o requerimiento son las utilizadas en las notificaciones notariales, en las cuales el tribunal acepta al notario propuesto para que concurra al lugar donde la persona debe ser notificada y le notifique una resolución o un requerimiento.

c) **Acta de referencia:** En estas deben llenarse los requisitos de las acta de presencia, aunque en éstas se trata de las manifestaciones de una persona, es decir, que en estas el notario da fe de lo que le manifiesta la persona, aunque no le conste de vista el hecho. En las acta de referencia el notario redacta el texto de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ella intervengan. Estas actas pueden ser utilizadas en las declaraciones de testigos.

d) **Actas de protocolización:** En estas actas el notario hace referencia al hecho de haber examinado el documento que deba protocolar, a la declaración de voluntad del requirente para la protocolización o el cumplimiento de la providencia que la ordene, y haciendo referencia al número de folio al que se integra el documento, así como el número de los folios ente los cuales se protocoliza. En estas actas se pueden mencionar los documentos provenientes del extranjero, los matrimonios y demás documentos que autorice la ley. Estas actas se realizan en el protocolo del notario.

e) **Acta de depósito:** Son aquellas en las que el notario se vuelve depositario de objetos, valores y documentos que personas particulares o jurídicas le depositen como prenda o como custodia.

El Artículo 2 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Decreto Número 54-77 del Congreso de la República) estipula que todas las actuaciones se harán constar en acta notarial.

6.1.4. Modelo de acta de requerimiento

En la ciudad de Guatemala, el día xx de xx del año xx, siendo las xx horas, constituido en mi oficina profesional ubicada en xx avenida número xx guión xx de la zona xx, en esta ciudad, como notario, soy requerido por la señora xx, de xx años de edad, casada, guatemalteca, de oficios domésticos, de este domicilio, se identifica con la cédula de vecindad número de orden xx y registro xx, extendida por el alcalde de xx. La compareciente me manifiesta ser de los datos de identificación antes mencionados y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, quien requiere mis servicios notariales para que inicie las DILIGENCIAS VOLUNTARIAS EXTRAJUDICIALES DE DISPOSICIÓN Y GRAVAMEN DE BIENES DE MENORES INCAPACES Y AUSENTES, de su menor hijo que responde al nombre de xx, por lo que bajo formal juramento y advertida de las penas relativas al perjurio expone lo siguiente: PRIMERO: Que el título con que administra los bienes, es el de madre del menor xx, tal y como lo prueba con la certificación de nacimiento que presenta en esta diligencia. SEGUNDO: Continúa manifestando la compareciente, que su menor hijo es propietario de un bien inmueble ubicado en xx, y registrado bajo el número xx, folio xx del libro xx de Guatemala, cuyo valor es de xx, conforme la valuación efectuada por el valuador autorizado xx, el cual adjunta a las presentes diligencias, que los motivos que la impulsan a iniciar las presentes diligencias es para enajenar el bien inmueble ya descrito en virtud que hasta el momento no se encuentra trabajando, y que su menor hijo necesita de alimentación, vestuario, educación y vivienda, ya que adeudan cinco meses de renta de la vivienda que tiene en arrendamiento, que el menor suspendió sus estudios por no tener los

medios económicos para ello, y que la alimentación del menor es necesaria pero que los medios económicos no le alcanzan para satisfacer sus necesidades, por lo que la enajenación del bien inmueble es de utilidad y necesidad para cubrir los gastos de su menor hijo. TERCERO: Que el señor xx tiene interés en comprar el bien inmueble descrito, por el cual cancelará, en efectivo, la cantidad de xx quetzales, que es superior a la valuación adjunta, que la venta será de la totalidad del bien, y que con el dinero que se perciba comprará el bien inmueble registrado bajo el número xx, folio xx del libro xx de Guatemala, cuyo monto es de xx quetzales, el cual es el cincuenta por ciento del precio que percibirá de la venta, con el restante cincuenta por ciento lo utilizará para pagar las deudas pendientes tiene, continuará sus estudios su menor hijo, y lo restante lo depositará en el Banco xx como cuenta de ahorro a nombre de su menor hijo; que el bien descrito es el único que administra y que fuera de él, su menor hijo, no tiene otro de ninguna naturaleza. CUARTO: Que prueba lo dicho de la siguiente manera: Testigos: xx, xx y xx, quienes declararán sobre la situación económica correspondiente. Documentos: con la certificación de la primera y última inscripción de dominio de la finca identificada en la presente acta. Con la certificación de nacimiento de mi menor hijo. Con las bases del contrato de compraventa adjunto. Con la anuencia del comprador en documento privado con firma legalizada. Con la promesa de venta adjunta, por medio de la cual el propietario de la finca que se me da en venta. Con la certificación de la primera y última inscripción de dominio de la finca que se me promete vender. Con los requerimiento de cobro, por deuda, que se me han hecho. Con el estudio socio económico adjunto. Con el avalúo de la finca objeto de las presente diligencias. QUINTO: Solicita la compareciente que con los documentos adjuntos se

inicien las diligencias voluntarias extrajudiciales correspondientes, que se agregue al expediente los documentos mencionados, que se oiga a los testigos propuestos, previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, y que oportunamente se dicte el auto de declaratoria. No habiendo más que hacer constar se da por terminada la presente en el mismo lugar y fecha de su inicio, siendo las xx horas, la cual queda contenida en tres hojas de papel bond, las que numero e identifico con mi firma y sello, adhiriendo los timbres de ley, la que leo íntegramente a la compareciente y bien enterada de su contenido, validez y efectos legales la ratifica, acepta y firma. DOY FE.

(f) requirente

ANTE MÍ:

(f) Notario

6.1.5. Modelo de resoluciones

El Artículo 2 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, establece que las resoluciones serán de redacción discrecional, pero las mismas deben contener:

- a) La dirección de la oficina del notario;
- b) La Fecha;
- c) El lugar;
- d) La disposición que se dicte; y,

e) La firma del notario.

El Artículo 141 de la Ley del Organismo Judicial estipula resoluciones judiciales son:

a) DECRETOS: Que son determinaciones de trámite.

b) AUTOS: Que deciden materia que no es de simple trámite, o bien resuelven incidentes o el asunto principal antes de finalizar el trámite. Los autos deberán razonarse debidamente.

c) SENTENCIAS: Que deciden el asunto principal después de agotados los trámites del proceso y aquellas que sin llenar estos requisitos sean designadas como tales por la ley.

El Artículo 143 de la Ley del Organismo Judicial establece que las resoluciones judiciales llevarán necesariamente:

a) El nombre del tribunal que las dicte;

b) El lugar;

c) La fecha;

d) Su contenido;

e) La cita de leyes; y

f) Las firmas completas del juez, el magistrado o magistrados y la del secretario.

En las resoluciones extrajudiciales el notario deberá resolver y para esto debe regirse

por la Ley del Organismo Judicial y la leyes afines según el caso.

Para el efecto el notario procede a resolver el requerimiento:

NOTARIA DEL LICENCIADO XX: Guatemala, xx de xx del año.... xx avenida número xx
guión xx zona xx. - - - - -

I.- Se tienen por radicadas las diligencias voluntarias extrajudiciales de disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes; II.- Se tiene por ofrecida la prueba propuesta; III.- Óigase a los testigos propuestos; IV.- Se tiene por recibida la prueba documental; V.- Recábase de oficio cuanta prueba sea necesaria; VI. Dese audiencia a la Procuraduría General de la Nación; VII. Lo demás presente para su oportunidad; VII.- NOTIFIQUESE.- - - - -

Cita de leyes: xx. - - - - -

(f) Notario.

Las resoluciones notariales llevarán adherido un timbre notarial de dos quetzales, como lo establece el Artículo 3 literal e de la Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial.

6.1.6. Notificaciones notariales

Las notificaciones se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, en los Artículos del 66 al 80. El notario debe notificar sus resoluciones.

El Código Procesal Civil y Mercantil, estipula que toda resolución debe hacerse a las partes en forma legal y sin ello no quedan obligadas ni se les puede afectar en sus derechos. También se notificará a las personas a quienes la resolución se refiera.

El Artículo 72 del Código Procesal Civil y Mercantil estipula que la cédula de notificación deberá contener: la identificación del proceso, la fecha y la hora en que se hace la notificación, el nombre y apellido de la persona a quien se entrega la copia de la resolución, la advertencia de haberse entregado o fijado en la puerta, la firma del notificador y el sello del tribunal o del notario, en su caso.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el notario deberá notificar su resolución:

En la ciudad de Guatemala, el día xx de xx del año xx, siendo las xx horas, constituido en mi oficina ubicada en xx avenida numero xx guión xx de la zona xx, procedo a notificar la resolución de fecha xx, a la señora xx, entregándosele copia de la misma, y quien de enterada no firmó. DOY FE.

(f) Notario.

Luego de haberse hecho la notificación el notario procederá a recibir la declaración testimonial de los testigos propuestos, tendrá que basarse en los Artículos 134, 145, 148 y 149 del Código Procesal Civil y Mercantil. Procederá a recibir la prueba documental y otras que considere necesarias, las cuales las solicitará al lugar donde se

encuentren.

6.1.7. Auto que resuelve y propuesta de reforma

El Artículo 13 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, establece que “Una vez recibida la prueba, el notario dictará resolución bajo su más estricta responsabilidad, la cual deberá contener los requisitos que determina el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil”.

Conforme el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil, el auto que resuelve debe contener:

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

- 2º. La autorización para proceder a la venta o gravamen de los bienes, fijando las bases de la operación.

- 3º. El nombramiento de notario y la determinación de los pasajes conducentes del expediente, que deban incluirse en la escritura, en la que comparecerá el juez. En el caso de los asuntos de jurisdicción voluntaria extrajudicial, comparecerá el notario.

El notario, cuando dicta el autos resolutive de las diligencias, difícilmente podrá resolver sin lugar las diligencias, por lo que procederá a dictar el auto declarando con lugar las

diligencias, en primer lugar porque ante el se desarrollaron las diligencias, y en segundo lugar porque se entiende que ya cobró los honorarios de las mismas, por lo que no tendría razón de resolver en contra de la requirente.

En las diligencias voluntarias extrajudiciales para la disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes, la ley le da facultades amplias al notario para que radique las diligencias, recabe la prueba correspondiente y luego emita el auto resolutivo, desprendiéndose de esto que el notario está facultado para comenzar y terminar las diligencias. Es claro que si el notario inicia y termina las diligencias, las mismas serán declaradas con lugar, aunque la prueba y la tramitación señale lo contrario, pues sería contradictorio que el notario en el auto resolutivo declare sin lugar las diligencias, después que ha cobrado honorarios y ha hecho gastos en las diligencias extrajudiciales de tramitación notarial.

En este sentido es necesario que el Estado proteja la tramitación de bienes de las personas indicadas, ya que el éste debe ser protector de la propiedad privada, pues la disposición y gravamen de los bienes de menores, incapaces o ausentes vendría a causar graves daños en el patrimonio de los mismos, y la única forma de proteger a las personas y a sus bienes es legislando para que en la tramitación notarial se haga llenando las formalidades de ley, y la resolución final la decida el juez competente.

Lo que se pretende es que el auto resolutivo lo facione el juez de instancia civil competente, para analizar la prueba que le presentó el notario en las mencionadas

diligencias extrajudiciales, y si la misma es suficiente que el mismo juzgador resuelva conforme a derecho, por lo tanto lo que se debiera hacer es que el notario conozca las diligencias hasta la realización de la prueba y posteriormente remita el expediente al juez de instancia para que lo analice y dicte el auto resolutivo.

6.1.8. Proposición de remisión del expediente

Voluntario de Disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes

SEÑOR JUEZ XX DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL.

XX, de xx años de edad, casado, guatemalteco, Abogado y notario, de este domicilio, actúo bajo mi propia dirección y procuración, señalo lugar para recibir notificaciones mi oficina profesional ubicada en xx avenida número xx guión xx de la zona xx, en esta ciudad, ante Usted atentamente comparezco y,

E X P O N G O :

Que ante mis oficios notariales la señora xx promovió Diligencias Voluntarias Extrajudiciales de Disposición y Gravamen de Bienes de menores incapaces y ausentes de de su menor hijo xx, por lo que se procedió, en cuanto a la prueba, a tomarle declaración testimonial a los testigos propuestos y tener como prueba la documento que se adjunta al expediente que remito a ese tribunal, por lo que cumpliendo con la ley procedo a remitirle el expediente respectivo para que proceda a dictar el auto resolutivo conforme el expediente adjunto.

D E R E C H O :

“Una vez recibida la prueba, el notario remitirá el expediente al juez de instancia civil competente para que proceda a dictar el auto que resuelva las diligencias correspondiente, si el juzgador considera que no se encuentra prueba suficiente devolverá el expediente al notario para que adjunte más prueba para dictar el auto resolutivo” (Artículo 13 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria). En el presente caso, aunque no hubo oposición, la ley estipula que el notario al recibir la prueba remita el expediente al juez de instancia competente para dictar el auto resolutivo.

P E T I C I O N :

- A.- Que se admita para su trámite el presente memorial;
- B.- Que se por conferida mi propia dirección y procuración y se tenga por señalado el lugar para recibir notificaciones;
- C.- Que se tenga por remitido el expediente de las Diligencias Voluntarias Extrajudiciales de Disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes;
- D.- Que se proceda a dictar el auto que resuelva las diligencias, declarándolo con lugar, para dar por concluidas las mismas.

FUNDAMENTO LEGAL: Artículos 1, 2, 5, 7, 11, 12, 13 del Decreto Número 54-77 del Congreso de la República; 44, 50, 51, 61, 63, 66, 401, 402, 403, 418, 420, 421, 423 del Código Procesal Civil y Mercantil. Acompaño dos copias.

Guatemala, xx de xx del 2009.

EN MI PROPIO AUXILIO:

(f) Abogado.

6.1.9. Auto resolutivo

JUZGADO XX DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL: Guatemala, xx de xx del año dos mil nueve-----

Se tiene a la vista para resolver las diligencias voluntarias de disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes, promovidas por la señora xx para que se declare la utilidad y necesidad de su hijo menor xx ; y -----

CONSIDERANDO: Que la solicitud para que se declare la utilidad y necesidad de la enajenación de un bien de persona menores, incapaces o ausentes puede ser presentada, por quien tenga interés, ante notario, éste recibirá información testimonial o documental, que compruebe lo siguiente: 1) Que hay necesidad urgente o que resulta manifiesta utilidad del acto que se pretende verificar, a favor de su representado; 2) Cuando el producto de los bienes inmuebles no alcancen para satisfacer créditos legítimos o para llenar necesidades precisas de alimentos del menor incapaz; 3) Cuando para conservar los bienes y sus productos, no se puede encontrar otro medio que el de gravarlos; 4) Cuando se proporciona la redención de un gravamen mayor por otro menor; -----

CONSIDERANDO: Que el notario, con audiencia a la Procuraduría General de la Nación y notificación al protutor o representante del menor, mandará recabar la prueba propuesta y practicará de oficio, cuantas diligencias sean convenientes; -----

CONSIDERANDO: Que recibida la prueba, el notario remitirá las actuaciones al tribunal

de instancia competente para que proceda a dictar el auto resolutivo, según el análisis de la prueba recibida, declarando con lugar o sin lugar las diligencias notariales, de acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil; -----

CONSIDERANDO: Que en el presente caso la señora xx acudió ante el notario xx, quien levantó el acta de requerimiento correspondiente, resolvió dando audiencia a la Procuraduría General de la Nación, y notificó a la representante del menor, oyó a los testigos propuestos, con la prueba documental comprobó el hecho de la enajenación del bien inmueble del menor, y luego remitió el expediente a este órgano jurisdiccional para que se dicte el auto resolutivo; -----

CONSIDERANDO: Que éste órgano jurisdiccional recibió el expediente respectivo, analizó la prueba producida, por lo que no tiene más que proceder a resolver lo que en derecho corresponde. Artículos 420, 421, 422, 423 del Código Procesal Civil y Mercantil; 8º., 55, 56, del Código Civil; y, 11, 12 y 13 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. -----

POR TANTO este tribunal con base en lo considerado, leyes citadas, y lo que preceptúan los artículos 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial, al resolver, DECLARA: I.- Con lugar las Diligencias Voluntarias de disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes; II.- Que el hecho de la utilidad y necesidad se declara de urgencia; III.- Que las bases de la enajenación deben redactarse conforme el acta notarial del inicio de las diligencias por la cantidad convenida; IV.- Que de la negociación referida el sobrante de la misma debe abrirse una cuenta de ahorros a nombre del menor hijos de la requirente; V.- Que no se encuentra a considerar el hecho de la tasación y pública subasta en virtud de haber

comprador definido; VI.- NOTIFIQUESE.

6.2. Proyecto de reforma

PROYECTO DE REFORMA

**PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 13 DEL DECRETO
NÚMERO 54-77 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY
REGULADORA DE LA TRAMITACIÓN NOTARIAL
DE ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

ORGANISMO LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la necesidad de reformar la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, hace que este tipo de procesos tenga mayor seguridad

jurídica para proteger a las partes en los procesos voluntarios extrajudiciales de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, para tener certeza que las diligencias mencionadas serán resueltas imparcialmente, y evitar males que puedan repercutir en el menor, el incapaz o ausente;

CONSIDERANDO:

Que siendo las diligencias voluntarias extrajudiciales de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, un acto legal, ya que de estas puede dilucidarse cuestiones relacionadas con los bienes de los mencionados, con el supuesto gravar o vender los bienes que a ellos les perteneces, por estas diligencias el interesado recurre al notario para que mediante diligencias voluntarias extrajudiciales se puedan gravar los bienes o vender los mismos, por tal motivo es necesario tener la plena seguridad que las diligencias correspondientes se efectuaron conforme a derecho y que el notario recibió la prueba contundente para declarar el gravamen o venta de los bienes; por lo que se hace necesario homologar o permitir que el juez competente dicte, el auto resolutorio efectuado por el notario, para que dicho auto tenga plena validez y certeza jurídica a las diligencias voluntarias extrajudiciales.

CONSIDERANDO:

Que el Estado debe velar porque las disposiciones que regulan las diligencias voluntarias extrajudiciales de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces

y ausentes sean en forma contundentemente claras y se cumplan fielmente, para darle las mayores facilidades de certeza jurídica, y que el procedimiento sea justo y apegado a derecho, evitando que haya mala fe en tales diligencias, protegiendo así tanto a los interesados como al menor, incapaz o ausente, y que el Estado está obligado a velar por la seguridad jurídica y cumplimiento de la normativa; por lo que la homologación o la resolución final dictada por juez competente dará mayor certeza jurídica a las diligencias respectivas.

CONSIDERANDO:

Que para cumplir plenamente con la figura mencionada, sus lineamientos, formalidades y solemnidades, que garanticen la legítima venta o gravamen de bienes de menores, es necesario construir un andamiaje jurídico acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades de protección a la propiedad privada de menores, en una forma mucho más veraz, para que el menor tenga las ventajas de no perder sus bienes en forma fraudulenta, se hace necesario reformar lo relativo a la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, e incluir la homologación o la resolución final, por parte de juez competente, ante las diligencias extrajudiciales tramitadas por el notario.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

La siguiente

**REFORMA AL ARTÍCULO 13 DEL DECRETO NÚMERO 54-77 DEL CONGRESO DE
LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY REGULADORA DE LA TRAMITACIÓN
NOTARIAL DE ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 13, el cual queda así:

"Artículo 13. Remisión del expediente. Una vez recibida la prueba, el notario dictará resolución bajo su más estricta responsabilidad o remitirá al juez competente el expediente para que el mismo dicte la resolución final, la cual deberá contener los requisitos que determina el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Una vez dictado el auto o recibida la prueba remitirá el expediente al juez competente par homologar la resolución o dictar el auto resolutivo, y para los efectos prescritos por el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil

**PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y
PUBLICACIÓN.**

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS... DÍAS, DEL MES DE... DEL AÑO...

6.3 Protección a la propiedad privada de bienes de menores

Para poder enajenar o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, el que los tenga bajo su administración deberá obtener licencia judicial, probando plenamente que hay necesidad urgente o que resulta la utilidad del acto que se pretende verificar a favor del representado. Según el artículo 420 del Código Procesal Civil y Mercantil hay utilidad y necesidad en los contratos de bienes de menores, incapaces y ausentes:

Cuando los productos los productos de los bienes inmuebles no alcancen para satisfacer créditos legítimos o para llenar necesidades precisas de alimentación del menor o incapaz.

Antiguamente, el derecho de propiedad era considerado como un derecho esencialmente personalista, con caracteres de absolutividad, exclusividad y perpetuidad, originante de un poder absoluto sobre la cosa. Este criterio fue paulatinamente perdiendo su inflexibilidad, al establecer la ley diversas limitaciones a su ejercicio.

Modernamente, ha surgido una tendencia a considerar el derecho de propiedad en su función social. Manteniendo los códigos, más o menos, el criterio antiguo, han sido principios constitucionales los que han hecho énfasis en el nuevo principio. Aunque no

exactamente precisada, puede considerarse la función social como el propósito legislativo de que el derecho de propiedad sea reconocido y ejercido en razón del no dañar y sí beneficiar a la sociedad. Este concepto es, en especial, relevante en cuanto a la propiedad de los bienes inmuebles. En relación a los urbanos, ha permitido la construcción de obras que requieren las ciudades para su desarrollo.

6.3.1 Protección legal a los bienes de menores, incapaces y ausentes

Desde el punto de vista legal, nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco establece normas encaminadas a la protección de los bienes, y en especial a los de menores, incapaces y ausentes.

El Artículo 1 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala establece: “Es estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia su fin supremo es la realización del bien común”.

El Artículo 2 del mismo cuerpo legal establece: Es deber del estado garantizar a los habitantes de la republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

El Artículo 8 del Código civil vigente establece: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son

capaces para algunos actos determinados por la ley”.

Dentro de mismo cuerpo legal se establece en el Artículo 47 en la parte conducente establece que: “Cuando el ausente tenga bienes que deban ser administrados, cualquier persona capaz o el Ministerio Publico puede denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de guardador de sus bienes”.

Haciendo alusión al mismo cuerpo legal el Artículo 254 establece que: “la patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”.

El mismo cuerpo legal establece en el Artículo 264 que: “los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización del juez competente e intervención del Ministerio Publico”.

6.3.2. Aspecto doctrinario en protección de bienes de menores, incapaces y ausentes

Al iniciar el tratamiento del tema, es importante recalcar que no puede disponerse ni

gravarse bienes de menores, incapaces y ausentes, sin que previamente, se haya seguido y declarado con lugar las diligencias conocidas como de utilidad y necesidad.

Un autor afirma que “el menor de edad es un incapaz jurídico, absoluto en principio; pero atenuado por muchos preceptos legales.

No obstante lo anterior, el menor es un elemento activo en las relaciones jurídicas, pensemos en un momento cuantos jóvenes y niños viajan solos y pagan sus pasajes; compran sus útiles escolares y muchos artículos para sí; y otros más reciben cosas en préstamo, ingresan a asociaciones, alquilan bicicletas o motocicletas, y disponen de los objetos de su propiedad.

La menor edad no constituye sino una restricción de la personalidad jurídica. Los que se hallan en ese estado son susceptibles de derechos, y aún de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del menor y un tercero”.³²

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

³² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo IV. Pág. 133.

“La administración que la ley reconoce a los padres sobre los bienes de los hijos no supone un derecho ilimitado, sino más bien restringido. La expresión administrar está, en efecto, empleada en la ley en un sentido propio, por lo cual quedan excluidos de su poderío los actos típicos de su enajenación”.³³

Las causales de utilidad o necesidad son las únicas que permiten a los representantes de menores, incapaces o ausentes poder disponer o gravar tales bienes. Pero no es tan sencillo, ya que la causal que se invoque debe ser probada ante un juez, ya que sin esa autorización no podrá llevarse a cabo ningún negocio.

El vocablo utilidad suele emplearse en muchos sentidos, el autor citado lo define como: “un provecho material, beneficio de cualquier índole, ventaja, interés, rédito. Mientras que necesidad, la falta de lo principal para la existencia. Pobreza penuria, miseria. Escasez, falta de algo, grave riesgo que requiere pronto y eficaz auxilio”.³⁴

³³ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 596.

³⁴ **Ibíd.** Pág. 220

CONCLUSIONES

1. La facultad que se le otorga a un notario para que emita el dictamen resolutivo para la venta de un bien de un menor de edad, de un incapaz o de un ausente, no es suficiente garantía para el sistema jurídico, porque no se está garantizando el derecho de propiedad de estas personas, no existe el principio de imparcialidad en las resoluciones.
2. Los bienes de menores, incapaces y ausentes, actualmente no gozan exclusivamente de protección jurídica, ya que al tramitar los procedimientos ante notario difícilmente se sabe con certeza, si la venta en verdad es de utilidad y necesidad para los menores, pues por existir un pago de honorarios se vicia y difícilmente se negaría la autorización para la venta.
3. Las causales de utilidad o necesidad son las únicas que permiten a los representantes de menores, incapaces o ausentes disponer o gravar tales bienes. Pero no es tan sencillo, puesto que la causal que se invoque debería ser probada ante un juez, ya que sin esa autorización no podría llevarse a cabo ninguna negociación.
4. La jurisdicción voluntaria en los procedimientos sobre bienes de menores, incapaces y ausentes se caracteriza por la ausencia de discusión entre las partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función

certificante del acto, y no a realizar una verdadera investigación o revisión, al menos de los documentos, de los casos que se le puedan presentar.

5. El notario está facultado para conocer, tramitar y resolver procesos relacionados con bienes de menores incapaces y ausentes, pero no siempre va a proteger los intereses de éstos, mucho dependerá de los principios que tenga el profesional del derecho al encontrarse con este tipo de casos que hay en el medio social.

RECOMENDACIONES

1. Es indispensable que los órganos jurisdiccionales se le amplíen su jurisdicción y competencia, para que bajo sus responsabilidades se ventilen las últimas resoluciones, a manera que el Notario ya no cuente con la facultad de acceder tan fácil al gravamen de los bienes de menores incapaces y ausentes al resolver favorablemente a la venta del bien, con la finalidad de proteger dichos bienes dentro del trámite de jurisdicción voluntaria.
2. Que al órgano jurisdiccional competente se le autorice y con sus facultades legales, decidir la protección de los bienes de menores incapaces y ausentes mediante el auto resolutivo conforme a las diligencias de Jurisdicción voluntaria extrajudiciales, como una medida a la actual disposición para una mayor seguridad y protección.
3. Al decir por qué a la Corte Suprema le corresponde sugerir la reforma a la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contenida en el Decreto número 54-77, del Congreso de la República, porque constitucionalmente tiene iniciativa de ley, es decir en el presente caso es la entidad indicada para que dichos trámites, respondan a la certeza jurídica de los bienes de menores de edad, o de incapaces y ausentes.

4. Que el Organismo Legislativo tome en consideración la iniciativa que se le presente que se refiere a reformas al Decreto numero 54-77, del Congreso de la República para que responda a las necesidades latentes en la falta de revisión e investigaciones que se realizan en el proceso de Jurisdicción Voluntaria, es decir lo que se tramita ante el notario de forma extrajudicial.

5. Promover oficialmente bajo la responsabilidad de la Procuraduría General de la Nación en su carácter como representante del Estado de Guatemala, mediante la aplicación correcta de la Ley, debe velar para proteger de mejor forma la propiedad de los bienes de menores, incapaces y ausentes, y como resultado de la misma se deberá deducir las responsabilidades civiles y penales a los profesionales del derecho que incumplan en la aplicación correcta de la norma una vez reformado el Artículo 13 del Decreto 54-77.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de terminología procesal.**
Ed. Del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

ALVARADO GOMEZ, Domingo Alberto. **Derecho civil.** (s.e.)

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho.** Editorial Ribinzal Culzoni, Argentina, 1994.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Derecho procesal civil.** Ed. Porrúa, México, 1996.

BACRE, Aldo. **Teoría general del proceso.** Ed. Abeldó Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, (s. e) 1994.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. **Teoría general del proceso y de la prueba.**
Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 1996.

Colegio de Escribanos. **Revista del notariado.** Argentina. (s. e.)

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Nociones generales de derecho procesal civil.**
Ed. Aguilar, S.A., Madrid, España 1996.

Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa.** Ed. Espasa Calpe, S.A. España, 1999.

GORDILLO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Impresos Praxis, Guatemala, 1999.

LÓPEZ M., Mario R. **La práctica en los procesos voluntarios extrajudiciales.**
Ediciones y Servicios, Guatemala, 1996.

MICROSOFT, Corporation. **Diccionario Encarta.** Año 2004. (s. e.)

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** Ed. Llerena,
Guatemala, 1994.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Editorial
Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1995.

OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso.** Ed. Harla, México, 1998.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil.** Ed. Porrúa, S.A.,
México, 1993.

PAREDES KRESS, Rafael. **La necesidad de un Código de ética para el notario.**
Ediciones M.R. de León, Guatemala, 2001.

PICAZO, Diez. **Fundamentos de derecho civil y patrimonial.** Argentina: Ediciones
Europa-América, 1998.

RODRÍGUEZ R., Gustavo Humberto. **Derecho probatorio colombiano.** Ediciones
Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1996.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado sopena.** Ed. Ramón Sopena,
S.A. Barcelona, España, 1994.

VALERA, Casimiro A. **Valoración de la prueba.** Ediciones Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código de Notariado. Decreto Número 314 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, de fecha 05 de noviembre de 1977.