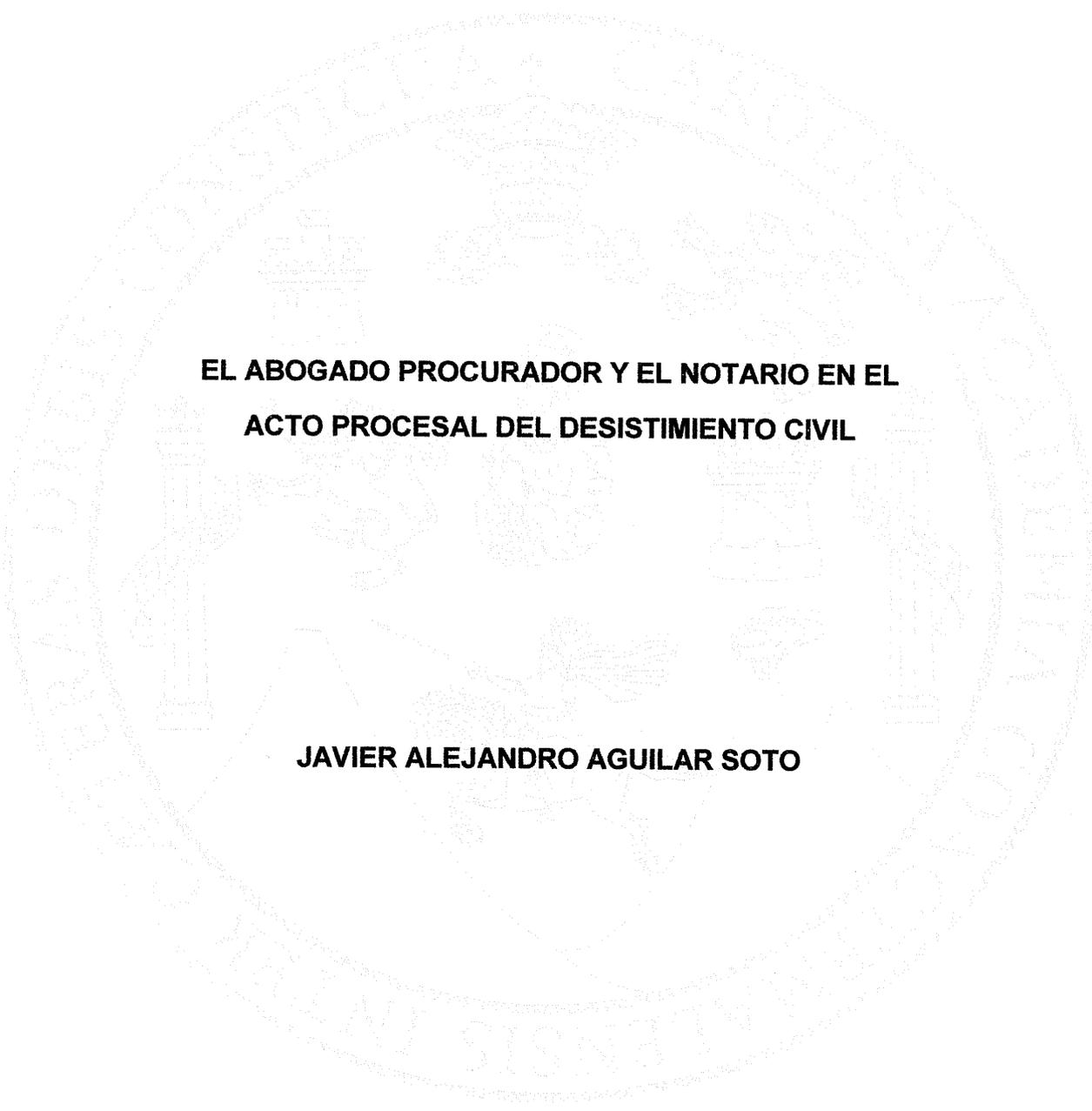


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL ABOGADO PROCURADOR Y EL NOTARIO EN EL
ACTO PROCESAL DEL DESISTIMIENTO CIVIL**

JAVIER ALEJANDRO AGUILAR SOTO

GUATEMALA, OCTUBRE 2011

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

**EL ABOGADO PROCURADOR Y EL NOTARIO EN EL
ACTO PROCESAL DEL DESISTIMIENTO CIVIL.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

JAVIER ALEJANDRO AGUILAR SOTO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOVAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOVAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Epifanio Monterroso
Vocal:	Lic. Carlos Urbina Mejía
Secretario:	Lic. Eduardo Chinchilla Girón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados
Vocal:	Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Secretario:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis López

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 el Examen General Público).



Lic. Leonel Armando López Mayorga

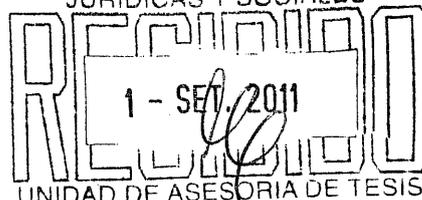
Abogado y Notario

1ra Av. 37-65 zona 11

Teléfono 24425109

Guatemala 1 de septiembre de 2011

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



Hora: _____

Firma: _____

LICENCIADO:

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

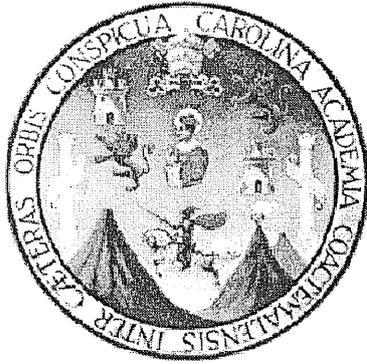
De manera atenta y respetuosa y en cumplimiento de la providencia emanada de esa unidad en la que se me nombra asesor del bachiller JAVIER ALEJANDRO AGUILAR SOTO, quien se identifica con el carné número 200515715.

En tal virtud a usted informo que asesoré la tesis del bachiller JAVIER ALEJANDRO AGUILAR SOTO, la cual se intitula: "EL ABOGADO PROCURADOR Y EL NOTARIO EN EL ACTO PROCESAL DEL DESISTIMIENTO CIVIL"

En virtud de la cual sostuvimos varias sesiones de trabajo, durante las cuales evaluamos diversos aspectos de la investigación y con base a lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, siendo éstos los siguientes:

1. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, es pertinente a la temática requerida en este tipo de trabajos, merced a que desarrolla una verdadera relación de causalidad entre la legislación existente y la violación al principio del debido proceso en lo relativo al Abogado procurador y el Notario en el acto procesal del desistimiento civil..
2. Recomendé métodos y técnicas de investigación necesarias y acordes al trabajo; principalmente el análisis, la deducción, inducción y la síntesis.
- 3.- En lo referente a los cuadros estadísticos que contienen, estos se presentan acordes a la investigación, analizados y debidamente interpretados.
- 4.- La redacción en todo el contenido del documento es precisa, clara e inteligible
- 5.- El resultado del trabajo escudriñado es consecuencia de un esfuerzo tesonero, por presentar a la comunidad jurídica un valioso aporte a las lagunas legales que presenta nuestra normativa jurídica.

Leonel Armando López Mayorga
ABOGADO Y NOTARIO



Lic. Leonel Armando López Mayorga

Abogado y Notario
1ra Av. 37-65 zona 11
Teléfono 24425109

6. En el proceso de asesoría de tesis surgieron conclusiones y recomendaciones coherentes con el trabajo y debidamente contrastadas con la práctica forense en nuestro contexto.

7.- La bibliografía consultada y citada es de carácter homogéneo, suficiente y actualizada, lo que garantiza la calidad de la investigación realizada.

Es de indicar que el contenido de la presente tesis es de gran relevancia en el ámbito del Derecho Procesal Civil ya que el autor del mencionado trabajo aborda con seriedad, profundidad y desarrollando los temas conexos, aceptando las correcciones y sugerencias pertinentes con el objeto de mejorar el informe final. En tal sentido considero que el trabajo de la presente tesis llena los requisitos que establece el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público estimando que la misma debe ser aprobada para lo cual extendiendo el presente DICTAMEN FAVORABLE de asesor siendo procedente ordenar se nombre revisor, oportunamente su impresión y el Examen Público de Tesis.

Atentamente.

Lic. LEONEL ARMANDO LOPEZ MAYORGA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 3951 Registro de Personal 16272

Leonel Armando López Mayorga
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S- 7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

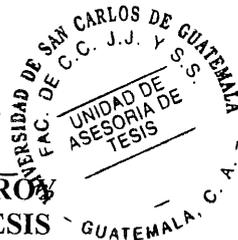


UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, nueve de septiembre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) FRANCISCO PERÉN QUECHENOJ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: JAVIER ALEJANDRO AGUILAR SOTO, Intitulado: "EL ABOGADO PROCURADOR Y EL NOTARIO EN EL ACTO PROCESAL DEL DESISTIMIENTO CIVIL".

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


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh



Lic. Francisco Perén Quechenoj
Abogado y Notario

Colegiado 6516

7ª. Av. 8-56 zona1, Oficina 4-04, Edificio El Centro. Teléfono 22384109

Guatemala,
19 de septiembre de 2011

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

Lic. Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informar que de conformidad con la providencia de fecha 9 de septiembre de 2011, he cumplido con el encargo de **revisar** el trabajo de tesis denominado **EL ABOGADO PROCURADOR Y EL NOTARIO EN EL ACTO PROCESAL DEL DESISTIMIENTO CIVIL**, elaborado por el bachiller **Javier Alejandro Aguilar Soto**.

1. De acuerdo con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, a mi criterio el contenido científico del trabajo se organiza en un marco teórico sustentando esencialmente en las teorías propias y atinentes al Abogado procurador y la función notarial, congruentes con la tesis propuesta por el sustentante.
2. Es importante destacar que en la exposición resalta la aplicación por lo general de los métodos deductivo e inductivo y en particular los de análisis y síntesis, los cuales se pueden apreciar en la exposición de cada capítulo y en las conclusiones. Respecto a las técnicas, se hace adecuado y racional manejo del acopio bibliográfico y del análisis de contenido; el uso cuidadoso y correcto de las citas bibliográficas o de pie de página. En cuanto a las técnicas apoyadas en fuentes primarias, el sustentante aborda correctamente la encuesta y su respectivo análisis en base a la representación de cuadros y gráficas estadísticas.
3. En la redacción del trabajo se advierte una exposición lógica y léxico técnico acorde con el tema tratado.



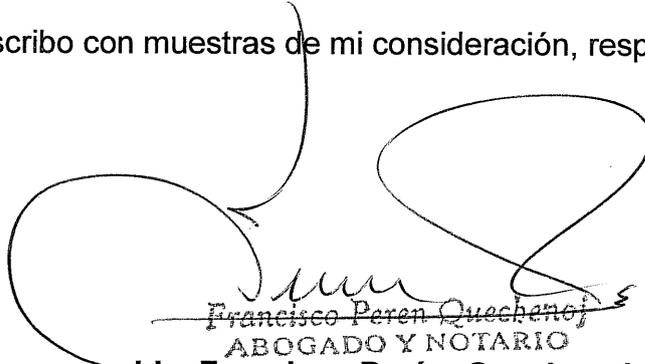
Lic. Francisco Perén Quechenoj
Abogado y Notario

Colegiado 6516

7^a. Av. 8-56 zona1, Oficina 4-04, Edificio El Centro. Teléfono 22384109

4. Respecto a la contribución científica, en la parte esencial del informe final, el sustentante acentúa la importancia de reforma por supresión de la parte conducente del artículo 77 de inciso 2º., del Código de Notariado, porque a su juicio la normativa relacionada induce a diversas interpretaciones y aplicaciones en nuestra práctica forense; tópico que constituye la piedra angular del estudio realizado por el ponente.
5. Las conclusiones y recomendaciones son congruentes entre sí y con el contenido del trabajo de tesis.
6. A mí juicio, la bibliografía consultada es la idónea y básica para el tratamiento y desarrollo del trabajo.

Me suscribo con muestras de mi consideración, respeto y alta deferencia.



~~Francisco Perén Quechenoj~~
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Francisco Perén Quechenoj
Profesor por oposición
Categoría titular

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de septiembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JAVIER ALEJANDRO AGUILAR SOTO, Titulado EL ABOGADO PROCURADOR Y EL NOTARIO EN EL ACTO PROCESAL DEL DESISTIMIENTO CIVIL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- Dios:** Sin su voluntad, esto no sería posible.
- Mis padres:** Mario Ismael, Miriam América, por ser un ejemplo fundamental en la vida, por su esfuerzo económico y emocional. Son lo más importante y preciado que tengo.
- Mis hermanos:** Mario y Jorge, por su apoyo incondicional, amistad y por ser mis mejores compañeros en la vida. Shirley quien es como una hermana, a la distancia una muestra de mi cariño.
- Mis abuelos:** Ismael Aguilar (+), Amanda Catalán (Mandix), Isaías Soto (+), Ana Mercedes Barrera (+), por su cariño incondicional no importando lo poco o mucho que hemos compartido, en especial a Mandix, quien está presente en este momento.
- Mi novia:** Johana, por estar a mi lado y demostrarme su cariño y apoyo en este importante momento.
- Mis amigos:** A todos aquellos que están presentes en este importante día, pero en especial a Fernando, Liliam, Ronald, Miguel, Andrea y Luis Fernando.
- Celeste Bennet (+):** Por el gran cariño que brindó a toda la familia y lo más importante enseñarnos que en la vida hay que ser feliz y disfrutarla hasta el último instante.
- Mi gloriosa facultad:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme enseñado y formado durante todos estos años, mostrándome lo que es justo apegado a Derecho.
- Mi universidad:** La tricentenaria Universidad Nacional Autónoma de San Carlos de Guatemala, por ser mi alma mater, formarme el sentido social que todos debemos de llevar y por mucho ser la mejor universidad del país. Me siento orgulloso de ser Sancarlista.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho procesal civil	1
1.1. Definición	1
1.2. Proceso	3
1.3. Principios del derecho procesal civil	5
1.3.1. Definición	5
1.3.1.1. Función informativa	5
1.3.1.2. Función interpretativa	6
1.3.1.3. Función normativa	6
1.3.2. Clases	7
1.3.2.1. Impulso procesal	7
1.3.2.2. Dispositivo	8
1.3.2.3. Igualdad	9
1.3.2.4. Adquisición procesal	11
1.3.2.5. Inmediación	12
1.3.2.6. Concentración	14
1.3.2.7. Eventualidad	15
1.3.2.8. Economía	16
1.3.2.9. Probidad	17
1.3.2.10. Publicidad	19

1.3.2.11.	Oralidad	21
1.3.2.12.	Preclusión	23
1.3.2.13.	Celeridad	24
1.3.2.14.	Congruencia	25
1.3.2.15.	Legalidad	25
1.4.	Partes en el proceso civil.....	26
1.4.1.	Definición	26
1.4.2.	Clases	29
1.4.2.1.	Actor o demandante	29
1.4.2.2.	Demandado	30

CAPÍTULO II

2.	Profesión	31
2.1.	Definición	31
2.2.	Características	34
2.3.	Elementos	37
2.3.1.	Personal o subjetivo	37
2.3.2.	Acción física	37
2.3.3.	Intelectual	38
2.3.4.	Económico	38
2.4.	Diferencia entre profesión liberal y trabajo profesional	38
2.5.	Profesional	40
2.6.	Profesional del derecho	41
2.6.1.	Profesión de Abogado	41



	Pág.
2.6.1.1. Definición de abogado	41
2.6.1.2. Características	44
2.6.1.3. Legislación	48
2.6.2. Profesión de Notario	50
2.6.2.1. Definición de notario	50
2.6.2.2. Características	52
2.6.2.3. Legislación	56
2.6.2.4. Clasificación	56
2.6.3. Diferencia entre Abogado y Notario	57

CAPÍTULO III

3. Derecho notarial	59
3.1. Definición	59
3.2. Características	61
3.3. Principios	62
3.3.1. Fe pública	62
3.3.2. Forma	63
3.3.3. Autenticación	63
3.3.4. Inmediación	64
3.3.5. Rogación	64
3.3.6. Consentimiento	65
3.3.7. Unidad del acto	66
3.3.8. Protocolo	67
3.3.9. Seguridad jurídica	68



Pág.

3.3.10.	Publicidad	69
3.3.11.	Unidad de contexto	69
3.3.12.	Función integral	70
3.3.13.	Imparcialidad	71
3.4.	Fuente del derecho notarial	71
3.5.	Relación del derecho notarial con el derecho procesal civil	72
3.6.	Función notarial	72
3.6.1.	Definición	73
3.6.2.	Características	73
3.6.3.	Funciones del notario	75
3.6.4.	Finalidad	76
3.6.4.1.	Seguridad	76
3.6.4.2.	Valor	76
3.6.4.2.	Permanencia	77

CAPÍTULO IV

4.	Sistemas notariales	79
4.1.	Definición	79
4.2.	Clases	80
4.2.1.	Sistema sajón	80
4.2.1.1.	Características	81
4.2.1.2.	Función principal	82
4.2.2.	Sistema latino	82
4.2.2.1.	Características	83



	Pág.
4.2.2.2. Principal función	85
4.2.2.3. Unión internacional del sistema latino	83

CAPÍTULO V

5. Legalización de Firma	91
5.1. Definición	91
5.2. Características	94
5.3. Función principal	95
5.4. Prohibición de actuación del notario	96
5.4.1. Definición	96
5.4.2. Casos	96

CAPÍTULO VI

6. La procuración y el desistimiento	101
6.1. Procurador	101
6.2. Función principal	104
6.3. Procuración	104
6.3.1. Características	105
6.4. El ejercicio de la procuración en Guatemala	105
6.5. Desistimiento civil	107
6.5.1. Definición	107
6.5.2. Características	109
6.5.3. El desistimiento civil y su regulación en Guatemala	110



Pág.

6.5.4.	El desistimiento civil con relación al principio del debido proceso	112
--------	---	-----

CAPÍTULO VII

7.	El Abogado procurador y el Notario en el acto procesal del desistimiento civil	115
7.1.	Efectos respecto al ejercicio de la abogacía en procuración	116
7.1.1.	La prohibición establecida en el Artículo 77 del Código de Notariado y la actuación del procurador en la actualidad	119
7.2.	Violación al principio del debido proceso	120
7.2.1.	Factores teóricos y empíricos que fundamentan la violación al principio del debido proceso	123
	CONCLUSIONES	139
	RECOMENDACIONES	141
	ANEXO	143
	BIBLIOGRAFÍA	147

(i)

INTRODUCCIÓN



Es vital esta investigación en virtud que con la prohibición que se establece en el Código de Notariado, que no le permite al Notario su actuación cuando se es juez de primera instancia facultado para cartular, secretario de los tribunales de justicia o procurador, autorizar actos o contratos relativos a asuntos en que está interviniendo. Este precepto legal, en lo que compete particularmente la legalización de la firma en el acto procesal del desistimiento, en donde existe, entre otros casos, la prohibición expresa para el Notario, quien en el ejercicio de la Abogacía actúe en procuración, en cuyo caso se le limita el ejercicio de la actuación notarial en el desistimiento civil.

Asimismo, se estableció que en la práctica profesional de la Abogacía y el Notariado, no obstante la prohibición que anteriormente se menciona, existe la situación en la que los Abogados procuradores actúan también como Notarios al autorizar el acta de legalización de firma, en el momento procesal de presentar el desistimiento ante la autoridad jurisdiccional. Con la reiterada actuación señalada, se logró probar la hipótesis de trabajo que se enunció en el plan de investigación en los términos siguientes: *“Con la admisión por el órgano jurisdiccional de la solicitud de desistimiento civil, en el cual el Abogado procurador auxiliante, simultáneamente actúa en el ejercicio de la función notarial al legalizar la firma de su patrocinado, se viola el principio del debido proceso”*.

El tema estudiado por su naturaleza se ubica a la rama del Derecho Público. En este sentido el problema se circunscribe a las áreas del derecho procesal civil y notarial y aspectos del Derecho Constitucional. El problema se ciñe en la admisión para su trámite de la solicitud del desistimiento con la firma legalizada por el mismo Notario quien dentro del proceso actúa a su vez, como Abogado procurador.

Con el objeto de darle extensión y profundidad al problema objeto de estudio, se abordó, entre otros, en capítulo uno los temas relacionados con el Derecho Procesal Civil, sus principios y se hace referencia a las partes dentro del proceso; en el capítulo

(ii)



dos se hizo alusión a las definiciones, características, clases y elementos de Abogado, Notario, como profesionales del derecho haciendo énfasis en las diferencias que existen entre ellas; en el capítulo tres se abordó el tema del Derecho Notarial, con su definición, principios, características, fuente además de la función notarial. Se estableció en el capítulo cuarto los sistemas notariales y cuál de ellos rige en Guatemala; en el capítulo cinco la legalización de firma, tema de vital importancia por ello se decidió definirlo a profundidad; también se estableció el tema del procurador en nuestro país, y la definición de desistimiento dentro del proceso y su tramitación en nuestro ordenamiento jurídico, esto en el capítulo seis; por último en el capítulo siete, se trató el tema del Abogado procurador y el Notario en el acto procesal del desistimiento civil, estableciendo todo lo relativo a los efectos al ejercicio de la abogacía en procuración y la violación al principio del Debido Proceso. Con tal andamiaje se contó con la sustentación necesaria, con la que se determinó con claridad y precisión que la admisión para su trámite de la solicitud del desistimiento con la firma legalizada por el mismo Notario quien fungió en asunto en su calidad de Abogado procurador, viola el Principio del Debido Proceso.

Entre las teorías en materia procesal civil y notarial de las cuales se hizo acopio, comprenden las que se refieren al principio de debido proceso misma que establece que todo procedimiento debe estar regulado previamente en la ley, caso contrario será ilegal y restringe dicho principio. La otra teoría importante es la de abogados y procuradores, la que establece que en Guatemala, el procurador es la persona que tramita, supervisa tramita los asuntos contenciosos ante los órganos jurisdiccionales y no es necesario que sean profesionales del derecho para poder ejercer la procuración.

El objetivo primordial de la tesis es fijar con refulgencia que la admisión para su trámite de la solicitud en el que consta la voluntad de desistimiento con la firma legalizada por el mismo Abogado procurador en el ejercicio de la función notarial viola el principio del Debido Proceso.

(iii)



Para tal efecto fue necesaria la utilización básicamente de los métodos científicos deductivo, inductivo, análisis y síntesis, para el acopio de la información teórica proporcionada por los tratadistas del derecho. Marco metodológico aplicado en la utilización de las técnicas bibliográfica y de campo. En ésta última la encuesta como fuente directa administrada a los Abogados y Notarios que ejercen su profesión y los que desempeñan la judicatura, respectivamente, en los juzgados de paz, primera instancia y corte de apelaciones del ramo civil del municipio de Guatemala, como ámbito espacial previamente delimitada . Por un lado se tomó muestra de los diversos juicios en materia civil donde se han gestionado desistimiento de acción para establecer el criterio judicial. Por el otro, se elaboró la boleta de encuesta, en cuyo cuestionario se formularon preguntas directas con respuesta cerrada y mixta, dirigido a jueces del ramo civil, a profesionales del derecho en el ejercicio de su profesión y también a docentes que imparten sus respectivos cursos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos.

CAPÍTULO I



1. Derecho procesal civil

Para desarrollar esta investigación es necesario establecer el criterio aportado por los tratadistas de esta disciplina a través de los estudios respecto al tema. En este orden, es importante analizar el significado de las distintas definiciones del concepto Derecho Procesal Civil en general; y, en particular, precisar el concepto proceso como tal. Al mismo tiempo abordar los principios que rigen el mismo. Estos tópicos se tratarán a continuación:

1.1. Definición.

Referente al Derecho Procesal como una de las ramas del Derecho Público, el autor Cabanellas dice que el Derecho Procesal Civil: “Es el que contiene los principios y normas que regulan el procedimiento civil y el criminal; la administración de la justicia ante los jueces y tribunales de otra jurisdicción, o de otras especiales.”¹

Esta definición que suministra Cabanellas, se circunscribe a los principios y reglas del procedimiento, así como al órgano jurisdiccional encargado de interpretar y aplicar las normas jurídicas en casos concretos; habida cuenta que a falta de éste último no concurre el proceso. En nuestro país, al órgano al que se hace referencia se le denomina: Organismo Judicial.

¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, tomo I, pág. 657.



Por su parte Couture considera que "...es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil".² El autor citado va más allá de lo estudiado por Cabanellas, al constituir su naturaleza jurídica como una de las ramas del Derecho; la cual pretende de responder la pregunta ¿qué es proceso?

Para Pallares consiste en "El conjunto de normas jurídicas relativas al proceso jurisdiccional".³ A su vez, en otra definición contenida en otra obra, afirma: "...no es otra cosa que el conjunto de verdades, principios y doctrinas cuyo objeto es el proceso jurisdiccional y las instituciones jurídicas relacionadas directamente con él".⁴ El proceso jurisdiccional a que se refiere el autor citado, se desarrollará más adelante.

Los doctrinarios De Pina y Castillo Larrañaga, definen ésta institución en su tratado, en los términos siguientes: "... La expresión derecho procesal tiene dos significaciones distintas, aunque íntimamente relacionadas. Una, se refiere al derecho procesal positivo (o conjunto de normas jurídicas procesales); la otra, al derecho procesal científico (o rama de la enciclopedia jurídica que tiene por objeto el estudio de la función jurisdiccional, de sus órganos y de su ejercicio)."⁵

Respecto al Derecho Procesal Jaime Guasp citado por Aguirre Godoy establece:
"Derecho Procesal no quiere decir, en definitiva, otra cosa que derecho referente al

² Couture, Eduardo, **Fundamentos de derecho procesal civil**, pág. 3.

³ Pallares, Eduardo, **Diccionario de derecho procesal civil**, pág. 244.

⁴ Pallares, Eduardo, **Derecho procesal civil**, pág. 9.

⁵ De Pina, Rafael y Castilla Larrañaga, José, **Instituciones derecho procesal civil**, pág. 18.



proceso; es, pues el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso"⁶ Para Aguirre Godoy, esta rama jurídica tiende a la actuación del Derecho objetivo, para la satisfacción de intereses privados.

Con la ilustración brindada por los escritores citados, a juicio de este autor, al Derecho Procesal Civil, se define en el sentido siguiente: *Rama del Derecho Público que estudia el conjunto de normas jurídicas, principios, instituciones y doctrinas que regulan el desarrollo del proceso civil existente entre particulares, para la satisfacción de sus pretensiones privadas ante los tribunales de justicia.*

1.2. Proceso.

Como se puede apreciar, se instauró que el Derecho Procesal Civil estudia particularmente el concepto: proceso civil: y, dentro de esta parcela del conocimiento, particularmente examina el vocablo o concepto proceso. En referencia a éste último, se reserva el apartado apropiado para profundizar en su significado.

Carnelutti define el concepto proceso en su acepción primigenia al enseñarnos que se deriva del vocablo procederé y agrega que el mismo "...no quiere decir otra cosa que ir adelante: juzgar es precisamente un ir adelante; el pensamiento procede lo mismo que el cuerpo camina. Cuando se dice que el juicio es proceso (o procedimiento, que

⁶ Aguirre Godoy, Mario, *Derecho procesal civil de Guatemala*, tomo I pág. 16.



dejando a salvo los valores convencionales de las palabras en el lenguaje científico, expresa la misma idea, o sea que, no se quiere decir otra cosa, sino que es un desarrollo. Se forma en el tiempo.”⁷

Cabanellas establece que proceso significa: “progreso, avance; transcurso del tiempo; las diferentes fases o etapas de un acontecimiento; conjunto de autos y actuaciones; litigio sometido a conocimiento y resolución de un tribunal; causa o juicio criminal.” A su vez, asienta que el proceso civil es “el que se tramita por la jurisdicción o impugnación total o parcial, por cada una de las partes, de las pretensiones de la contraria.”⁸

Pallares puntualiza al proceso jurídico como “una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configuran la institución de que se trata.”⁹

Couture señala: “...es un conjunto de actos, su orden temporal, su dinámica, la forma de desenvolverse, avanza hacia su fin y concluye”.¹⁰ El tratadista uruguayo establece no solo que es, sino que además señala que tiene un fin y una conclusión, es decir, que el fin del proceso es la resolución de un conflicto y cuya conclusión es la resolución final emitida por un órgano jurisdiccional.

⁷ Carnelutti, Francesco, **Derecho procesal civil**, pág. 21.

⁸ Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo III, pág. 991.

⁹ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit**; pág. 636.

¹⁰ Couture, **Ob. Cit**; pág. 121.



Se puede definir al proceso civil como *una serie concatenada de actos sucesivos desplegados ante el órgano jurisdiccional, con el fin de resolver un conflicto existente entre particulares generalmente a través de la sentencia.*

1.3. Principios del derecho procesal civil.

Se estableció con anterioridad, que el Derecho procesal civil estudia --entre otros aspectos-- a los principios; consecuentemente, se debe analizar ¿Qué son principios procesales?

1.3.1. Definición.

Los principios procesales son nociones fundamentales que nos sirven como lineamientos que inspiran la creación, orientan la interpretación y aplicación de una norma jurídica, conforme a las siguientes funciones:

1.3.1.1. Función informativa.

Esta tiene como finalidad orientar el contenido de una norma, es decir, guía el ¿por qué de la norma jurídica?



1.3.1.2. Función interpretativa.

Asigna un significado de la norma jurídica, a través de los diversos sistemas de interpretación.

1.3.1.3. Función normativa.

Finalmente, sirve o es de utilidad para crear las reglas de observancia obligatoria, es decir, la aplicación de la norma jurídica a un caso concreto.

Entrando en materia, para Cabanellas el significado de principio es: “Razón o fundamento, origen; fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte”¹¹. Con apoyo en lo expuesto por el referido jurisconsulto, se entiende que principio es *el punto de partida que sustenta la esencia de las reglas jurídicas, el cual se mantiene durante la dilación procesal para la correcta interpretación y aplicación de dichos cánones en la práctica forense*. En este caso, es la base de la ciencia del Derecho Procesal Civil.

Los principios procesales, son además de nociones fundamentales “*mandamientos procesales*”¹², como manifiesta Couture, los cuales rigen la forma en que el proceso se desarrollará.

1.3.2. Clases.

¹¹ Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo III, pág. 381.

¹² Couture, **Ob. Cit**; pág. 182.



Ahora que se desentrañó el significado del término principio, se procederá a establecer sus clases. Se tratará de explicar cada una de ellas, apegadas a los preceptos de la doctrina dominante.

1.3.2.1. Impulso procesal.

Para Couture, citado por Aguirre Godoy este principio es el "...fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia un fallo definitivo; y este consiste, en asegurar la continuidad del proceso."¹³ En otras palabras el impulso procesal busca la prolongación o persistencia del proceso desde su inicio hasta su fin, con la intervención por medio de los sujetos procesales. Este principio está codificado en el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil al establecer: "Los plazos y términos señalados en este código a las partes para realizar los actos procesales, son perentorios e improrrogables, salvo disposición legal en contrario.

Vencido un plazo o término procesal, se dictará la resolución que corresponda al estado del juicio, sin necesidad de gestión alguna." Dicho precepto legal regula que el proceso no se podrá interrumpir y que se asegura a través de los plazos legales su continuidad.

Parfraseando a Pallares, autor que proporciona otra denominación, principio de impulsión procesal, por virtud de él, la tramitación del proceso hasta alcanzar su fin, está encomendada a la iniciativa de las partes que son quienes deben hacer las

¹³ Aguirre Godoy, **Ob. Cit;** pág. 261.



promociones necesarias para lograrlo. No le corresponde al juez, excepto en ciertos casos.

Entonces, se refiere que a quien le corresponde en principio ponerlo en movimiento a través de la acción, es a la parte demandante, misma que se manifiesta a través de la demanda.

1.3.2.2. Dispositivo.

Lo que establece el maestro Couture respecto a este principio que "...se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares."¹⁴ Lo que quiere decir, es que a través de éste principio los únicos interesados en ejercitar sus acciones son los particulares, por lo que a los sujetos procesales les corresponde la continuidad de sus respectivas pretensiones. Circunstancia que determina la actuación del propio juzgador, a quien le está impedido resolver más, o en su caso menos de lo que apetecen las partes.

El Artículo 51 del Código Procesal Civil y Mercantil regula este principio, al establecer que para interponer una demanda o contrademanda, es necesario tener interés en la misma.

¹⁴ Couture, **Ob. Cit;** pág. 186.



1.3.2.3. Igualdad.

Para desarrollar este principio, se debe establecer en primer lugar lo que significa igualdad. Este concepto no significa ni más ni menos que a ninguna persona se la dará un trato diferente por motivo de religión, identidad, nacionalidad, etnia, etc.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula el principio de Igualdad en el artículo 4º- al indicar: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e **iguales en dignidad y derechos**”. (El resaltado es del autor). En este precepto legal, se establece que a nadie se le puede limitar su capacidad de gozar de sus derechos conferidos por la ley o recibir un trato diferente por motivo de religión, etnia, sexo, ideología, identidad, nacionalidad, etc.

Sin duda alguna este principio debe dominar el proceso civil. Couture dice que “Ese principio es, a su vez, una manifestación particular del principio de igualdad de los individuos ante la ley. Este principio consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda esta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición.”¹⁵ Sí se dice que todos los individuos son iguales ante la ley, a todas las personas, en este caso partes, se les debe dar audiencia en forma equitativa, de la misma forma, se les deberá dar comunicación a las partes, respecto a la actuación de la otra, para que así pueda actuar dentro del proceso en similares condiciones.

¹⁵ Couture, **Ob. Cit**; pág. 183.



También llamada principio de contradicción o de bilateralidad según el escritor guatemalteco Aguirre Godoy quien para el efecto exterioriza que "...este principio se apoya en la bilateralidad, o sea que a ambas partes debe dárseles la consiguiente oportunidad, para intervenir en los actos procesales. Trae aparejada la noción de la contradicción o sea el derecho de las partes para oponerse a la ejecución de un acto que se realice en el proceso."¹⁶

En primer término se dijo que este principio tiene como fin que ante la ley todas las partes tienen las mismas condiciones. En este contexto el autor Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil escribe: "Según este principio, las partes deben tener el proceso un mismo trato, se le deben dar las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y ejercitar sus defensas, siempre dentro de la inevitable desigualdad que produce la condición de actor y demandado."¹⁷ Se debe entender que a todas las partes se les deberá de dar un trato igualitario, de la misma forma de parte de la autoridad jurisdiccional. A criterio de este investigador, esta definición que proporciona el citado tratadista del derecho, es la más adecuada, teniendo en cuenta el fundamento constitucional que aludimos en el segundo párrafo.

La Gaceta No. 91, expediente 3832-2007 de fecha de sentencia 29 de enero de 2009 de la Corte de Constitucional dice: Esta corte ha analizado que el principio de igualdad, consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala, hace imperativo

¹⁶ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; pág. 266.

¹⁷ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit**; pág. 627.



que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma, lo cual impone que todos los ciudadanos queden sujetos de la misma manera a las disposiciones legales, sin clasificarlos, ni distinguirlos, ya que tal extremo implicaría un tratamiento diverso, opuesto al sentido de igualdad preconizado por el texto supremo; sin embargo para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforma a sus diferencias (...)"

De igual forma el Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial en lo conducente regula: "...La justicia es gratuita e igual para todos,..."

1.3.2.4. Adquisición procesal.

Pallares afirma respecto a este principio: "Por virtud de este principio, las pruebas rendidas por una de las partes no solo a ella aprovechan sino también a todas las demás aunque no hayan participado en la rendición de la prueba. El principio tiene fundamento racional evidente, ya que no es posible dividir la convicción del juez sobre la existencia o la no existencia de los hechos litigiosos. Si por virtud de una prueba, se produce en su ánimo la certeza respecto de dichos hechos, no importa quién de los litigantes haya rendido la prueba. En todo caso, la eficacia de esta es indivisible."¹⁸

Resulta que este principio significa que todas las pruebas presentadas son para el proceso, estas se aprovechan en el mismo y pueden ser valoradas, ya sea en favor o

¹⁸ *Ibid*, pág. 623.



en menoscabo de cada una de las partes; así lo escribe Aguirre Godoy quien dice:

“Alude al influjo reciproco de la actividad de las partes, tanto en sus efectos benéficos como perjudiciales. Los actos procesales se aprecian por sus efectos no por su origen. Tiene aplicación, sobre todo, en materia de prueba, para evitar la duplicidad inútil de la misma.”¹⁹

Expresamente el Código Procesal Civil y Mercantil no regula este principio. A manera de ejemplo se puede mencionar el Artículo 191 del Código Procesal Civil y Mercantil, la que estipula: “De oficio o a petición de parte, pueden disponerse calcos, relieves, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares...” Lo que regula es que las partes podrán utilizar copias, calcos o fotografías de las pruebas ofrecidas en el juicio.

1.3.2.5. Inmediación.

En todo proceso existe la figura del juez, quien es el profesional del derecho y funcionario público quien resuelve un conflicto de carácter privado (en la rama procesal civil). Esto significa que todo acto procesal deberá ser practicado en presencia del Juez. Este principio se aplica de mejor manera en el sistema oral. Ahora bien, en Guatemala el sistema es estrictamente escrito, dejando únicamente a ciertos juicios la oralidad. Este principio es de mejor aplicabilidad en los sistemas orales cuyo fin primordial es la presentación de todos los actos procesales ante juez en forma personal y a viva voz. Según Aguirre Godoy se refiere este principio: “...al conocimiento directo

¹⁹ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; pág. 268.



del Juez con respecto a las partes y principalmente a la recepción de la prueba. Este principio esta efectivamente vinculado con el sistema de la oralidad en los juicios y no propiamente con el sistema escrito.”²⁰

En consideración de este autor, de acuerdo a este principio todas las partes deberán estar en contacto personal con el juez, para recibir pruebas, escuchar los alegatos, interrogatorios, etc. Para ello el sistema del proceso tendrá que ser eminente oral, pero en nuestro país el sistema es escrito, por lo que no se cumple a cabalidad este principio, excepto los juicios orales regulados en Libro Segundo, Título II del Código Procesal Civil y Mercantil.

El mejor ejemplo se encuentra en la conciliación, regulado en el Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil, ya que en la audiencia el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas equánimes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren, siempre que no contraríe las leyes.

Siempre habrá que acotar, que en diligenciamiento de la prueba, el juez deberá estar presente en las audiencias de las mismas.

²⁰ **ibid.**



1.3.2.6. Concentración.

Se denomina principio de concentración según Couture “aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos.”²¹

Esta definición parece escueta, amén, (esto dicho con todo respeto al gran maestro Eduardo Couture), de incluir en su construcción el concepto definido y de ser tautológica, por lo que resulta dificultoso comprender con claridad lo que realmente significa este principio.

Pallares afirma que: “según este principio, deben reunirse o concentrarse las cuestiones litigiosas para ser resueltas todas ellas o el mayor número posible de las mismas, en la sentencia definitiva, evitando que el curso del proceso en lo principal se suspenda.”²²

Al igual que el principio de inmediación, en opinión del autor, es característica principal del sistema oral, ya que en el procedimiento que nos rige difícilmente se podrán realizar el mayor número de diligencias en una sola audiencia.

El juez deberá estar en las audiencias con las partes, y en la misma realizar el mayor número de actos procesales. El típico ejemplo lo encontramos en el juicio oral, dónde en la audiencia se deberá realizar la conciliación, contestación de la demanda,

²¹ Couture, **Ob. Cit**; pág. 199.

²² Pallares, **Diccionario, Ob. Cit**; pág. 623.



interposición de excepciones, recepción y diligenciamiento de la prueba y en su caso la sentencia. Esto regulado en los Artículos 202, 203, 204, 205, 206 y 208 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.3.2.7. Eventualidad.

Para Pallares, “Este principio, las partes tienen la carga de hacer valer ya sean las acciones, las excepciones, las pruebas y los recursos procedentes en el caso de que en lo futuro hubiera necesidad de hacerlo para garantizar sus derechos procesales.”²³

Este principio explica que las partes deberán realizar sus actos procesales en el momento oportuno, es decir, no realizarlo después del momento procesal que la legislación establece. Por ejemplo no se puede contestar la demanda y tomar una actitud respecto a la misma, cuando ya se encuentra la misma en el período de prueba y se ha declarado con anterioridad la rebeldía. Su momento oportuno para contestar la demanda es anterior al periodo probatorio. No confundir este principio con el de preclusión, el cual se tratará posteriormente.

El Artículo 108 del Código Procesal Civil regula este principio, no en forma expresa, pero sí se hace la interpretación de la norma se puede encontrar. La norma dicta: “Si no se presentaran con la demanda los documentos en que el actor funde su derecho, no serán admitidos posteriormente, salvo impedimento justificado.”

²³ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit;** pág.626.



Otro ejemplo se encuentra en la interposición de las excepciones previas. El Artículo 120 del Decreto Ley 107, dice: “Dentro de seis días de emplazado, podrá el demandado hacer valer las excepciones previas.”

1.3.2.8. Economía.

El principio de Economía Procesal busca que el proceso no sea demasiado cuantioso, es decir, que sí el costo total del mismo debe ser equitativo al valor de bienes o de la cuantía.

Couture escribe: “Son aplicaciones de este principio las siguientes:

a) Simplificación en las formas de debate. Los procesos de menos importancia económica se debaten en método oral, reducidas las exposiciones a simples actas de resumen.

b) Limitación de las pruebas. Las pruebas onerosas (como, por ejemplo, la de peritos) se simplifican reduciéndose el nombramiento a un solo experto.

c) Reducción de los recursos. El número de instancias es normalmente menor en los asuntos de escaso monto; y en algunos casos, cuando la cuantía es ínfima, las decisiones son inapelables.



d) *Economía pecuniaria.* Las costas y gastos de justicia son normalmente menores en los asuntos modestos; y en numerosas circunstancias, los impuestos de justicia se suprimen como una colaboración del Estado a una más económica solución de estos conflictos.

e) *Tribunales especiales.* Frecuentemente cierto tipo de conflictos, en especial aquellos de escaso monto pero de considerable repercusión social, se dirimen ante tribunales ajenos a la jurisdicción ordinaria, procurando no sólo la especialización, sino también la economía o aun la gratuidad de la justicia; especialmente, arrendamientos, conflictos de trabajo, etc.”²⁴

Este principio busca que el proceso ha de desarrollarse con la mayor economía de costos de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

La Ley del Organismo Judicial en el Artículo 57 regula que: “La justicia es gratuita e igual para todos, salvo lo relacionado con las costas judiciales...”

1.3.2.9. Probidad.

Este principio se refiere a la honestidad, moral y ética de las partes dentro del proceso.

En tiempos antiguos en los que predominaba la religiosidad, tenía acentuada la tonalidad moral. Esta se basaba en juramentos, pesado en sanciones al perjurio,

²⁴ Couture, **Ob. Cit**; pág. 189.



gravosas presentaciones de parte de aquel que era sorprendido faltando a la verdad.

Couture establece algunas soluciones cuya finalidad es evitar la malicia en la conducta de las partes contendientes:

"a) *Forma de la demanda.* La demanda y su contestación deben exponerse en forma clara, en capítulos y puntos numerados, a fin de que el relato de los hechos no constituya una emboscada para el adversario. Contestada la demanda, es un principio inmodificable.

b) *Unificación de las excepciones.* Las excepciones dilatorias deben ponerse todas juntas, a fin de evitar la corruptela histórica denominada "escalonamiento de las excepciones", según la cual las defensas de esta índole se oponían sucesivamente haciendo interminable el litigio.

c) *Limitación de la prueba.* Los medios de prueba deben limitarse a los hechos debatidos, a fin de evitar una maliciosa dispersión del material probatorio y la demostración de hechos que se hubieran omitido deliberadamente en el debate preliminar.

d) *Comunicación de las nulidades.* Los errores de procedimiento deben corregirse inmediatamente, mediante impugnación por el recurso de nulidad; si así no se hiciere, las nulidades que deriven de esos errores se tienen por convalidados.



e) *Condenas procesales.* El litigante que actúa con ligereza o con malicia es condenado al pago de todo o parte de los gastos causídicos, como sanción a la culpa o dolo en su comportamiento procesal."²⁵

Por su parte Pallares establece (parafraseado por el autor) que a través de este principio, el proceso es una intuición de buena fe, que no ha de ser utilizada por las partes con fines de mala fe o fraudulentos.

Lo expuesto con anterioridad, se puede decir que este, es el principio rector, ya que a través del cual se busca que las partes actúen de buena fe, que el proceso se deba basar en la honestidad, moral y ética de las partes, frente a la otra, al juez o demás sujetos (terceros interesados, intérpretes, testigos, peritos, etc.).

El fundamento de este principio se encuentra en el Código de Ética Profesional, en el Artículo 15: "**Respeto:** El abogado debe guardar respeto a los tribunales y otras autoridades y hacer que se les respete."

1.3.2.10. Publicidad.

Este lineamiento ha de entenderse, según Adolfo Schonke citado por Eduardo Pallares, como "...el derecho que las partes tienen a presenciar todas las diligencias de prueba, sobre todo los interrogatorios de testigos, y el de examinar los autos y todos los escritos

²⁵ *Ibid*; pág. 190.



judiciales referentes a la causa, así como los expedientes respectivos.”²⁶

Lo anterior se debe entender respecto a la presencia e inspección de las diligencias tanto para los sistemas escritos como para los orales. En Guatemala, predomina en el proceso civil y mercantil el sistema escrito, dejando únicamente algunos juicios para la tramitación oral, por lo que este principio en los procedimientos escritos, si bien se concretiza para los sujetos procesales propios de determinado proceso, también por regla general se impide la fiscalización de cualquier persona que no sea parte en el juicio durante su trámite, por consiguiente el estudio de los autos judiciales contenidos en el cúmulo de escritos se permite a cualquier persona cuando éstos han concluido y son archivados.

En consonancia con lo expuesto, Couture, autor uruguayo, en cuyo país el sistema es similar al guatemalteco, subraya en este sentido que las "Formas de publicidad, dentro de nuestro derecho, son:

a) *Exhibición del expediente.* El expediente judicial puede ser consultado, dentro de nuestro derecho, por las partes, sus defensores y por todo el que tiene interés legítimo en su exhibición.

b) *Publicidad de audiencias.* Las audiencias ante los tribunales para informar *in voce* se realizan públicamente. No obstante, la falta de anuncio anticipado restringe la publicidad de tales audiencias, las que se limitan a contar con la presencia de aquellas

²⁶ Pallares, *Diccionario, Ob. Cit;* pág. 631.



personas invitadas a asistir por las propias partes."²⁷ Estas características se reproducen en el ámbito guatemalteco.

El fundamento se encuentra en la Constitución Política de la República de Guatemala, misma que el Artículo 14 en lo conducente regula: "El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata." De la misma forma, en el Artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial: "**Publicidad:** Los actos y diligencias de los tribunales son públicos, salvo los casos en que por mandato legal, por razones de moral, o de seguridad pública, deban mantenerse en forma reservada. La calificación será hecha por el juez en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En todo caso los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos de que se trate y hacer las observaciones y protestas que procedan en general enterarse de su contenido."

1.3.2.11. Oralidad.

A partir de este principio es que existe el sistema de oralidad; mismo que busca que en todos los actos procesales que se realicen en audiencia sean en presencia del juez (inmediación), además de realizar las mismas a viva voz. En percepción del autor, este sistema debería aplicarse al sistema Procesal Civil ya que solamente es de tramitación

²⁷ Couture, **Ob. Cit;** pág. 193.



en la vía penal y reglado en materia laboral.

A pesar que con el Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, en su libro segundo, título II se regula en parte este principio al establecer ciertos juicios la tramitación por la vía oral. El mejor ejemplo está en el Artículo 201 del mismo cuerpo legal: "La demanda podrá presentarse verbalmente...". Lastimosamente la mayoría de asuntos que regula dicho Código, le es aplicable el sistema escrito.

Para Aguirre Godoy: "Este principio más bien es una característica de ciertos juicios, que se desarrollan por medio de audiencias, en forma oral, con concentración de pruebas y actos procesales, de todo lo cual se deja constancia por las actas que se levantan."²⁸

Éste, es según Couture, "...una oposición al principio de escritura, es aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable."²⁹ Parece muy acertado lo expuesto por Couture, porque el principio se basa en la actividad netamente de los abogados, partes, jueces y todo aquel que intervenga en el proceso de realizarla a viva voz en audiencias. A su vez, como se ha expuesto, se complementa con el principio de inmediación, realizando todos los actos procesales cara al juez competente.

²⁸ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; pág. 274.

²⁹ Couture, **Ob. Cit**; pág. 199.



1.3.2.12. Preclusión.

Se mencionó que no hay que confundir nunca el principio de eventualidad con el de preclusión, ya que suele suceder. El principio de eventualidad, establece que los actos procesales deberán evacuarse en el momento oportuno, caso diferente al de preclusión, que rige también a los momentos procesales. Este principio tiene como objeto que ya evacuada una audiencia o cuando vence un estado del proceso, al pasar a otro, no se podrá regresar nunca a un estado anterior del proceso. Ejemplo: vencido el período probatorio y el juez está por resolver un auto para mejor fallar y durante ese período de prueba no se diligenció alguno, no se puede regresar a dicho estado del proceso porque ya hubo una terminación del mismo.

De igual forma busca que las diversas etapas del proceso se desarrollen en forma sucesiva, impidiéndose el regreso o retroceso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.

Couture define este principio como: "...la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal."³⁰

Aguirre Godoy proporciona a nuestro entender una mejor definición, al decir: "El paso de una fase procesal a otra, supone la clausura de la anterior, de modo que no puede volverse a aquella."³¹

³⁰ **Ibid**; pág. 196.

³¹ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; pág. 274.



A su vez Chiovenda citado por el mismo autor, señaló las tres diferentes situaciones de las cuales resulta la preclusión:

- "a) Por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización del acto.
- b) Por haberse cumplido una actividad incompatible con otra.
- c) Por haberse ejercitado ya una vez, válidamente, dicha facultad (consumación propiamente dicha). Así sucede en los casos en que se produce cosa juzgada."³²

Explícitamente no se encuentra este principio dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Pero a manera de ejemplo en el Artículo 119 del Código Procesal Civil y Mercantil: "Solamente al contestarse la demanda podrá proponerse la reconvención,..."; otra norma legal en el que se localiza este principio es el Artículo 198 del mismo cuerpo legal: "Efectuada la vista, o vencido el plazo del auto para mejor fallar, se dictará la sentencia...".

1.3.2.13. Celeridad.

Es predominante de igual manera en los sistemas orales este principio ya que busca que el proceso sea de forma más rápida, estableciendo la eficacia y eficiencia del

³² **ibid;** pág. 276.



mismo y también menos engorroso. Por ejemplo no es lo mismo que en el sistema escrito se presenten todos los actos procesales en memoriales, que de manera oral se realicen la mayoría de actos procesales en un solo acto. Regulados en los Artículos 108, 118 y 119 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.3.2.14. Congruencia.

Consiste en que las sentencias deben ir adecuadas no sólo consigo mismas, sino también con la litis tal como quedó formulada por medio de escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica. En otras palabras toda sentencia, se deberá resolver en ella conforme a las peticiones de las partes y conforme a lo que la ley le autoriza. No otorgar más (ultra petita) ni menos (minus petita) a lo pedido por las partes.

El Artículo 26 del Decreto Ley 107, regula: “El juez deberá dictar su fallo congruente con la demanda y no podrá resolver de oficio sobre excepciones que sólo puedan ser propuestas por las partes.

1.3.2.15. Legalidad.

Este principio consiste en que no se podrá tramitar algún asunto sí no está regulado en la ley. Todo proceso, procedimiento, resolución en contra del ordenamiento jurídico viola este principio.

Tiene por objeto que todos los procesos, juicios deben estar previamente establecidos



en la ley, es decir, que no puede juzgar a una persona por un proceso, por un juicio que no estuviere previamente legislado.

Pallares afirma que: "Puede formularse, diciendo que consiste en que las autoridades no tienen más facultades que las que les otorgan las leyes, y que sus actos únicamente son válidos cuando se fundan en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe."³³

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula este principio en el Artículo 12, donde se estipula que nadie será condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido, citado, oído y vencido en proceso legal ante tribunal competente y preestablecido.

1.4. Partes en el Proceso Civil.

A continuación se definirá con base en lo que los expertos del derecho indican y lo que a criterio de este autor significa la parte.

1.4.1. Definición.

Iniciando con Cabanellas quien en su diccionario establece que Parte es: "Litigante; sea demandante o actor, sea demandado o reo;"³⁴ En este precepto, el autor citado se

³³ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit;** pág. 628.

³⁴ Cabanellas, **Ob. Cit;** pág. 223.



refiere a las partes procesales. Se deduce que en este momento no se hace referencia a parte de una obligación: acreedores y deudores; quienes dentro del proceso se adoptarían las calidades de actores y demandados, respectivamente.

Para el profesor de la Universidad de Roma, Chiovenda, "...es parte el que en la demanda en nombre propio (cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada."³⁵ El autor se refiere a quien en nombre propio defiende un derecho frente al otro, a través de una demanda ante un órgano jurisdiccional.

Algunos tratadistas afirman que parte y litigante es lo mismo. A criterio de este autor es muy acertado el sinónimo porque tanto parte o litigante son quienes presentan los memoriales, ya sea de acción o de contestación. Realizan los actos procesales ante la administración de justicia.

En otra obra de Derecho Procesal Civil del autor Pallares se define: "Por parte no debe entenderse la persona o personas de los litigantes, sino la posición que ocupan en el ejercicio de la acción procesal.

Esa posición no puede ser otra que la del que ataca o sea la del que ejercita la acción y la de aquél respecto de la cual o frente al cual se ejercita. Por eso no hay más que dos partes: actor que es quien ejercita la acción y demandado, respecto del cual se ejercita

³⁵ Chiovenda, José, **Principios de derecho procesal civil**, tomo II; pág. 6.



la acción.”³⁶

Para poder ser parte dentro del proceso, se necesita tener la capacidad legal para poder ejercer sus derechos ante los tribunales. Los autores de Pina y Castillo afirman que la capacidad procesal es de igual forma que la capacidad como atributo de la personalidad. “La capacidad jurídica es la equivalente de la capacidad para ser parte. Tiene capacidad para ser parte toda –física o moral- persona que tenga capacidad jurídica. La capacidad para ser parte es, sencillamente, la capacidad jurídica llevada al proceso. La capacidad para ser sujeto de una relación jurídica.”³⁷

Respecto a la capacidad para ser parte, el Código Procesal Civil y Mercantil en el Artículo 44 regula: “Tendrán capacidad para litigar las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos.” Esto se refiere a quienes tienen plena capacidad, se obtiene al cumplir los 18 años de edad. Sigue esta norma: “Las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, no podrán actuar en juicio, sino representadas, asistidas o autorizadas conforme a las normas que regulen su capacidad”. Con ello se establece: para las personas que tengan incapacidad deberán ser representadas o podrán ejercer sus acciones por medio de sus representantes legales. Continúa este artículo: “Las personas jurídicas litigarán por medio de sus representantes conforme a la ley, estatutos o la escritura social.

Las uniones, asociaciones o comités cuando no tengan personalidad jurídica, pueden

³⁶ Pallares, **Ob. Cit**; pág. 131.

³⁷ De Pina, y Castilla **Ob Cit**; pág.255.



ser demandadas por medio de sus presidentes, directores o personas que públicamente actúen a nombre de ellos. El Estado actuará por medio del Ministerio Público”. En este caso según el Decreto 25-97 del Congreso de la República se debe entender como Procuraduría General de la Nación en lugar de Ministerio Público.

1.4.2. Clases.

Dentro de las cuales se tienen las siguientes:

1.4.2.1. Actor o demandante.

Es la persona jurídica individual o colectiva quien en nombre propio o en representación de otra ejerce sus derechos a través de una demanda, ante un órgano jurisdiccional frente a otra en un proceso judicial.

Cabanellas establece: “Quien asume la iniciativa procesal; el que ejercita una acción. Sinónimo de demandante; o sea, el que en juicio formula una petición o interpone una demanda.”³⁸

Para Pallares: “La persona que ejercita o en cuyo nombre se ejercita una acción, o la

³⁸ Cabanellas, **Ob. Cit**, Tomo I; pág. 98.



que inicia en juicio o a cuyo nombre se inicia el juicio, mediante demanda”.³⁹

1.4.2.2. Demandado.

Es la persona jurídica ya sea individual o jurídica quien a raíz de una demanda le exige el cumplimiento de una prestación u obligación en un proceso judicial en su contra.

Para Cabanellas: “Aquel contra el cual se pide algo; es la persona contra la cual se interpone una demanda.”⁴⁰

El autor uruguayo Pallares define: “La persona contra la cual se endereza una demanda judicial, exigiéndole alguna cosa o prestación determinada”.⁴¹

Cabe resaltar que en Guatemala quien representa al Estado es la Procuraduría General de la Nación. Órgano que en determinado momento se convierte en parte dentro del proceso, actuando de demandado o demandante, defendiendo intereses del Estado.

³⁹ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit;** pág. 61.

⁴⁰ Cabanellas, **Ob. Cit, Tomo I;** pág. 616.

⁴¹ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit;** pág. 233.

CAPÍTULO II



2. Profesión.

2.1. Definición.

En el capítulo anterior, se estableció lo relativo al derecho procesal, al proceso y sus principios rectores. Es relevante este recordatorio porque en este medio dentro de la actividad procesal judicial interviene el Abogado e incluso el Notario en el ejercicio de ambas profesiones.

En Guatemala, así como en muchos países existen varias profesiones, entre ellas, la de Abogado y Notario. Fuera de estas fronteras en algunos Estados coexisten independientemente el colegio de Abogados y el colegio de Notarios. En nuestra área geográfica de estudio encontramos unificado el Colegio de Abogados y Notario de Guatemala porque nuestras universidades confieren al mismo profesional ambos títulos.

La Constitución Política de la República regula en su Artículo 43 que: “**Libertad de industria, comercio y trabajo.** Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.” Este precepto constitucional regula que en nuestro país existe la libertad de trabajo. Al hacer una interpretación extensiva del texto constitucional, el concepto de trabajo va ligado al concepto de profesión. Es obvio que ejercer una profesión u oficio



constituye en sí trabajar, por lo que, se reconoce de igual forma la libertad de ejercer una profesión mediante el trabajo liberal o subordinado. Esta libertad comprende desde su propio inicio para formarse como profesional, es decir, que existe la libertad que tiene toda persona de estudiar la carrera que desee y posteriormente poder ejercerla. Esta libertad también se refiere a que la pueden ejercer sin limitaciones, cuando se practica en forma liberal, sin sujetarse a horario o subordinación. Las únicas limitaciones existentes para el ejercicio liberal o subordinado de una profesión u oficio son las establecidas en la ley.

El maestro Cabanellas define a la profesión como: “Ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte. Para la Academia: empleo, facultad y oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente”.⁴² De igual manera dice que la profesión liberal es: “Aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo tan sólo intelectual, aun cuando no excluya operaciones manuales; como las del cirujano, y las de los arquitectos e ingenieros al trazar sus planos.

La singularidad de la profesión liberal surge de que no existe relación de dependencia ni permanente con la clientela, aunque pueda haber habitualidad en el requerimiento de los servicios; además salvo establecerse aranceles especiales por el poder público, el profesional liberal determina libremente su remuneración, que recibe el nombre de honorarios.”⁴³

⁴² Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo III, pág. 397.

⁴³ **Ibíd.**



Para Martínez respecto a profesión nos dice: "...es la dedicación idónea, habitual e interesante del individuo a determinada actividad en base a la educación, formación y perfeccionamiento."⁴⁴

Se afirma que la profesión es el conjunto de trabajo, es decir, la actividad humana que se refiere a la utilización de los elementos físicos e intelectuales de una persona, sumados con el manejo de elementos materiales en la realización de una actividad. Cuando se realizan estos elementos se estipula que se está ejerciendo una profesión.

En Guatemala como requisito sine qua non para poder ejercer una profesión, o sea para poder trabajar ya sea en forma liberal o de dependencia subordinada, es obligatorio asociarse en el colegio correspondiente. Esto se encuentra regulado en el Artículo 90 de la Constitución Política de la República que en lo conducente estipula: "La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria...". La propia ley de Colegiación Profesional Obligatoria establece en su Artículo 2 que la misma se deberá hacer dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de graduación. Para ser consecuentes con lo recién expuesto, es importante diferenciar el perfil para ejercer la profesión. Su ejercicio se puede realizar o ejecutar a cambio de una retribución económica, ya sea mediante honorario o de salario. De esa forma de pago depende el carácter de su ejercicio, es decir, de manera liberal (honorarios) o como relación laboral (salario). En este segundo aspecto, a guisa de ejemplo, Oscorp S.A. entidad que se dedica a prestar servicios jurídicos. Para ello necesita que profesionales del derecho

⁴⁴ Martínez, Orlando, **Profesión**, <http://www.monografias.com>, (11 de junio de 2001, 11:48).



(en nuestro medio necesariamente Abogados y Notarios), ejecuten cualquiera de dichas profesiones o ambas a través de una relación laboral a cambio de un salario, estableciendo subordinación, dependencia directa de un patrono y supervisión directa o delegada del mismo.

2.2. Características.

Las definiciones planteadas con anterioridad, engendran las características siguientes:

❖ **Facultad de la persona humana.**

Esta característica deviene a que sólo los seres humanos tienen la capacidad de ejercitar una profesión. Esta premisa indica que debido a la clasificación de las personas como individuales o morales y colectivas o jurídicas, únicamente las primeras tienen la facultad de realizar o ejercer una profesión. Ninguna entidad colectiva de derecho ya sea público o privado puede ejercer una profesión. Por ejemplo, Javier Aguilar puede ejercer una profesión porque es un ser humano, pero la entidad Oscorp S.A. no realiza una profesión, sino que ejecuta una actividad mercantil.

❖ **Existe una libertad.**

Tocante a la libertad, se puede establecer de dos formas. La primera, es la libertad que tiene todo ser humano de escoger el ámbito de estudio que desee para en un futuro ejercer la profesión. La segunda radica en la libertad de ejercer dicha profesión en la



forma que desee, siempre y cuando atienda a los aspectos éticos, morales y legales. Ya sea en forma liberal sin adecuarse a un horario específico y cobrando honorarios, o bien en relación de dependencia mediante una relación laboral.

❖ Puede ser ejercida a través de una relación laboral.

Sí se acepta que la relación laboral es el vínculo existente entre trabajador cuando este se obliga a prestar en forma personal sus servicios a un patrono, bajo dependencia continuada y dirección inmediata o delegada del mismo a cambio de una retribución. De esta enunciación sustraída del Artículo 18 del Código de Trabajo, se establece que entre una persona puede ejecutar su profesión a través de una relación laboral siempre y cuando existan los elementos que se exponen a continuación:

- *Vínculo jurídico económico:* Éste se establece en el vínculo o relación que se origina de un contrato de trabajo, en donde se pactan todas las condiciones de trabajo, y se fija la retribución económica.
- *El trabajador presta sus servicios en forma personal:* A esto se refiere a que sólo el ser humano puede realizar su trabajo, debe hacerlo él y no otra persona.
- *Bajo dependencia continuada del patrono:* El patrono debe de proporcionarle al trabajador los instrumentos de trabajo, todo tipo de mobiliario, además del local donde realizará su actividad.



- *Dirección inmediata o delegada del patrono:* Como existe una subordinación y una jerarquía entre el patrono y trabajador, el primero deberá examinar y dirigir la actividad del trabajador, salvo que la delegue a su representante.
- *A cambio de una retribución económica:* Como la relación laboral es un vínculo jurídico económico, respecto a este, el patrono se obliga a pagar una suma determinada de dinero al trabajador en calidad de salario por los servicios prestados.

Sí se dan las aludidas características en el caso del ejercicio profesional de una persona, estamos frente a una relación laboral. Es decir concurre el vínculo jurídico económico entre el profesional y una entidad colectiva, en el cual el profesional presta sus servicios en forma personal, bajo dependencia continuada del patrono, es decir, que el puesto siempre va a existir, y además le proporciona al profesional una oficina, mobiliario, equipo de computación, papelería y útiles, etc., además actúa bajo la dirección inmediata o delegada del patrono a cambio de una retribución económica, existiendo un salario y no honorarios.

❖ Recibe honorario o salario.

Se dice que un profesional recibe honorarios como retribución económica cuando realiza su actividad en forma liberal, atendiendo al arancel aprobado por el Estado. También el estipendio del profesional del derecho puede percibirlo mediante un salario



cuando depende de una relación laboral, como ya se argumentó prolijamente.

2.3. Elementos.

Dentro de ellos se describen los siguientes:

2.3.1. Personal o subjetivo.

Se refiere específicamente al ser humano, entonces, al profesional. El ser humano, es el único que puede realizar una profesión y sacar provecho de ella, no solo en la realización de la misma sino que en aspecto económico, en la calidad de vida, como persona y a la sociedad.

2.3.2. Acción física.

En el elemento subjetivo o personal se estableció que esta actividad es eminentemente humana, y se refiere a que la persona en el ejercicio de su profesión ejecuta una actividad física, un esfuerzo físico para lograr ejecutar su profesión. Ejemplo: El Abogado realiza actividad física verbigracia al acudir a los tribunales en procuración de un juicio, también efectúa una actividad física al redactar un memorial y de la misma manera al acudir a una audiencia.



2.3.3. Intelectual.

Es toda actividad, todo esfuerzo en virtud del cual el profesional utiliza todos sus conocimientos técnicos y científicos para la elaboración de su trabajo o profesión. Ejemplo: Siempre en el campo de la Abogacía; el profesional del derecho emplea su intelecto para preparar y crear una demanda, también cuando acude a una audiencia en las interrogaciones y réplicas.

2.3.4. Económico.

Este elemento se limita a la retribución económica ya sea en honorarios como producto del ejercicio de la profesión liberal o puede ser salario, como pago de un contrato que rige la relación laboral.

2.4. Diferencia entre profesión liberal y trabajo profesional.

La diferencia entre la profesión liberal y trabajo profesional radica en la relación laboral, ya que en el trabajo existe un contrato en cual concurre un acuerdo de voluntades entre el trabajador profesional y patrono en el cual rigen las condiciones dentro de la relación. Por otro lado en la profesión liberal no existe tal vínculo jurídico económico, porque esta se ejecuta sin contrato de trabajo de por medio. Lo que podría darse en un contrato de servicios profesionales de naturaleza civil y no laboral. A continuación se esquematizan las discrepancias que a nuestro juicio pueden presentarse.



	Vínculo jurídico económico:	Se prestan los servicios en forma personal:	Bajo dependencia continuada del patrono:	Dirección inmediata o delegada del patrono:	A cambio de una retribución económica:
Relación Laboral o Trabajo.	<i>Evidentemente existe el vínculo entre el patrono y trabajador.</i>	<i>Solamente el trabajador presta los servicios.</i>	<i>El patrono le proporciona al trabajador local u oficina, escritorio o mobiliario, equipo de computación, es decir todo lo necesario para la realización de su actividad.</i>	<i>El patrono deberá supervisar la actividad del trabajador o delegado a una persona de su confianza.</i>	<i>Se limita al salario por un determinado tiempo de trabajo que paga el patrono al trabajador.</i>
Ejercicio Profesión Liberal.	No existe tal vínculo. Es una relación profesional entre la persona que presta sus servicios con el cliente, quien busca los mismos.	De igual forma solo el profesional realiza su actividad.	Aquí no existe la dependencia, porque el profesional tiene su propia oficina, instrumentos de trabajo y no existe algún patrono que se los proporcione.	Al no existir la figura patronal, no hay dirección o supervisión.	Caso contrario, lo que se establece como retribución son los honorarios por los servicios prestados.



2.5. Profesional.

Toda actividad que se realiza como producto de una profesión, la realiza un profesional. Anteriormente se estableció que sólo los seres humanos son capaces de poder ejercerla y por lógica sólo las personas son profesionales, se deja excluida a la persona jurídica colectiva o abstracta.

Para Cabanellas: "Concerniente a una profesión; quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos."⁴⁵

Para García-Pelayo y Gross: "Relativo a la profesión; aplícase al que realiza un trabajo mediante retribución."⁴⁶

De estas definiciones se puede establecer que profesional es el ser humano, que realiza una profesión, cuya actividad representa su principal fuente de ingresos. Para poder ser profesional se requiere, entre otros, de ciertos requisitos:

- Obtener el título facultativo.
- Cumplir con los requisitos administrativos de inscripción.
- Colegiarse.

⁴⁵ Cabanellas, **Ob. Cit;** tomo III, pág. 398.

⁴⁶ García-Pelayo Ramón y Gross, , **Diccionario enciclopédico ilustrado**, tomo II, pág. 698



2.6. Profesional del derecho.

El profesional del derecho, es el egresado de las universidades del país que tienen las carreras de Abogacía y Notariado con el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

La Abogacía y Notariado en nuestro país a pesar de ser dos carreras distintas, se estudian y ejercen de forma simultánea, individual o indistintamente, pero tienen algunas diferencias las que se tratarán más adelante.

A continuación se pasará a estudiar cada una de las profesiones y así se discutirán distintos aspectos de ellas.

2.6.1. Profesión de Abogado.

2.6.1.1. Definición de abogado.

García-Pelayo establece que el Abogado es: “Perito en el derecho positivo que defiende en juicio los intereses de los litigantes y aconseja sobre cuestiones jurídicas; defensor, antecesor, medianero.”⁴⁷ Al analizar esta definición a juicio del autor parece acertada. Por un lado, porque que al imprimirle al abogado el carácter de perito, se hace en el sentido de considerarlo como un conocer a fondo de las ciencias jurídicas en general, y especialmente de las normas vigentes y eficaces o que realmente se cumplen. Otra

⁴⁷ *Ibíd.*; tomo I, pág. 2.



característica que se destaca en la definición aportada por García-Pelayo es la de defensor, porque resguarda derechos de sus clientes ante los tribunales. Asimismo, sirve algunas veces como medianero o mediador al proporcionar fórmulas ecuánimes para llegar a una conciliación, y por último, también cumple una tarea de asesor, ya que sugiere la actitud legal que puede tomar la persona que busca sus servicios.

Para Cabanellas: “El que con título legítimo ejerce la abogacía. También es el profesor en jurisprudencia que con título legal se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes.

Etimológicamente “...la palabra *abogado* procede de la latina *advocatus*, que significa *llamado*, porque los romanos acostumbraban a llamar en los asuntos difíciles para que los auxiliasen, a las personas que tenían un conocimiento profundo del Derecho. También quiere decir *patrono*, *defensor*, *letrado*, hombre de ciencia; *jurisconsulto*, hombre de consejo, esto es, de consulta; *jurista*, hombre versado en la erudición del Derecho y en la crítica de los códigos, según los principios de la filosofía, de la moral y, también, de la religión.”⁴⁸ (sic).

“La palabra abogado es el participio pasado del verbo abogar que significa defender de palabra o por escrito ante los tribunales, o interceder o hablar a factor de otro. Por tanto, en su sentido más amplio, abogado es la persona que defiende a otra o intercede por ella. En su sentido propio o restringido, menciona a quien, con título oficial,

⁴⁸ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 15.



defiende los intereses de otra persona ante las autoridades”⁴⁹

Cabe destacar que los historiadores afirman que en Grecia fue donde la Abogacía se convirtió en una profesión y que Pericles fue el primer Abogado profesional.

El jurisconsulto Aguirre Godoy al discurrir sobre este tema considera que: “La institución de la Abogacía debe estudiarse enfocándola como un órgano de los que están llamados a cooperar con la función jurisdiccional. La función del Abogado, cuando no se la circunscribe al proceso es desde luego mucho más amplio, ya que le permite desenvolverse en los más variados campos de la actividad profesional, sobre todo en materia de asesoría jurídica, ya que la complejidad del Derecho y la técnica de su interpretación y aplicación ha ido imponiendo poco a poco la necesidad de la especialización.”⁵⁰

Entonces, se puede decir que el Abogado es el profesional del derecho, cuya función principal es defender los derechos de sus clientes ante los tribunales de justicia, además tienen la posibilidad de aconsejar, conciliar y asesorar a sus clientes en el litigio o fuera del mismo.

⁴⁹ Pallares, **Ob. Cit**; diccionario, pág. 12.

⁵⁰ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; págs. 190 y 191.



2.6.1.2. Características.

La profesión de Abogado contiene las siguientes características:

- ❖ Es un profesional del Derecho: Para poder ejercer la profesión de Abogado es necesario ser profesional egresado de las universidades del país que tengan la carrera de Abogacía y Notario.
- ❖ Requisitos para poder ejercer: Existen requisitos indispensables para ser Abogado, mismas que las encontramos reguladas en la ley del Organismo Judicial; las que encontramos son los siguientes:
 - *Título Correspondiente:* También denominado Académico. Se refiere a la expedición del título de Abogado de parte de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Autónoma de San Carlos de Guatemala o de las Facultades de las universidades privadas del país, posterior a cumplirse los requisitos para poder optar al mismo, como son: haber aprobado los cursos correspondientes, culminar la parte técnica a través de las prácticas en los bufetes populares; en nuestro caso el Bufete popular. Asimismo, los carolingios deben aprobar el examen Técnico Profesional, el que se divide en dos fases (primera fase: materias de Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho Notarial; segunda fase: materias de Derecho Penal, Derecho Administrativo y Derecho Laboral); por último haber realizado la tesis de grado de licenciatura seguido del examen público y oral para defenderla.



- *Ser colegiado activo:* Anteriormente indicamos que es requisito sine qua non para ejercer una profesión la colegiación obligatoria. Una vez registrado en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el colegiado debe efectuar pagos en forma trimestral o anual para reputarse como colegiado sea activo. La omisión en el pago de una cuota genera la pérdida de colegiado activo, por la tanto, imposibilita no sólo el ejercicio de la profesión de Abogado sino también la de Notario. Ese pago tiene por objeto el financiamiento del Colegio Profesional y así poder cumplir con el fin que dicta la Constitución Política de la República, la cual regula que es deber de los Colegios Profesionales la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio.
- *Estar inscrito en el Registro de Abogados que se lleva en la Corte Suprema de Justicia:* Según Aguirre Godoy: “En la Corte Suprema de Justicia se lleva un registro de Abogados, en un libro especial, en el cual debe contener los siguientes datos: número de orden, nombre y apellidos que usa el Abogado inscrito, lugar de nacimiento, fecha de la inscripción, firma del Abogado y sello que usará en el ejercicio de la profesión. En esta página se harán constar las inhabilitaciones, cargos desempeñados y motivo de su separación.”⁵¹
- *Estar en el goce de derechos ciudadanos:* Para ello es necesario estar inscrito en el Registro de Ciudadanos del Tribunal Supremo Electoral. En nuestra casa de estudios es necesario cumplir también con este requisito para poder sustentar el examen Técnico Profesional.

⁵¹ *Ibíd.*; pág. 198.



- *No tener vigente ninguna clase de suspensión:* Referente a la suspensión, se puede establecer que el Abogado que la suspensión se puede dar desde dos puntos de vista. Primero al Abogado se puede suspender por la comisión de un delito y segundo por el no pago de la cuota en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

- ❖ *Obligaciones y prohibiciones:* Aquí se procede a exponer cuales son las obligaciones y las prohibiciones impuestas a los Abogado, según la ley del Organismo Judicial.

- *Obligaciones:*
 - Guardar lealtad procesal a las partes y al tribunal. Comprobarse en su conducta pública y profesional con decencia, honorabilidad y decoro. Su vida debe ser compatible con tales calificaciones.

 - Alegar por escrito o de palabra, sin faltar a la verdad de los hechos, ni contra las disposiciones legales.

 - Defender gratuitamente a los declarados pobres y a los procesados que no nombre defensor. Los jueces cuidarán de distribuir equitativamente, entre los Abogados de su jurisdicción la defensa de los pobres, y tienen facultad para imponer a aquellos, multas de cinco a veinticinco quetzales, cuan sin justa causa no cumplan su deber.



- *Prohibiciones.*

- Actuar en los juicios en que el juez tuviere que excusarse o pudiera ser recusado a causa de la intervención del profesional.
- Invocar leyes supuestas o truncadas.
- Revelar el secreto de su cliente.
- Abandonar, sin justa causa, los asuntos que hubiere comenzado a defender.
- Interrumpir el discurso o declaración de la parte contraria o de su Abogado.
- Exigir a su cliente honorarios mayores que los concertados o los que fijan los aranceles.
- Defender a una parte después de haber principiado la defensa de la otra en el mismo asunto.
- Faltar al cumplimiento de las demás obligaciones que prescriben las leyes y reglamentos.

- ❖ *Función principal.*

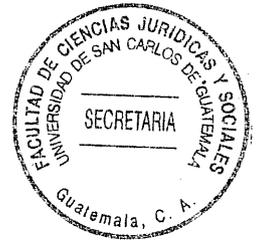


La función principal del Abogado radica en la defensa de derechos, la representación, la actividad del litigio ante los tribunales de justicia, además de asesorar o auxiliar dentro del mismo y fuera de él, la conciliación inclusive una asesoría para no llegar al juicio.

2.6.21.3. Legislación.

En Guatemala no existe una ley determinada que regule el ejercicio de la profesión del Abogado, Lo contrario se da para el caso de la función Notarial, existe una ley especial que la regula. Sin embargo existen algunas leyes que en partes específicas, regulan la actividad del Abogado, entre otras, podemos mencionar las más importantes:

- *Constitución Política de la República de Guatemala.* Éste cuerpo legal como anteriormente se estipuló, regula la libertad de trabajo o de profesión, le otorga la facultad al egresado de las universidades del país, de ejercer la profesión, solamente con las limitaciones legales.
- *Decreto 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial.* Esta ley tiene como objeto regular todo lo relativo a la actividad jurisdiccional, los órganos del Organismo Judicial. Empero este conjunto de Normas Jurídicas, regulan la profesión de la Abogacía, en el apartado de Abogados, la que encontramos regulado en Título VI de Mandatarios Judiciales y Abogados, dónde establece los requisitos para ser Abogado, los impedimentos, obligaciones, prohibiciones. También es de suma importancia decir que de la misma forma están regulados los plazos judiciales, que



es importante conocerlos para la ejecución de la profesión.

- *Decreto-Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.* Debido a que el Abogado realiza una actividad contenciosa, existe esta ley que regula los procesos de resolución de conflictos ante los tribunales de justicia. Tiene relación el Decreto-Ley 107 con la profesión porque al regular los procesos, estos los ejerce el Abogado, además asesora y procura dentro del mismo.
- *Decreto 72-2001 del Congreso de la República, Ley de Colegiación Profesional.* Tiene íntima relación porque todos los profesionales egresados de las universidades tienen la obligación de inscribirse y formar parte de un Colegio Profesional, siendo para éste caso el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. EL objeto de la misma es regular la obligación, plazo de la inscripción y en caso de hacerse, regula la multa correspondiente. Además de la obligación, también establece la forma y organización de los colegios profesionales.
- *Código de Ética Profesional.* Cuerpo legal emitido por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, tiene por objeto regular todo lo relativo a la actividad profesional del Abogado pero dentro del ámbito de ética y la moral. Establece la obligación de la actuación del Abogado dentro del proceso, la forma de actuar frente al otro Abogado, a sus clientes y al Juez.



2.6.2. Profesión de Notario.

2.6.2.1. Definición de notario.

Para poder definir qué es Notario, es necesario exponer las teorías que explican su Naturaleza Jurídica:

- *Teoría funcionalista.* Esta teoría explica que el Notario es un Funcionario Público, por la fe pública que ostenta. Nery Muñoz citando a Oscar Salas define: "...que el notario actúa a nombre del Estado, que algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención y que el origen mismo de la institución."⁵² (sic).
- *Teoría profesionalista.* Explica que el Notario en el ejercicio de su función es un profesional del derecho. El mismo autor citando nuevamente a Salas, señala: "Los argumentos en que se basa esta nueva construcción jurídica consisten fundamentalmente en un ataque al carácter de función pública que se atribuye a la actividad notarial. Así aludiendo al contenido antes descrito de la función notarial, alega un defensor de la teoría profesionalista, que, recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es una quehacer eminentemente profesional y técnico".⁵³

⁵² Muñoz, Nery Roberto, *Introducción al estudio del derecho notarial*, pág. 36.

⁵³ *Ibíd.*, pág. 37.



- *Teoría Ecléctica.* El eclecticismo busca unir uno o varios elementos de una o varias teorías para buscar una propia. Esta teoría afirma que el Notario es un funcionario público pero a su vez es un profesional del derecho. En Guatemala se acepta esta teoría porque al Notario en nuestro país se reputa como un profesional del derecho, pero se le considera también como funcionario público para ciertos casos:
 - Para autorizar matrimonios, según Artículo 92 del Decreto-Ley 106, Código Civil.
 - Cuando comete un delito en el ejercicio de su función, según disposiciones finales del Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal.
 - En la exención de obligación de cubrir timbres forenses y notariales, cuando los abogados y Notarios actúan como funcionarios públicos y devenguen sueldos del Estado.

Sabiendo que el Notario es un profesional del derecho, el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado en su Artículo 1 proporciona la siguiente definición legal: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”. Esta definición no contempla su naturaleza jurídica y sólo se concreta en la fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.



Para García-Pelayo, Notario es: “Funcionario público que da fe de los contratos, escrituras de compra y venta, testamentos y otros actos extrajudiciales”.⁵⁴ Para el citado autor se refiere al Notario como funcionario público por la fe pública de la que está investido dicho funcionario, además de autorizar actos y contratos extrajudiciales derivados de la misma.

Notario es, entonces, como dice Cabanellas “funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”⁵⁵

Con lo anterior se puede definir diciendo: *Notario es el profesional del derecho, investido de fe pública que lo faculta para respaldar actos o contratos, ya sea a requerimiento de parte o por mandato de la ley.* En otras latitudes es considerado un funcionario público por la fe pública de la que está investido.

2.6.2.2. Características.

- ❖ Es un profesional del derecho.

Para poder ejercer el notariado es necesario ser un profesional egresado de alguna de las universidades del país. Se establece que el Notario es un profesional del derecho pero para ciertos asuntos se le reputa como funcionario público.

⁵⁴ García-Pelayo, **Ob. Cit**; tomo II, pág. 596.

⁵⁵ Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo III, pág. 39.



❖ Requisitos para poder ejercer.

- *Requisitos Civiles:* según el Código de Notariado en su Artículo 2 numeral 1, regula: “Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 6;”. Por la edad del Código de Notariado, ya que entró en vigencia el uno de enero de 1947, en la Constitución de esa época, estipulaba guatemalteco natural. En la actualidad con la Constitución vigente, regula que ya no es guatemalteco natural, sino que de origen. Respecto al estado seglar, esto quiere decir que para poder ejercer el notariado es necesario que no sean ministros de culto. Otro aspecto a resaltar es que el Notario deberá estar domiciliado en Guatemala, salvo que sea cónsul o agente diplomático debidamente acreditado y residente en el extranjero y que dichos actos o contratos surtan efectos en nuestro país.

Considerar también como caso de excepción, cuando los Notarios guatemaltecos, graduados en las universidades de Guatemala y se encuentran activos en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por cualquier circunstancia radican o viven en el extranjero (USA propiamente dicho), sin adquirir la residencia o nacionalidad (éstos casos, cambian de domicilio aunque sigan siendo nacionales de origen) en dichos Estados, de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial, están facultados para ejercer el notariado en el extranjero



(generalmente connacionales) en cuanto a actos y contratos para que surtan efectos en Guatemala. En este caso, los notarios no radican en Guatemala.

- *Requisitos Académicos:* El mismo Artículo citado pero en su numeral 2: “Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley;”. Según lo estudiado con anterioridad, es necesario obtener el título para ser profesional. El Notario necesita el título facultativo para poder ejercer su profesión, obtenido en cualquier universidad debidamente autorizada del país. Este es el fundamento por que se refiere al Notario como profesional del derecho. De acuerdo a la incorporación, se alude a las personas quienes obtienen el título facultativo en una universidad extranjera, para el efecto de poder ejercer la profesión en nuestro país, la única casa de estudios de nivel superior en Guatemala para poder incorporar al país los títulos otorgados en el extranjero, es la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- *Requisitos Administrativos:* la propia norma en el inciso 3: “Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales;”. Este registro de sello y firmas se debe hacer en el Registro Electrónico de Notarios. Además registrar la firma y el sello en el Registro General de la Propiedad, en la Superintendencia de Administración Tributaria para la adquisición de especies fiscales y del papel sellado especial para protocolos y para la autorización de libros de compra, venta; y para la emisión de facturas. Además de registrar los títulos facultativos en la Contraloría



General de Cuentas y el pago de cien quetzales (Q. 100.00) de impuesto de timbre fiscal (sólo se paga el timbre, el papel sellado especial para protocolos no. Este es el título de la ley) por cada título.

- El numeral 4 del citado artículo: “Ser de notoria honradez.” El Notario debe ser honesto y probo; difícilmente se puede acreditar la honradez, pero en la práctica se pretende establecer con antecedentes penales y policíacos.

❖ Función principal.

Para ello se debe estudiar la función notarial, tema que se tratará con posterioridad, pero se adelanta que la función principal del Notario es de autorizar actos y contratos, a su vez dar fe pública a estos y actuar en asuntos extrajudiciales.

❖ Está investido de fe pública notarial.

La fe pública es potestad que tiene el Notario de presunción de veracidad de actos, contratos y documentos que autoriza a requerimiento de parte o disposición de la ley. Esa presunción de veracidad se la otorga el Estado por medio de la ley en el Artículo 1 del Código de Notariado.



2.6.2.3. Legislación.

Para el caso del Notario, existe una ley específica que regula su actividad, se refiere al Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado. Esta ley tiene por objeto regular la organización del Notario, los instrumentos públicos y sus requisitos, regula lo relativo a las prohibiciones de la actuación Notarial. A su vez es de suma importancia establecer otras leyes que regulan la actividad del Notario pero por los contratos típicos que autoriza son: Código Civil y Código de Comercio. Otra área importante es la de los pagos de los impuestos, para ello es factible mencionar leyes con esa relación. Existen muchas leyes tributarias pero se mencionaran algunas en particular: Ley del Timbre Fiscal y Papel Sellado Especial para Protocolos, Ley del Impuesto al Valor Agregado, Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial, etc.

2.6.2.4. Clasificación.

Pérez Fernández del Castillo, proporciona una clasificación de Notario:

“a) El notario como funcionario público: El notario es un funcionario público por la denominación que la ley le otorga.



b) El notario como profesional: El notario ejerce una profesión, al tener un grado y título académico otorgado por las universidades.

c) El notario, persona investida de fe pública: No importando si es funcionario público o ejerciendo la profesión de manera liberal, el notario está investido de fe pública.”⁵⁶

2.6.3. Diferencias entre Abogado y Notario.

Con anterioridad se dijo que la profesión de Abogado y Notario en Guatemala se estudian y se realizan en forma simultánea. No obstante, las profesiones de Abogado y Notario requieren distinta formación que las hacen contrastantes, por lo que a continuación se exponen algunas diferencias entre estas dos profesiones:

De acuerdo a forma de ejercerla, la abogacía puede hacerse con carácter liberal o también puede ser por medio de una relación laboral. Ejerciendo la profesión por medio de un trabajo dependiente. El caso del Notario, el profesional la puede ejercer como profesión liberal o como trabajo dependiente, pero como parte del Servicio Civil, empleado de alguna entidad del estado; no por ello, se le atribuye la calidad de Funcionario Público; pero toda regla tiene su excepción, porque la única forma en que el Notario es Funcionario Público prestando sus servicios a través de una relación funcional es cuando ejerce como Escribano de Gobierno. Otra excepción en virtud del cual se le estima al Notario como Funcionario Público es el Artículo 1 numeral 2º de las

⁵⁶ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, **Derecho notarial**, pág. 145.



disposiciones generales del Código Penal establece que a los notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometa en el ejercicio de su profesión. Otra norma legal regula que el mismo aspecto es el Artículo 92 del Código Civil, al establecer que el Notario es el Funcionario Público facultado para autorizar matrimonios.

Respecto a la naturaleza jurídica, anteriormente se mencionó que ambos son profesionales del derecho, con la salvedad que al Notario se le reputa como Funcionario Público en asuntos o casos determinados.

Pero la diferencia más relevante es referente a la función principal. El Abogado tiene la función de defender derechos dentro de un proceso ante los tribunales de justicia, la asesoría y auxilio dentro del mismo y hasta cierto punto la conciliación de las partes dentro o fuera del litigio. El Notario por su parte, tiene la función de recibir, interpretar, y darle forma jurídica a la voluntad de las partes, es decir autorizar actos y contratos por disposición de la ley o requerimiento de parte. El Notario actúa cuando no existe conflicto entre las partes y no resuelve situaciones contenciosas.

Otra diferencia trascendental es que el Notario tiene Fe Pública, caso contrario al Abogado que carece de esa facultad.

CAPÍTULO III



3. Derecho notarial.

Hasta el momento se ha desarrollado las acepciones de los diferentes enunciados de los conceptos Derecho Procesal Civil y proceso. Al mismo tiempo se estudiaron los principios que lo rigen. Asimismo, se han dedicado unas líneas a los conceptos y definiciones de profesión y profesional, haciendo hincapié a los conceptos de Abogado y Notario. Con apoyo en este andamiaje corresponde en adelante consagrarse a la función notarial.

3.1. Definición.

Para poder definir una ciencia jurídica es necesario establecer su naturaleza jurídica. El problema de esta rama del derecho, resulta en la imposibilidad de fijarla en una de las grandes clasificaciones del derecho: Público o Privado. Este escollo se explicará más adelante en el epígrafe de las características del Derecho Notarial, por tal circunstancia, se decidió comenzar con su definición diciendo *que es un conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan el ejercicio del Notario, además de los instrumentos públicos que realiza y autoriza.*

Oscar Salas, citado por Muñoz, indica: "El Derecho Notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la



función notarial y la teoría formal del instrumento público.⁵⁷ A la definición de Salas hay que hacer algunas acotaciones. Respecto a la organización del notariado, se hace referencia a los requisitos que anteriormente se mencionaron y explicaron⁵⁸ para poder ejercer el Notariado. La función notarial es el quehacer del Notario. Este tema se explica posteriormente;⁵⁹ y finalmente la teoría formal del instrumento público, radica en que el Notario debe saber técnica y científicamente la forma de redactar un instrumento público.

Para Cabanellas, el Derecho Notarial es: "Principios y normas reguladoras de la organización de la función notarial y de la teoría formal del documento público".⁶⁰

El autor Gattari define: "...como el conjunto de conceptos y preceptos que regulan y versan sobre la forma instrumental, la organización de la función y la actividad del notario en relación a aquellas."⁶¹

Carral y De Teresa dice que el Derecho Notarial "debe tener como *materia de estudio, la investigación y construcción lógico-jurídica*, de los preceptos y conceptos sobre notario, función notarial e instrumento público (Derecho Notarial Puro) con exclusión de los negocios jurídicos, objeto del Derecho Substantivo."⁶²

⁵⁷ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 23.

⁵⁸ **Supra**; pág. 53.

⁵⁹ **Infra**; pág. 72.

⁶⁰ Cabanellas, **Ob. Cit**; Tomo I, pág. 654.

⁶¹ Gattari, Carlos Nicolás, **Manual de derecho notarial**, pág. 379.

⁶² Carral y de Teresa, Luis, **Derecho notarial y derecho registral**, pág. 27.



3.2. Características.

Toda ciencia tiene sus propias características y el Derecho Notarial no es ajeno a las mismas. Oscar Salas, aludido por Muñoz, nos proporciona las siguientes:

- "a) Actúa dentro de la llamada fase normal del Derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto.

- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público.

- c) Que aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.

- d) Que es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Se relaciona con el primero en cuanto los notarios son depositarios de la función pública de fedación, y con el Derecho Privado porque esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los



particulares y porque el notario latino típico es un profesional libre, desligado totalmente de la burocracia estatal.”⁶³

3.3. Principios.

En el capítulo uno, se expresó que los principios son nociones fundamentales que nos sirven como lineamientos que inspiran la creación, orientan la interpretación y aplicación de una norma jurídica; en este caso, las normas jurídicas notariales. La doctrina del Derecho Notarial contribuye con estos principios:

3.3.1. Fe pública.

En la actualidad, se discute si la fe pública es un principio del Derecho Notarial o una característica del mismo o una calidad del Notario. Para aclarar esta duda Muñoz citando a Neri establece: “En definitiva: puede preceptivamente afirmarse que la fe pública: es un “principio” real de derecho notarial, pues viniendo a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se traduce por una realidad evidente.”⁶⁴

En Guatemala, este principio está regulado en el Artículo 1º del Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notario en el cual estipula: “El Notario tiene fe

⁶³ Muñoz, *Ob. Cit*; pág. 24.

⁶⁴ *Ibid*, pág. 26.



pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”

3.3.2. Forma.

Concerniente a este principio Muñoz dice: “Es la adecuación del acto a la forma jurídica, dicho en otras palabras, el derecho notarial preceptúa la forma en que debemos plasmar en el instrumento público el acto o negocio jurídico que estamos documentando.”⁶⁵ Según el autor, la forma, se refiere a los requisitos legales para redactar un instrumento público. Los Artículos 29 y 31 del Código de Notario regulan este principio.

3.3.3. Autenticación.

A raíz de la fe pública de la que cuenta el Notario, todos los actos y contratos que autoriza son auténticos, tienen certeza, seguridad jurídica y es fehaciente. Para ello es necesaria la firma y sello del Notario para que se sepa que él lo autorizó. Principio regulado en el Código de Notariado en su Artículo 29 numeral 12, que dice lo conducente: “Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario...”.

⁶⁵ *Ibid*, pág. 27.



3.3.4. Inmediación.

Según este lineamiento, el Notario deberá estar con las partes, con los hechos, ya que da fe de ello y recibir la voluntad y consentimiento de ellos. Con anterioridad en los principios procesales, se dijo que el principio de inmediación consiste en que todos los actos procesales deberán ser ante el Juez. En este caso es similar, porque todos los actos o contratos que el Notario autoriza, las partes o las personas que intervengan dentro del instrumento público, deberán actuar frente al profesional del derecho. En Guatemala está regulado en el Artículo 29 numeral 12 del Código de Notariado: “Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras: “Ante mí”. Sí el otorgante no supiere o no pudiese firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el Notario, firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho.” Aquí existe la inmediación porque los comparecientes y todas las personas que intervengan en el mismo, deberán firmar en presencia del Notario. La misma norma legal pero en su numeral 6: “La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.” Existe la inmediación porque los otorgantes le manifiestan su voluntad al Notario para que él lo pueda plasmar en un instrumento público.

3.3.5. Rogación.

La actuación del Notario es solicitada. Nunca el profesional actuará por iniciativa propia. Este principio se formaliza cuando el Notario actúa a solicitud de parte. El tratadista



Gattari dice: "...rogación, pues siendo el acuerdo la exteriorización de la voluntad de las partes no se concibe la intervención oficiosa del notario."⁶⁶

El fundamento legal en el país se encuentra en los Artículos 1 del Código de Notariado, mismo que regula: "El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que interviene por disposición de la ley o a requerimiento de parte." La otra norma es el Artículo 29 numeral 2 mismo que en lo conducente establece: "Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación, oficio y domicilio de los otorgantes". Respecto con el primero, el fundamento consiste en la rogación cuando la parte lo requiere para prestar sus servicios. En el segundo aspecto, existe el principio porque el Notario debe consignar los datos de identificación personal de las personas que solicitan su actuación notarial.

3.3.6. Consentimiento.

Entrando en materia de este principio: "El consentimiento es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, sí no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y la aceptación, que queda plasmada mediante la firma de los otorgantes, expresa el consentimiento."⁶⁷

⁶⁶ Gattari, **Ob. Cit;** pág. 389.

⁶⁷ Muñoz, **Ob. Cit;** pág. 28.



Gattari expone: “Se refiere a la materia sobre la cual recae la función notarial. Alguien podrá objetar que el “consentimiento es contractual” y, por ende, al hallarse fuera del derecho notarial malamente podría ser principio de él; pero no se refiere al aspecto contractual como contenido sustantivo, sino a la exteriorización del hecho voluntario por medio de una declaración formal en acuerdo. Antes de entrar en las operaciones materiales de ejercicio, el notario califica la existencia o no de un consentimiento; si no hay acuerdo se inhibe de intervenir.”⁶⁸

El Artículo 29 en sus numerales 10 y 12 regula este principio. El numeral 10 estipula: “La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.” El otro inciso establece en lo conducente: “Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario”, las firmas manifiestan su voluntad y formalizan su consentimiento.

3.3.7. Unidad del acto.

Se refiere a que al acto o contrato se deberá celebrar en un mismo instante, junto con la manifestación de voluntad de las partes, la lectura del acto o contrato del Notario y además de la firma del Notario. Todo lo anterior deberá hacerse al mismo tiempo y en un solo acto. Para Muñoz el principio de Unidad del acto es: “Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y no es lógico, ni legal que sea firma un día por uno de los

⁶⁸ Gattari, *Ob. Cit*; pág. 388.



otorgantes y otro día por el otro, debe existir unidad del acto. Algunos instrumentos como el Testamento y Donación por causa de muerte, llevan incluso la hora de inicio y de finalización.

Desde luego la unidad del acto es documental, ya que no podría exigirse en los contratos que es posible la aceptación expresa posterior, ya que la misma ley lo permite”.⁶⁹

El Artículo 29 del Código de Notariado, regula este principio, ya que existe unidad del acto desde que el Notario toma sus datos de identificación personal, recibe la voluntad de las partes y confirma la misma a través de las firmas de los otorgantes, junto con la del profesional.

3.3.8. Protocolo.

El Protocolo del Notario es la colección ordenada de escrituras matrices, actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el Notario registra, de conformidad con la ley (cubierta del Testamento común cerrado). “El protocolo es donde se plasman las escrituras matrices u originales y necesario para la función

⁶⁹ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 28.



notarial debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos que el mismo contiene, así como la facilidad de obtener copias de ellos.

Respecto del protocolo como principio, Neri, dice que es un elemento de forzosa necesidad para el ejercicio de la función pública, por las evidentes ventajas que reporta la garantía y seguridad jurídica, por la fe pública probatoria que trasuntan las escrituras matricadas, por la adopción universal de que ha sido objeto, el protocolo se juzga un excepcional principio del derecho notarial.⁷⁰

Consiste en que el Notario necesita del Protocolo para tener seguridad jurídica y certeza jurídica, porque él tiene en su poder todas las escrituras autorizadas y así poder expedir copias y tener la guarda de las mismas, para evitar pérdida o deterioro. Fundamentado en el Artículo 8 del Código de Notariado.

3.3.9. Seguridad jurídica.

Debido a fe pública que inviste al Notario, los actos y contratos que autoriza son ciertos, existe certidumbre o certeza. El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que los instrumentos autorizados por Notario, producen fe y hacen plena prueba; eso es la seguridad jurídica.

⁷⁰ *Ibíd.*; pág. 29.



3.3.10. Publicidad.

Todos los actos o contratos autorizados por el Notario, son públicos, es decir, puede ser consultados por cualquier persona, exceptuando testamentos y donaciones por causa de muerte. Para Muñoz el principio de publicidad es: “Los actos que autoriza el Notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona.”⁷¹

El Artículo 22 del Código de Notariado estipula al respecto: “Las escrituras matrices podrán ser consultadas por cualquier persona que tenga interés, en presencia del Notario, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos corresponde ese derecho.”

3.3.11. Unidad de contexto.

El autor Muñoz proporciona la siguiente definición: “Este principio, conocido también como de Especialidad, es muy propio de Guatemala, está regulado en Artículo 110 del Código de Notariado.

⁷¹ *Ibíd.*



Por este principio, cualquier disposición que se emita para crear, suprimir o modificar los derechos y obligaciones de los notarios contenidos en el código de notariado, deben hacerse como reforma expresa a la misma a efecto de conservar la unidad de contexto.

Lo que pretendió el legislador, fue evitar un gran número de cuerpos legales con disposiciones notariales.⁷²

3.3.12. Función integral.

De acuerdo a la actuación del Notario, se dice que el mismo tiene obligaciones previas, y posteriores a la celebración de un acto o contrato. Las segundas se refieren a las obligaciones que tiene el Notario de expedir los Testimonios (Testimonio para las partes y Testimonio Especial) y llevarlos a los registros correspondientes y Archivo General de Protocolos; además del pago de los impuestos.

El principio de función integral es eso mismo, se refiere a las obligaciones posteriores de la autorización de un acto o contrato. Ejemplo: cuando en Notario autoriza una escritura matriz que contiene un contrato de compraventa, tiene la obligación de pagar el impuesto al que está afecto este Negocio Jurídico, además de compulsar el

⁷² *Ibíd*; pág. 30.



testimonio para la parte y el Testimonio Especial para el Director del Archivo General de Protocolos. Se encuentra regulado en el Artículo 66 del Código de Notariado.

3.3.13. Imparcialidad.

Como una característica del Derecho Notarial, establece que el Notario actúa en la fase no contenciosa, es decir, que no hay conflicto de derechos entre las partes. Por ello el Notario tiene que ser imparcial, prestar su ejercicio profesional en forma limpia, inmaculada, sin estar a favor o en contra de una de las partes, solamente, se limita a asesorar, recibir la voluntad de las partes y darle forma legal a la misma.

3.4. Fuente del Derecho Notarial.

En el país la única fuente del Derecho Notarial es la Ley, dejando a las otras fuentes como un instrumento que sirve para nutrirse. Los Notarios pueden actuar y hacer únicamente lo que la ley les permite y no se puede alegar en contra, la libertad de acción regulada en la Constitución Política de la República.



3.5. Relación del Derecho Notarial con el Derecho Procesal Civil.

Ambos son sumamente formales, la fuente principal es la ley. Se diferencia con el conflicto existente entre las partes, puesto que el Derecho Notarial no actúa cuando existe litis, caso contrario al Procesal Civil.

Existe una íntima relación con la actuación notarial. El Notario autoriza instrumentos públicos, mismo que tiene seguridad jurídica, por lo que los instrumentos autorizados por el notario hacen fe y tienen plena prueba. Otro aspecto a resaltar es en los auxiliares de los jueces. El Notario puede ser un auxiliar del Juez cuando es nombrado como notificador. Y por último y no menos importante, y la razón de este trabajo, se encuentra en el acto procesal del Desistimiento Civil, en el cual, para presentar el mismo, es necesario que al memorial se acompañe su voluntad con la firma legalizada, misma que debe ser obviamente por un Notario.

3.6. Función notarial.

Ahora que se conoce lo que significa Derecho Notarial, rama que regula el conjunto de normas jurídicas, principios, instituciones y doctrinas que regulan la organización del Notario, la función notarial y la teoría formal del instrumento público. La función notarial es el fundamento del ejercicio de la profesión, porque estudia su actuación.



3.6.1. Definición.

Para empezar a trabajar este tema, se debe aclarar que la función notarial es el quehacer del Notario. Esto significa que el Notario recibe la voluntad de las partes, las interpreta y les da forma legal y jurídica.

En algunas doctrinas se estudia que la función notarial depende que sí el Notario es un funcionario o profesional del derecho. Esta teoría no interesa, porque estas son teorías que explican la naturaleza jurídica del Notario.

Para estudiar la definición que se estableció al principio, se debe entender cuáles son las funciones del Notario, funciones que se desarrollarán más adelante.

3.6.2. Características.

Parafraseando a Hernán Mora Vargas, citado por Muñoz, las dimensiones de la función notarial dependen de la organización modo de concebir el notariado latino que se practica en cada lugar.

Dicho en otras palabras, la función notarial, también tiene algunas características, es decir reglas propias de actuación que dependen de cada legislación. Sólo se referirá a algunas de ellas.



En algunos países, se obliga a tener una sola sede notarial, en Guatemala, esto no se da, ya que el notario, puede tener más de una oficina, usualmente una en la ciudad y otra en la provincia.

En casi todos los países, el ejercicio de la abogacía es incompatible con el notariado, en Guatemala, se pueden ejercer conjuntamente ambas profesiones.

En algunas legislaciones, se obliga al notario tener oficina abierta determinado número de horas al día, en Guatemala, se tiene la libertad de abrir o no la oficina en un determinado día.

En algunos países, el sistema notarial es de numerus clausus, esto quiere decir que pueden ejercer únicamente los notarios que obtienen una autorización para ello. En Guatemala, no se requiere de autorización alguna, por eso el sistema es de numerus apertus.

En algunos países, sólo se puede ejercer en determinado territorio, estado, municipio o departamento; los notarios guatemaltecos pueden ejercer en cualquier lugar de la república, incluso fuera del país en casos determinados. Se dice que en nuestro país son notarios planetarios, ya que en cualquier lugar del planeta pueden ejercer el notariado, siempre y cuando el acto y contrato vaya a surtir efectos en Guatemala.”⁷³

⁷³ *Ibíd*; pág. 45.



3.6.3. Funciones del Notario.

Se deben determinar las funciones del Notario, porque eso es el quehacer del mismo, por lo que a continuación se definirán cada una de ellas:

- ❖ *Receptiva:* La función notarial consiste en que el profesional debe de recibir e interpretar la voluntad de las partes.
- ❖ *Directiva:* Luego que el Notario escucha a las partes y recibe e interpreta la voluntad de las partes, deberá de hacer un estudio lógico para poder asesorar a éstas de qué actitud asumir, establecer sí es posible o no la autorización de un instrumento público.
- ❖ *Legitimadora:* Consiste en que el Notario deberá establecer sí las personas que buscan sus servicios, son las indicadas para ejercer un derecho.
- ❖ *Modeladora:* La actividad modeladora, se da cuando el profesional, después de recibir, interpretar la voluntad de las partes, procede a darle forma legal y jurídica a través de un instrumento público.
- ❖ *Preventiva:* Posteriormente de redactar el instrumento público, el Notario deberá advertirle a las partes de los efectos legales que surgen del mismo.



- ❖ *Autenticadora:* De acuerdo con el principio de autenticación, la sola firma del Notario, hace que el documento sea auténtico, haga fe y tenga plena prueba.

3.6.4. Finalidad.

Según Carral y De Teresa, existen tres finalidades que sigue la función notarial:

4.4.1. Seguridad.

Derivado de la fe pública de la que está investido el notario, por la autenticación del instrumento público, el mismo produce una certeza jurídica y es fehaciente, todo lo que está contenido en él se presume verdadero.

4.4.2. Valor.

El instrumento público produce seguridad y certeza jurídica, por lo mismo tiene fe y hace plena prueba. Esta es la valoración que se otorga a un documento autorizado por Notario.



4.4.3. Permanencia.

Tiene relación con el factor tiempo. “El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro”.⁷⁴

⁷⁴ *Ibíd*; pág. 44.



CAPÍTULO IV



4. Sistemas notariales.

Para comprender la función notarial, es necesario establecer los sistemas que se aplican para ejercer la profesión de Notario. A continuación se presenta la clasificación y distintas características de los sistemas que regulan la función notarial.

Para estudiar de mejor forma este tema, se enfocará más, aunque existen otros, en dos sistemas predominantes, que son: Sistema Latino y Sistema Sajón.

4.1. Definición.

El Diccionario de la Real Academia Española de Lengua, en su portal de internet, define al término sistema como: “Conjunto de reglas o sobre una materia racionalmente entrelazados entre sí.” Con esta definición y ya conocido lo que significa el Derecho Notarial y su objeto de estudio, se puede decir que Sistemas Notariales significa: *Conjunto de reglas sobre el notariado, que regulan la función notarial, es decir el quehacer del notario.”*



4.2. Clases.

Ahora que se conoce que son los Sistemas Notariales, se procederá a la clasificación de los mismos además de las características de cada una de ellos.

4.2.1. Sistema sajón.

Sistema que se originó en Inglaterra, de ahí la denominación de sajón. También es llamado o denominado *Sistema de la Evolución Frustrada y Privado*. Tiene esa denominación porque los notarios que están regulados bajo este, son únicamente fedatarios públicos, es decir que solamente dan fe de firmas o documentos, pero no los redactan ni realizan una función notarial como tal, de recibir la voluntad de la partes, interpretarlas y darle forma legal y jurídica en un instrumento público; por eso ellos no son profesionales del derecho, únicamente como requisito fundamental para ejercer es que tengan conocimiento de cultura general y algunos conocimientos en derecho.

El autor guatemalteco Muñoz al enumerar los países que utilizan este sistema cita los siguientes: “Estados Unidos (excepto Lousiana), Canadá (excepto Quebec), Suecia, Noruega, Dinamarca e Inglaterra.”⁷⁵

⁷⁵ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 56.



4.2.1.1. Características.

El jurisconsulto citado con anterioridad señala las características del Sistema Sajón:

- “a) No entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo tanto no da asesoría a las partes.

- b) Es necesaria una cultura general y algunos conocimientos legales, no es obligatorio tener título universitario.

- c) La autorización para su ejercicio es temporal, pudiendo renovarse la autorización.

- d) Se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio.

- e) No existe colegio profesional y no llevan protocolo.”⁷⁶

⁷⁶ *Ibid*; pág. 62.



Por los caracteres anotados, es la razón del cual se le denomina Sistema de la Evolución Frustrada, ya que no se es profesional y se necesita una licencia para poder ejercer el notariado.

4.2.1.2. Principal función.

Ya que no existe un Colegio Profesional, tampoco un título universitario, solamente un conocimiento de cultura general, la función notarial sajona tiene como función principal autenticar firmas en documentos que llevan preparados, su actividad se concreta en dar fe de las firmas.

4.2.2. Sistema latino.

En el sistema sajón o anglo-sajón, estableció que es un sistema que no ha evolucionado de la mejor manera. En contraposición encontramos el Sistema Latino, de origen francés; también es denominado como *Sistema de la Evolución Desarrollada o Público*. Adquiere esta denominación, porque para poder ejercer el Notariado se obliga a que el Notario sea profesional, es decir, egresado de una Universidad y obtener el título facultativo, entonces pues, un experto o perito en derecho.



Este es el sistema más completo, porque el Notario necesita estudios técnicos científicos para ejercer la profesión, es necesario el título facultativo, además que realiza una función notarial de recibir, interpretar y darle forma legal a la voluntad de las partes. Este sistema es aplicado a Guatemala, como miembro de la Unión Internacional del Sistema Latino, tema que se explicará más adelante. Entre los países miembros se encuentran: Guatemala, Alemania, Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Camerún, Centro África, Chile, Colombia, Costa de Marfil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Hungría, Italia, Japón, Estado de Lousiana (Estados Unidos), Luxemburgo, Mali, Marruecos, México, Mónaco, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Quebec (Canadá), República Dominicana, San Marino, Senegal, Suiza, Togo, Turquía y Uruguay.

4.2.2.1. Características.

El autor Muñoz proporciona las características de este sistema, las que son:

“a) Pertenece a un Colegio Profesional, en el caso de Guatemala, al Colegio de Abogados y Notarios, ya que se ejercen conjuntamente ambas profesiones.

b) La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal.



c) El ejercicio puede ser cerrado o abierto, o limitado e ilimitado. El cerrado tiene limitaciones territoriales, más conocido como notariado de número o numerario. En Guatemala, el sistema es abierto, ya que no se tienen limitaciones dentro del territorio nacional. En algunos casos se puede actuar fuera del territorio nacional.

d) Es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que llevan aneja jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo. (Artículo 4º del Código de Notariado).

e) Debe ser profesional universitario.

f) Desempeña una función pública, pero no depende directamente de autoridad administrativa.

g) Es un profesional del derecho, pero algunas de sus actuaciones son las de funcionario público.



h) Existencia de un protocolo notarial en que el asienta todas las escrituras que autoriza.”⁷⁷

4.2.2.2. Principal función.

No existe solamente una función, sino que son varias. Primero es que de acuerdo con este sistema, el Notario desempeña una función pública; segundo, le da autenticidad de los hechos y actos ocurridos en su presencia; los cuales producen fe y hacen plena prueba; y por último, realiza la función notarial de recibir, interpretar la voluntad de las partes, dándole forma legal al faccionar el instrumento público.

4.2.2.3. Unión internacional del sistema latino.

En Guatemala estamos afiliados a la Unión internacional del sistema latino, que de acuerdo con Aguirre Godoy, citando a Andre Ducret escribe: “...es un organismo federativo de los que notariados latinos de Europa y América. Fue fundado por iniciativa del Notariado argentino José A. Negri”.⁷⁸ Se han celebrado varios congresos en América y Europa. Nuestro país no es ajeno a la intervención dentro del mismo, ha

⁷⁷ *Ibid*; pág. 60.

⁷⁸ Aguirre Godoy, *Ob. Cit*; pág. 227.



participado activamente en esos Congresos acreditando delegaciones y presentando trabajos y se ha beneficiado enormemente con sus resoluciones y publicaciones.

Gattari indica: “La U.I.N.L. representa la unidad espiritual de todos los notariados latinos, lo cual no le impide tener contactos en los últimos años con los notarios ingleses. Como dice Larruad, adoptó como símbolo el águila latina, el protocolo profesional y la pluma de ave en recuerdo del I Congreso, de Buenos Aires; tiene por divisa la regla romana *Lex est quodcumque notamus* (es ley todo lo que anotamos). Son sus órganos el Congreso Internacional del Notario Latino, Consejo Permanente de la Unión y la oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional. Tiene asimismo una publicación propia, la “Revista Internacional del Notariado”, cuyos primeros cuarenta números fueron publicados en la República de Argentina, luego hasta el número 62 en España y desde el 64 nuevamente en nuestro país” ⁷⁹ (Se refiere a la Argentina, país de donde es oriundo el tratadista).

El mismo autor citó el estatuto de la Unión, el cual en el Artículo 2 regula: “Fines de la Unión: a) el estudio y sistematización de la legislación notarial; b) la difusión de ideas, estudios, proyectos e iniciativas, encaminadas al mayor progreso, estabilidad y elevación del notariado latino; c) la creación de oficinales de intercambio destinadas a cumplir lo establecido en el párrafo anterior; d) la publicación de una revista que sea órgano de la Unión; e) la organización y celebración periódica de congresos

⁷⁹ Gattari, **Ob. Cit**; pág. 409.



internacionales del notariado latino; f) el fomento de congresos o asambleas de carácter nacional, regional o local.”⁸⁰

Al iniciar este capítulo se hizo mención que nos enfocaríamos más en los Sistemas Latino y Sajón. En la doctrina se maneja que existen otros sistemas además de los aludidos; los cuales son a saber, según Salas: “Sistema de Funcionario Administrativo; y, Sistema Funcionario Judicial.”⁸¹

A continuación, una breve referencia sobre los otros restantes sistemas:

- ❖ *Funcionario administrativo:* Este sistema se caracteriza por la dependencia y subordinación con el poder administrativo. La función notarial es directa con la relación entre el Estado y el particular. Los notarios son empleados públicos y son parte de la burocracia. Este sistema es aplicado en Cuba.
- ❖ *Funcionario judicial:* En este, al profesional se le denomina Notario-Juez porque son Magistrados y están supeditados a los tribunales de justicia. Aquí como establece Muñoz, “...la función es de jurisdicción cerrada y obligatoria, los instrumentos originales pertenecen al Estado y los conserva como actuaciones judiciales.”⁸²

⁸⁰ **Ibid.**

⁸¹ Salas, Oscar, **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**; pág. 54.

⁸² Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 63.



Entre los países que siguen el sistema de funcionarios judiciales son: Estados alemanes de Wuttemberg y Baden, Rumania, parte de Noruega y el Cantón Suizo de Zurich.

En percepción de éste autor, no se dedicó un inciso en cada sistema, como establece Salas, porque los sistemas funcionario judicial y funcionario administrativo, no son más que una variación del Sistema Latino.

Se llegó a esta conclusión porque para poder ejercer en este sistema, los requisitos y las características son las mismas y se explicará a continuación: la primera, funcionario administrativo, si bien es cierto, que realiza una relación funcional, necesita el título facultativo, necesita protocolo, es profesional del Derecho y el ejercicio es cerrado o numérico. En Guatemala tenemos el ejemplo del Escribano de Gobierno, aplicando en nuestro país el sistema latino. En el segundo aspecto, funcionario judicial, se le permite a los Jueces de Primera Instancia de las cabeceras departamentales, ejercer el Notariado siempre y cuando, no exista Notario, según el Artículo 6 del Código de Notariado.

Con lo que antecede se puede concluir que son variantes al Sistema Latino y no son sistemas autónomos. En Guatemala existe el sistema latino de profesión libre,



existiendo dos puntuales excepciones o variantes, pero no otros sistemas; variaciones que son funcionario administrativo y funcionario judicial.



CAPÍTULO V



5. Legalización de firma.

Como ya se estableció, el Notario el profesional del derecho quien tiene fe pública y las legalizaciones de firma no son ajenos a ella.

Entrando en materia de las legalizaciones, estas se dividen en dos: legalizaciones de firmas y de copias. Estos se desprenden de los instrumentos públicos autorizados por Notario fuera del protocolo. A continuación se presenta el tema de la legalización de firma, ya que es importante por el problema planteado y por nuestro trabajo a desarrollar en el acto procesal del desistimiento civil.

5.1. Definición.

Se empieza a definir el concepto firma, que no es ni más ni menos que *la manifestación gráfica de la voluntad de una persona*. La firma es una manifestación de la imaginación de las personas a través de trazos que generalmente contienen las iniciales del nombre de la persona; por lo que no está sujeto a ninguna regla para su creación.

El término firma proviene etimológicamente del vocablo italiano *firmar*, del mismo significado traducido al español, que corresponde a la autoría y a la manifestación de la voluntad de una persona.



Ahora bien, el término legalización significa según Ramón García-Pelayo: “Certificado o nota con firma y sello que prueba la autenticidad de un documento o firma”.⁸³

La legalización la puede hacer o autenticar un funcionario público o profesional. En Guatemala, a través de la fe pública administrativa, los funcionarios públicos dan autenticidad a documentos. Tocante al trabajo que se está realizando, a raíz de la fe pública notarial, el profesional del derecho da presunción de veracidad y autenticidad a los documentos reproducidos en su presencia o a las firmas puestas o reconocidas en su presencia.

Para Cabanellas legalización es: “Certificación de verdad o de legitimidad; autenticación. En el derecho notarial se distingue la *legalización* de la *legitimación*. La primera es la comprobación de la firma que de un notario consta en un documento autorizado por él. Por *legitimación* se entiende la autenticación que el notario hace de las firmas de autoridades, funcionario y particulares.”⁸⁴

En el país, el Código de Notariado, no regula la legitimación que menciona Cabanellas, sino que simplemente establece que es Acta de Legalización, la cual se divide en legalización de firma y legalización de copias.

⁸³ García-Pelayo, **Ob. Cit;** tomo II, pág. 489.

⁸⁴ Cabanellas, **Ob. Cit;** tomo II, pág. 508.



Con lo anterior se logra acotar que legalización de firma o también denominado firma legalizada, *es un instrumento público autorizado por notario activo, en el cual da fe que la firma es auténtica por haber sido puesta o reconocida en su presencia.* Referente a la firma puesta o reconocida ante notario, lo que se aclarará con posterioridad en las características.

Este instrumento público se encuentra regulado en el Artículo 54 del Código de Notariado al regular: “Los notarios podrán legalizar firmas cuando sean puestas o reconocidas en su presencia”. Más adelante en la misma norma estipula en su literal a) los siguientes requisitos que debe contener el acta de legalización: “Cuando sea de firmas: el lugar y la fecha; los nombres de los signatarios; su identificación por medios establecidos en el inciso 4º. Del Artículo 29 de esta ley, si no fueren conocidos por el notario; la fe de las firmas son auténticas; firmas de los signatarios; y las firmas de los testigos, si las hubiere.”

Lo estipulado de los testigos, se refiere a que sí en algún caso alguna persona no puede o sabe firmar, dejará su impresión digital del dedo pulgar derecho, firmando por él, un testigo rogado. En tal caso la firma que legaliza es la del testigo rogado y no la impresión dactilar.



5.2. Características.

- ❖ Debido a la fe pública notarial con la que el profesional, el Estado lo inviste, a través del acta de legalización de firma, el notario da fe que la firma consignada dentro de un documento, es auténtica.
- ❖ La firma del signatario puede ser autenticada puesta ante el notario, es decir la persona que presta los servicios del profesional, firma el documento ante el notario.
- ❖ También la firma puede ser reconocida por el notario cuando ya fue puesta en fecha anterior a la legalización, por lo que el notario reconoce su autenticidad.
- ❖ El acta de legalización de firma deberá llevar la firma y sello del notario, precedidas de las palabras: ANTE MÍ.
- ❖ La auténtica no prejuzga acerca de la validez del documento, ni de la capacidad ni personería de los signatarios.
- ❖ El documento en el que está plasmada la firma legalizada, puede ser en una hoja o varias hojas, y puede ser en el mismo documento u hoja independiente, siendo para el segundo el caso, obligación del notario de hacer una breve relación de ésta en el acta y de firmar y sellar las hojas anteriores. En la práctica notarial se acostumbra a no solo firmar y sellar, sino que también a numerar las hojas para dar una mayor



seguridad jurídica. Este fundamento nos lo proporciona la Constitución Política de la República en el Artículo 5 al regular que está permitido realizar todo lo que la ley no prohíbe.

- ❖ El notario al autorizar un acta de legalización de firma, deberá tomar razón en el protocolo que tiene a su cargo en un plazo que no excederá de 8 días.

5.3. Función principal.

Este instrumento público, tiene como objeto principal, que el notario da fe que la firma es auténtica, independientemente que haya sido puesta o reconocida en su presencia. Esto otorga mayor seguridad y certeza jurídica de que la firma que contiene un documento, realmente es del signatario, de la persona que manifiesta en forma gráfica, a través de su firma, su voluntad o se sabe que realmente es de su autoría.

El párrafo que antecede es de vital importancia dentro de esta investigación, porque en el momento en que una persona presenta el memorial de solicitud de desistimiento dentro de un proceso civil, deberá ir acompañado con un acta de legalización de firma autorizado por un notario activo.



5.4. Prohibición de actuación del notario.

Antes de definir este tema, es necesario establecer y conocer que existen prohibiciones para que el notario actúe dentro de su profesión y es interés en particular estudiarlo de parte de este autor, porque es parte de la investigación. A continuación se demarcarán las prohibiciones de actuación del notario identificados en la legislación guatemalteca.

5.4.1. Definición.

La prohibición de actuación del notario, es derivado del Código de Notariado. La ley es la única fuente del Derecho Notarial, por ello, las limitaciones al ejercicio del notariado se encuentran reguladas en la legislación guatemalteca.

La ley regula, específicamente en el Código de Notariado, aspectos que al notario no le es permitido el ejercicio de la profesión. Estos casos en particular se desarrollarán a continuación.

5.4.2. Casos.

En el inciso anterior se mencionó que la prohibición de la actuación del notario lo regula el Código de Notariado. Este autor considera pertinente el estudio y desarrollo de la norma legal establecida en el Artículo 77, la que estipula:

“Al Notario le es prohibido:



1º. Autorizar actos o contratos a favor suyo o de su pariente...” El notario no puede autorizar actos como por ejemplo: identificación de persona, matrimonio, donación por causa de muerte; ni contratos ya sean civiles o mercantiles para sí mismo o con beneficio para él o su pariente. El parentesco lo regula el Código Civil y puede ser: por consanguinidad (por la sangre), dentro del cuarto grado ya sea en línea recta o en lo colateral, también puede ser parentesco por afinidad dentro del segundo grado (afinidad por el/la cónyuge) y por último el civil (entre adoptante y adoptado). Sigue regulando este artículo: “...Sin embargo, podrá autorizar con la antefirma: “Por mí y ante mí”, los instrumentos siguientes:

- a) Su testamento o donación por causa de muerte y las modificaciones y revocaciones de los mismos;”. Los testamentos son actos totalmente solemnes, de carácter revocable, de última voluntad y personalísimo. Por ello la legislación le confiere esa facultad al notario de autorizar por sí mismo su testamento.
- b) “Los poderes que confiera y sus prórrogas, modificaciones y revocaciones;”. Los poderes facultan que otra persona para que en nombre de otra persona, ejerza algunos derechos y contraiga obligaciones.
- c) “La substitución total o parcial de poderes que le hayan sido conferidos, cuando estuviere autorizado para ello;”. Se refiere a la substitución del notario como mandate por otra persona.



- d) “Los actos en que le resulten sólo obligaciones y no derecho alguno; y
- e) Las escrituras de ampliación o aclaración que tengan por objeto único enmendar errores u omisiones de forma en que hubiere incurrido, siempre que no sean de los contemplados en el Artículo 96;”. Cuando existe un error de forma, el notario puede hacer una escritura de ampliación o aclaración siempre y cuando no tengan que comparecer de nuevo los clientes porque caso contrario, incurriría en casos contemplados en el Artículo 96 del Código de Notariado.

El artículo continúa:

“2º. Si fuere juez de Primera Instancia facultado para cartular, secretario de los Tribunales de Justicia o procurador, autorizar actos o contratos relativos a asuntos en que esté interviniendo;”

El inciso anterior es el fundamento de esta investigación. Los jueces, secretarios y procuradores todos son Abogados y Notarios de profesión. La prohibición para los procuradores se da porque éstos son representantes de las personas en los juicios. En Guatemala el caso es distinto, el procurador es la persona que tramita ante los tribunales de justicias los procesos. El Código de Notariado regula esta prohibición, porque la mayoría de legislaciones en nuestro país son copia o trasladan la misma regulación de otros países y en esos países el procurador realmente es el representante judicial de alguna persona. Lógicamente sí la legislación prohíbe lo



menor, en este caso la procuración y la dirección, es decir los abogados directores, asesores y procuradores no pueden ejercer como notarios en asuntos judiciales en los que está interviniendo.

Para evitar que exista un favoritismo y velar por el debido proceso (tema de explicación con posterioridad)⁸⁵, los jueces, secretarios y procuradores no pueden autorizar actos y contratos de asuntos en los que estén interviniendo dentro de un proceso. El abogado procurador se desarrollará posteriormente.⁸⁶

3º. “Extender certificación de hechos que presenciare sin haber intervenido en ellos por razón de oficio, solicitud de parte o requerimiento de autoridad competente;”. El notario no puede extender certificaciones de asuntos en los que no ha intervenido, por lógica, existe esta prohibición.

4º. “Autorizar o compulsar los instrumentos públicos o sus testimonios antes de que aquellos hubieren sido firmados por los otorgantes y demás personas que intervinieren;”. Antes de poder autorizar los instrumentos públicos, el notario deberá cerciorarse que figuren todas las firmas de los otorgantes o requirentes, según el caso, junto con la de los testigos e intérpretes sí existiesen, caso contrario el notario no puede autorizarlos.

Por último este Artículo señala:

⁸⁵ **Infra**; véase pág. 108.

⁸⁶ **Infra**; véase pág. 97.



5°. “Usar firma o sello que no estén previamente registrados en la Corte Suprema de Justicia.” Como obligación y requisito para poder ejercer el notariado, se debe registrar la firma y sello del notario y el profesional no podrá usar otro nombre ni otra firma que no sea la que se registró anteriormente.

CAPÍTULO VI



6. La procuración y el desistimiento.

Este tema al constituir la piedra angular en este trabajo de tesis, deviene de trascendental importancia discurrir por una parte, respecto al instituto de la procuración en cuanto a fijar los atributos de la persona que ejerce dicha función; asimismo precisar el contenido del término procurador. Por otra parte, se estima pertinente desentrañar el significado e importancia de la figura del desistimiento. De la misma manera se abarcará todo lo relativo al desistimiento civil.

6.1. Procurador.

Para abordar el tema de la procuración, se tiene que explicar las propiedades de la persona que está a cargo de la actividad de gestionar juicios ante los juzgados y tribunales.

El procurador es la persona individual cuya actividad consiste en la representación de una persona en juicio, es decir actuar en nombre de otra persona ante los tribunales de justicia.



El procurador es, según Cabanellas: “Quien con facultad recibida de otro actúa en su nombre. // El que, habilitado legalmente, se presenta en juicio en nombre y representación de una de las partes.”⁸⁷

Pallares en su diccionario estipula al procurador judicial: “Con estas palabras se mencionan las personas autorizadas por la ley para representar ante los tribunales a las partes y a los terceros intervinientes. De ellos dice Cervantes: Se entiende por procurador la persona autorizada o mandatario público que representa en los negocios judiciales a los litigantes, gestionando con arreglo al poder que estos le han conferido.”⁸⁸

El vocablo procurador se deriva del verbo *curo* y de la preposición *pro*, porque procuran o miran por los intereses de otro. El antecedente se encuentra en Roma, cuando aparecieron en los tribunales de este pueblo bajo el sistema formulario, pasando del derecho romano a nuestra legislación.

Es obligación de nombrar al procurador, pero no hay que confundirlo con mandato judicial, porque éste no tiene carácter forzoso sino que actúan por la libre voluntad del litigante.

“Es el Procurador el profesional del derecho que, de manera fundamental, y en exclusiva en cada litigio, representa a sus clientes ante los juzgados y tribunales de

⁸⁷ Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo III, pág. 393.

⁸⁸ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit**; pág. 654.



justicia, a la vez que dentro de su marco legal colabora eficazmente con el sistema público de justicia, sirviendo de conexión jurídico-formal entre tales tribunales y los ciudadanos incurso en causas judiciales, abreviando técnicamente los trámites de los actos de comunicación procesal. Por razón esto último las Leyes de enjuiciamiento, especialmente civiles y penales, establecen la *obligatoriedad de la contratación* de procuradores para poder comparecer en causas judiciales.”⁸⁹

Pallares explica: “La relación que existe entre el procurador y sus clientes, reviste la naturaleza del mandato, pero presenta particulares caracteres que la sitúan fuera del derecho privado, ya que las obligaciones y derechos de uno y otro están regidos fundamentalmente, por una ley, que como la procesal, pertenece al derecho público.”⁹⁰

Chiovenda redacta: “No siempre quien tiene capacidad procesal puede comparecer en juicio y realizar personalmente los actos procesales, sino a menudo la parte, o el representante de la parte, deben estar representados por un procurador judicial (procuradores para pleitos). Por esto, otro de los presupuestos procesales es la capacidad de pedir en juicio, pero ésta es una capacidad meramente formal; la intervención obligatoria de los procuradores en los pleitos exígese para mejor desarrollo de los juicios.”⁹¹

⁸⁹ <http://www.wikipedia.org>

⁹⁰ Pallares, **Ob. Cit**; pág. 263.

⁹¹ Chiovenda, **Ob. Cit**; tomo II, pág. 38



6.2. Función principal.

Interpretando al tratadista Pallares, el procurador cumple la función de guiar la energía de las partes en el juicio, evitando que el contacto directo entre ellas perturbe con su violencia el desenvolvimiento normal del proceso.

6.3. Procuración.

La procuración el quehacer del procurador, es el acto por el cual, el Abogado, en el ejercicio de su profesión, realiza la representación de una persona en juicio, es decir, hacer diligencias o esfuerzos pertinentes y que sean de su capacidad técnica y científica de parte del procurador, realizar actos en nombre de otra persona en juicio.

Cabanellas define a la procuración como: "Diligencia y cuidado en el trato de asuntos o negocios, especialmente ajenos. // Representación, poder, mandato o comisión."⁹²

El escritor García-Pelayo, define a la procuración de la siguiente forma: "Poder dado a otro para que éste obre en nombre de aquél."⁹³

⁹² Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo III, pág. 393.

⁹³ García-Pelayo, **Ob. Cit**; tomo II, pág. 697.



6.3.1. Características.

La procuración tiene diversas características, las que se definen y explican a continuación:

- La función de procurador les corresponde únicamente a las personas individuales. Nunca puede ejercer la procuración una persona jurídica.
- Lo realiza un profesional del derecho, en este caso, es el Abogado.
- La procuración es la representación que se realiza en nombre de otra persona en juicio.
- Los procuradores diligencian, observan el proceso de forma personal.
- La designación del procurador es generalmente obligatorio.

6.4. El ejercicio de la procuración en Guatemala.

Se estableció que la procuración es la representación que realiza un profesional del derecho (quien deberá ser un Abogado) en juicio, y actúa en nombre de la persona a quien está representando, realizando los actos procesales.



En Guatemala, como dice Aguirre Godoy, "...es diferente porque el Abogado es quien lleva la "la dirección y la procuración" del juicio, sin que sea necesario para que pueda hablarse de "procuración" que exista un mandato otorgado con las formalidades legales. En otras palabras, aquí la "procuración" debe entenderse como la facultad que tiene el Abogado de gestionar personalmente ante la autoridad judicial la tramitación del asunto. No se refiere pues a una representación."⁹⁴

Este mismo ejercicio de la procuración otorga derecho al Abogado de cobrar o percibir honorarios de parte de sus clientes.

En Guatemala por lo general, es el profesional del derecho quien gestiona los procesos ante los tribunales, pero hay abogados que no pueden o en su caso no quieren ir personalmente a gestionar los procesos, por lo que contratan a otras personas para realizar dicho trabajo. A esa persona es a la que comúnmente se le denomina procurador, persona que no es Abogado, no es un profesional, pero lógicamente tiene conocimientos básicos de derecho. Regularmente, los procuradores son estudiantes de la carrera de Abogacía y Notariado y trabajan para bufetes privados o para abogados que realizan la profesión en forma liberal, quienes toman este trabajo para adquirir experiencia de cómo se diligencian los juicios en los juzgados y tribunales.

Para que exista una verdadera representación en juicios y que el Abogado actúe en nombre de otra persona, es necesario que se autorice un Mandato Judicial con representación. El mandato debe conferirse en escritura pública.

⁹⁴ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; pág. 204.



6.5. Desistimiento civil.

A raíz del título de este trabajo, el desistimiento civil es parte fundamental de la investigación. Como el desistimiento es un acto procesal, la cual es necesaria la legalización de la firma, es importante desarrollar lo que los tratadistas del derecho nos proporcionan respecto al desistimiento civil y por último procederemos a dar una definición propia.

6.5.1. Definición.

Para García-Pelayo, desistimiento es: “Acción y efecto de desistir”.⁹⁵ Para saber que significa desistir, el mismo autor nos indica que: “...desistir es abandonar a un derecho”.⁹⁶

Estas definiciones proporcionadas por el autor citado, nos dejan en deuda porque quieren decir que desistimiento significa abandono. Por lo mismo son escuetas y paradójicamente de carácter general. Al abordar en materia jurídica, a continuación expertos en derecho definen el vocablo desistimiento:

Cabanellas: “Acción o efecto de desistir. En Derecho Civil. Abandono o abdicación de un derecho. //Renuncia de un pacto o contrato cuya ejecución ha comenzado. En

⁹⁵ García-Pelayo, **Ob. Cit;** tomo I, pág.257.

⁹⁶ **Ibíd.**



Derecho Procesal. Abandono, deserción o apartamiento de acción, demanda, querrela, apelación o recurso.⁹⁷

Pallares afirma: “Con más propiedad puede decirse que el desistimiento consiste en apartarse del ejercicio de un derecho o facultad procesales, ya iniciados. Por tanto, el desistimiento puede referirse a la acción, a la instancia, a un recurso, a una prueba.⁹⁸

Dado lo anterior, se puede acotar que el desistimiento *es la renuncia, el abandono de propia voluntad de la persona que desiste, de una acción o demanda, proceso, recurso, etc. Poniendo fin al asunto una vez aceptado por el juez que conoce del desistimiento. Declaración de voluntad del actor en el sentido de no proseguir con el proceso que se inició a su instancia.*

Nunca hay que confundir al desistimiento civil, con el desistimiento criminal o penal. El segundo, se supone el arrepentimiento, pues este se produce tan solo luego de consumado o frustrado el delito. En lo procesal, tampoco hay que confundirlos, porque el desistimiento civil le pone fin al proceso, caso contrario al criminal, el proceso sigue de oficio, a través del Ministerio Público, salvo que se trate de un delito de acción privada, que exclusivamente la persecución penal le corresponda al agraviado.

⁹⁷ Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo I, págs. 683 y 684.

⁹⁸ Pallares, **Diccionario, Ob. Cit**; pág. 252.



6.5.2. Características.

- ❖ Puede referirse a la acción, a la demanda, una prueba, recurso, incidente, etc.
- ❖ Es una declaración que contiene un acto de voluntad por virtud del cual, la persona que lo hace se aparta del ejercicio de una demanda, de una acción, recurso, sucesivamente.
- ❖ Implica la renuncia de los derechos y beneficios que a favor del que se desiste produciría o pudiera producir la actividad procesal de la cual se desiste.
- ❖ Exige el consentimiento del demandado porque deja a salvo los derechos del actor, que podrá ejercitarlos más tarde en juicio diverso. No sería justo que por la sola voluntad del demandante quedara pendiente la resolución de las cuestiones controvertidas, con la amenaza de un nuevo juicio, ya que es evidente, que el demandado tiene interés o puede tenerlo en que el proceso llegue a su terminación normal y se ponga fin para siempre al litigio.
- ❖ Obliga a pagar costas y los daños y perjuicios producidos por el juicio.
- ❖ Puede ser parcial o total el desistimiento.

El autor Pallares, agrega otras características, las que se cita a continuación:



- ❖ “Sí se tratare de la acción, el desistimiento no requiere el consentimiento del demandado porque no sólo produce la pérdida de la instancia, sino la renuncia de los derechos que el acto hizo valer contra el demandado, renuncia definitiva e irrevocable.

- ❖ Sólo produce la pérdida de la instancia y la obligación a cargo de quien se desiste de pagar las costas causadas y los daños y perjuicios producidos al co-litigante por la iniciación y tramitación del juicio.”⁹⁹

6.5.3. El desistimiento civil y su regulación legal en Guatemala.

Decreto Ley 107, Código Procesal Civil, regula al desistimiento civil en el libro quinto, título V (Modos excepcionales de terminación del proceso), capítulo I. A partir de este momento, se obviará en lo posible, citar la denominación Código Procesal Civil y Mercantil, y se limitará a indicar el número del artículo correspondiente.

El Artículo 581, regula que el desistimiento puede ser total o parcial. Es total el desistimiento del proceso o de un recurso, siempre y cuando afecte la esencia del asunto. Es parcial el desistimiento solamente de un recurso, incidente o excepción sobre puntos que no dan fin al proceso y sobre una prueba propuesta. En todo

⁹⁹ Pallares, **Ob. Cit**; pág. 113.



desistimiento deberá acompañar la solicitud y formularse específicamente concretamente su contenido y puede hacerse en cualquier parte del proceso.

El Artículo 584 estipula quienes no pueden desistir del proceso y son los que defienden intereses de menores, incapaces o ausentes. Tampoco podrán hacerlo los que defiendan intereses del Estado o municipales.

El Artículo 585 regula el trámite y para que el desistimiento sea válido se necesita que conste en autos la voluntad de la persona que lo hace, con su firma legalizada por un notario o reconocida ante el juez en el momento de presentar la solicitud; y si no pudiere firmar, lo hará otra persona a su ruego.

Anteriormente se estableció el punto o el tema de la legalización de la firma, precisamente por el párrafo anterior, y para que tenga plena validez la solicitud de desistimiento se necesita la voluntad de las personas con su firma legalizada por un notario activo.

Sí es presentado en forma con lo dispuesto anteriormente, el juez dictará la resolución respectiva, aprobándolo. Esta resolución la contiene el Artículo 586.



6.4.4. El desistimiento civil con relación al principio de debido proceso.

Para lograr establecer la relación existente entre el desistimiento y el principio de debido proceso, es necesario hacer acopio de los criterios que los tratadistas del derecho proveen acerca de este último.

El vocablo debido, según Cabanellas significa: “correspondiente; lícito”¹⁰⁰; y como anteriormente se constituyó que el proceso es una serie concatenada de actos sucesivos desplegados ante el órgano jurisdiccional, con el fin de resolver un conflicto existente entre particulares generalmente a través de la sentencia. Como el trabajo se trata de la rama procesal civil, se circunscribe en estricto a este ámbito.

Esto significa que el principio del debido proceso, trata que todos los actos procesales, las etapas, las resoluciones existentes, deberán realizarse de la forma que corresponda, de forma lícita. En otras palabras, deberá hacerse de acuerdo a las formas y procedimientos que la legislación establece.

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula en su Artículo 12 lo siguiente: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal y ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.” Haciendo una interpretación extensiva de la ley, en

¹⁰⁰ Cabanellas, **Ob. Cit**; tomo I, pág. 583.



la oración que establece "...ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente", se debe entender que siempre y cuando algún juzgado realice una diligencia o procedimiento en alguna de las etapas procesales que no estén fundadas ni reguladas y/o estén contra de la ley, se violenta el principio del Debido Proceso.

La Gaceta No 78, Expediente 1005-2005 de fecha 17 de octubre de 2005 dice: "Esta Corte estima que el derecho al debido proceso es considerado como una garantía fundamental de la cual no puede privarse a las partes y comprende el conjunto de actos y etapas procesales que deben observarse de acuerdo a la ley; el proceso en su conjunto y cada uno de sus actos y etapas, están en función de la sentencia futura y enderezados a ella."

De la misma forma la Gaceta No. 69, expediente 1034-2004, fecha de sentencia 17 de septiembre de 2003, la que estipula: "El principio constitucional del debido proceso, contenido en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tiene como finalidad garantizar o velar por el real y estricto ejercicio de los derechos de las partes, así como de las obligaciones propias de los órganos de administración de justicia;..."

La Ley del Organismo Judicial, regula este principio en el Artículo 16: "**Debido proceso:** Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las



formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna mismos requisitos.

Todos están obligados a observar este principio, desde las partes procesales (demandante y demandado), pues obviamente están asesorados por un Abogado, quien lo conoce, a su vez, el órgano jurisdiccional tiene también la obligación de observarlo, no solo el juez, sino que también el Secretario del juzgado y los oficiales.

Teniendo en cuenta lo que estipula el principio de debido proceso, se hará la relación con el acto procesal del desistimiento civil. El desistimiento civil es el abandono ya sea parcial o total de una acción, recurso, incidente, prueba, etc. Para que el desistimiento tenga plena validez es necesario de cumplir con los requisitos que la ley establece y con los procedimientos que la misma regula.

En la legislación guatemalteca, en el proceso civil, para presentar un desistimiento, se debe hacer constar en autos la voluntad de la persona que lo hace, con su firma legalizada por un notario o reconocida ante el juez en el momento de presentar la solicitud; y si no pudiese firmar, lo hará otra persona a su ruego. Si este requisito no se cumple o se realiza de una forma que no está previamente establecido en la ley, se está ante una violación al debido proceso.

CAPÍTULO VII



7. EL Abogado procurador y el Notario en el acto procesal del desistimiento civil.

El objetivo primordial en éste capítulo, es precisar con claridad que la admisión para su trámite del memorial que contiene la solicitud de desistimiento con la firma legalizada por el Notario quien al mismo tiempo actúa como Abogado procurador, viola el principio del Debido Proceso.

Para fundamentar esta tesis, se ha expuesto lo relativo al principio del Debido Proceso, ahora corresponde establecer los efectos de su violación, además establecer lo relativo a las prohibiciones de la actuación notarial respecto a la procuración y la actuación del ejercicio del procurador en nuestro país en la actualidad. Asimismo, con apoyo en el marco teórico descrito se procederá al análisis de la muestra de campo obtenida en la fase de investigación empírica, la cual revela en términos porcentuales y absolutos los casos que se presenta transgresión al principio del Debido Proceso en el acto del desistimiento civil.



7.1. Efectos respecto al ejercicio de la abogacía en procuración.

La Abogacía, es la actividad que ejerce el profesional del derecho, cuya función principal es la representación, defensa de derechos de una persona ante las autoridades de justicia, cuando exista un conflicto. Además realiza la función de asesorar y auxiliar a las partes dentro del proceso. También puede prestar consejería legal antes que inicie un litigio y posterior a su conclusión.

Desde el ámbito doctrinario y del derecho comparado, el procurador es la persona que representa los intereses de una persona ante los tribunales de justicia.

Ahora bien, en nuestro país, la actividad del Abogado y el procurador presenta a nuestro entender, diferencias sustanciales. El Abogado de conformidad con el Artículo 196 de la Ley del Organismo Judicial, (Decreto 2-89 del Congreso de la República), para el ejercicio de la profesión requiere del título correspondiente; mientras que el procurador no es necesariamente profesional de nuestra disciplina, y para el desempeño del cargo no requiere de título habilitante. El Abogado, en nuestro país, tiene la obligación de defender los intereses de una persona dentro de un juicio, la representa ante el juez pero no necesariamente por ser procurador, sino que por el ejercicio de la profesión. Por regla general dentro de los juicios civiles el Abogado actúa como director y procurador de su patrocinado, circunstancia que expresamente



se consigna en los escritos de la primera comparecencia, con el objeto de poder eventualmente cobrar honorarios de conformidad con el Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, interventores y Depositarios (Decreto Número 11-96 del Congreso de la República). Sin embargo, en nuestra práctica forense, en el diligenciamiento de proceso civil, se suele atribuirle el atributo de procurador, a un tercero independiente al Abogado Director y procurador, quien no es profesional del derecho; por lo tanto, nunca aparece propuesto formalmente como tal dentro del juicio civil de que se trate, aunque pensamos que podría hacerse porque no existe norma prohibitiva o limitativa al respecto. En la práctica, se le encarga a este sujeto que realice la actividad de acudir a los juzgados y averiguar el estado de los mismos, diligenciar los procesos y presentar memoriales. Actividad que personalmente realiza también el Abogado director en función de su actividad de procuraduría como profesional del Derecho. En ambos casos, no es propiamente una representación en juicio, tal como se acepta en la doctrina y se regula en el derecho comparado.

En nuestro medio, el Abogado puede representar a un tercero en juicio, mediante el otorgamiento a su favor de un Mandato Judicial, el cual lo faculta para actuar como mandatario judicial, realizando en nombre y representación del mandante los actos procesales, pero en ejercicio de su profesión de Abogado y no como procurador.

Si bien es cierto que en la demanda o en la contestación de la misma, se puede estipular que el Abogado actúa como director o asesor y procurador, además de calzar



al final de dichos escritos con su firma precedida de las palabras *en su auxilio* o simplemente *auxiliando*, también lo es que, en dichos supuestos, se puede decir que actúa en dirección porque dirige el proceso y las actitudes a tomar dentro del juicio. Es asesor, porque orienta a las partes en cuanto a las maneras a asumir y en su caso, por ejemplo, aconsejarle los lineamientos a observar al prestar declaración de parte, o como conducirse en un reconocimiento judicial. Por último se dice *en auxilio*, porque se establece que el profesional quien firma, es el letrado que ejerce la abogacía. Sin el respaldo de su firma y sello en las demandas, peticiones y memoriales que se presenten a los órganos jurisdiccionales no se dará curso a ninguna gestión. Además porque el Abogado es responsable del fondo y de la forma de los escritos que autorice con su firma, de acuerdo con el Artículo 197 de la Ley del Organismo Judicial, (Decreto 2-89 del Congreso de la República). En suma, en la legislación guatemalteca, la figura o institución de procurador no requiere ni reúne la naturaleza y características que aconseja la doctrina. Especialmente porque esta actividad, es realizada en no pocos casos –como se ha indicado– por tercera persona sin título de Abogado, a quien en nuestra práctica forense se le denomina *procurador*, muchas veces contratado en un bufete asociado o por un Abogado en particular a cambio de un salario por la prestación del servicio en muchos casos de redactar proyectos de escritos, así como visitar tribunales y oficinas administrativas, presentar demandas y escritos, indagarse sobre el curso y estado de los procesos a su cargo e informar a quienes o quien lo contrató, pero nunca firma en auxilio ni se consigna su nombre dentro del proceso indicando formalmente que actuará como procurador, consecuentemente carece de acción directa para el cobro de honorarios.



7.2.1. La prohibición establecida en el Artículo 77 del Código de Notariado y la actuación del Abogado procurador en la actualidad.

Se ha explicado lo relativo a las prohibiciones de la actuación notarial.¹⁰¹ Estos son los impedimentos o límites que la legislación guatemalteca impone para que el Notario actúe en actos y contratos, ya sea para autorizarlos a favor de sí mismo o de sus parientes dentro de los grados de ley. Prohibición que de acuerdo con nuestra investigación incide en el ejercicio de la abogacía en procuración, según lo establece nuestra legislación interna.

En este orden de ideas, el Artículo 77 del Código de Notariado, en lo conducente regula: “Al Notario le es prohibido:..2º. Si fuere Juez de Primera Instancia facultado para cartular, Secretario de los Tribunales de Justicia o **Procurador**, autorizar actos o contratos relativos a asuntos en que esté interviniendo;...” (el resaltado es propio).

El inciso de la norma citada establece que el juez, el secretario de los tribunales y los procuradores no pueden autorizar actos o contratos en asuntos en los que intervengan. Acerca del primero, se establece dicho impedimento porque los jueces de primera instancia, según el Artículo 6º numeral 1º del Código de Notariado (Decreto 114 del Congreso de la República) se les autoriza ejercer el notariado, siempre y cuando en las cabeceras de su jurisdicción no hubiere Notario hábil, o que habiendo estuviere

¹⁰¹ *Supra*, véase pág. 92.



imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. En el caso del secretario del juzgado o tribunal quien al ser considerado auxiliar del juez tiene la función principal de robustecer de veracidad las actuaciones o resoluciones judiciales, es decir, están investidos de fe pública judicial. Consecuentemente, cuando el secretario ostenta los títulos de Abogado y Notario, le está prohibido ejercer la profesión de Notario. Por último, el impedimento notarial incide en el caso del abogado procurador.

Es obvio que en nuestro país, la limitante para el ejercicio de la función notarial se presenta cuando el mismo profesional actúa en el juicio civil ya sea como Abogado procurador o como Abogado Director, pues de conformidad con las reglas de la lógica sí se prohíbe lo menos se prohíbe lo más. En otras palabras, al prohibirse ejercer la actuación notarial en procuración, lógicamente es prohibido el ejercicio notarial en dirección.

7.2. Violación al principio del debido proceso.

La violación a dicho principio, se halla en la inobservancia o modificación de los procedimientos legales previamente establecidos para la tramitación de un juicio. Cualquier parte dentro del proceso, puede presentar el desistimiento, pero toda regla tiene su excepción. En este sentido, el Artículo 584 del Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto-Ley 107), regula: "No pueden desistir del proceso ni de un recurso o



excepción que afecte el fondo del asunto, los que defienden intereses de menores, incapaces o ausentes. Tampoco podrán hacerlo los que defiendan intereses del Estado o municipales.”

Para poder desistir un juicio es necesario colmar los requisitos que dicho cuerpo legal nos regula. El Artículo 585 dice: “Para que el desistimiento sea válido, se necesita que conste en autos la voluntad de la persona que lo hace, con su firma legalizada por un notario o reconocida ante el juez en el momento de presentar la solicitud; y si no pudiere firmar, lo hará otra persona a su ruego. **Si no se cumpliere con lo dispuesto en este artículo la solicitud se desechará de plano.**” (resaltado propio).

El Artículo 586 del mismo cuerpo legal regula: “Presentado en forma válida el desistimiento, el juez dictará resolución aprobándolo.”

Para que el procedimiento del acto procesal del desistimiento civil sea válido, es de suma importancia que se observe lo que anteriormente se citó. Para que el procedimiento del desistimiento sea válido y no sea contrario a derecho, se necesita que en autos se haga constar la voluntad de la persona que lo hace. Se materializa dicha voluntad al requerirse que la firma del solicitante debe ser legalizada por un notario o a falta de esta exigencia, deberá ser reconocida ante el juez en el momento de presentarlo, a menos que no pueda firmar, en tal caso, lo hará una persona a su ruego.



Al no presentarse de esta forma, es imperativo rechazar el trámite de la solicitud, por consiguiente ello impediría emitir la resolución que lo aprueba.

Derivado de la prohibición regulada en el Artículo 77, numeral 2º, del Código de Notariado, el Abogado quien en la demanda o contestación de la misma actúa como director o *procurador* no puede ejercer la doble función de Abogado y Notario en forma simultánea por la limitante legal. Es decir, cuando conste en autos que el Abogado director también actúa como procurador en el asunto que se le encomienda, y dentro del mismo la parte interesada manifiesta su voluntad de desistir total o parcialmente de una excepción, recurso o del juicio, respectivamente, y el mismo Abogado procurador en su calidad de Notario legaliza la firma de la persona quien presenta el desistimiento de que se trate, en este caso, es obvio que el Abogado procurador al ejercer conjuntamente como Notario, y al presentar la petición al órgano jurisdiccional se admite para su trámite y se aprueba la misma, tales actos jurisdiccionales son nulos y no producen efectos jurídicos. Estamos frente a una clara violación al principio del debido proceso, ya que el mismo se considera válido como su propio nombre lo dice, si se tramita de modo *debido*.

En suma, de acuerdo con las disposiciones legales citadas, existe violación al principio del debido proceso porque en el momento en que se hace constar la voluntad de la parte quien desiste un juicio, recurso, incidente, etc.; en los autos que consta dicha voluntad, la firma es legalizada por el mismo Abogado procurador, actuando como



Notario de manera simultánea, existiendo una limitante en el Artículo 77 numeral 2º del Código de Notariado. Pero no solo ese acto del Abogado procurador en la autorización del acta de legalización de firma consiste en la violación a dicho principio, sino que es más dramática la inobservancia de parte del Juez, quien sabiendo de la aludida prohibición, admite para su trámite y resuelve de forma positiva aprobando el desistimiento, acto judicial que viola el principio del debido proceso por ejecutar un procedimiento que no está regulado de esa forma en el Código Procesal Civil y Mercantil, entonces, es ilegal porque el acto procesal del desistimiento civil mencionado, va en contra de la legislación guatemalteca.

7.2.1. Factores teóricos y empíricos que fundamentan la violación al principio de debido proceso.

En relación a los factores teóricos de esta tesis, se ha abordado aspectos esenciales que los autores del derecho opinan respecto a la violación al principio del debido proceso.

No basta que se ilustre el informe final únicamente con las teorías referentes a la violación del principio del debido proceso, sino que también es importante y pertinente establecer los factores empíricos que las validan. Para tal efecto este autor ha complementado el estudio con investigación de campo, a través de un cuestionario de



encuesta ¹⁰² al azar dirigido a Abogados y Notarios en ejercicio de su profesión, todos con sede en el municipio de Guatemala. En la encuesta se tomo una muestra de 50 Abogados y Notarios, realizándose los días nueve, diez y once de agosto de 2011, formulándose las preguntas en forma directa con respuestas cerrada y mixta y su acopio fue cara a cara,

El trabajo de campo ha dado como resultado que en el ejercicio de la profesión, existen profesionales del derecho, quienes actúan como abogados procuradores dentro de un juicio o proceso, a su vez en el momento de que su patrocinado presenta desistimiento ante los órganos jurisdiccionales civiles, actúan como notarios legalizando la firma de la persona que manifiesta su voluntad, existiendo una inobservancia del Artículo 77 numeral 2º del Código de Notariado.

Según la muestra producto de la encuesta al azar, en la práctica se presentan casos en los cuales los jueces del ramo civil del municipio de Guatemala admiten para su trámite dicho desistimiento y el mismo es aprobado. Dado lo anterior, el procedimiento para la aprobación del desistimiento civil, ha sido practicado de una manera diferente a la que la legislación guatemalteca regula. De acuerdo con la muestra obtenida en la investigación de campo, los órganos jurisdiccionales que más concurren en la violación del debido proceso son los juzgados de paz y los juzgados de primera instancia, ambos

¹⁰² **Infra**, véase anexo A, pág. 137.

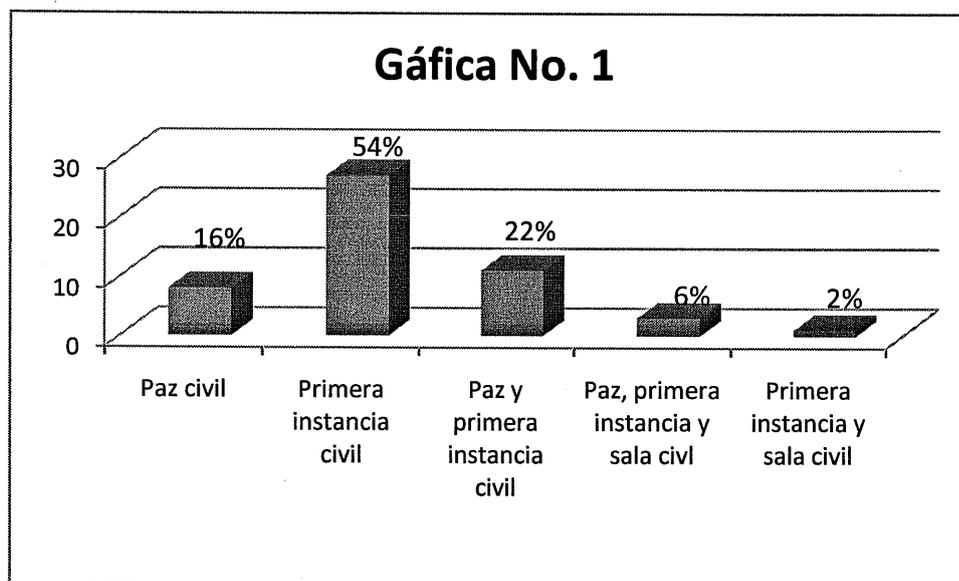


de la rama civil, del municipio de Guatemala. Lo anterior se puede evidenciar con el análisis e interpretación de los datos que a continuación se describen:

La investigación que se hizo para obtener los resultados de este estudio fue de tipo concluyente descriptivo. El diseño es de aplicación individual, con una muestra de 50 profesionales sobre el tema que se trató, realizada en la Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, los días indicados con anterioridad.

1) ¿En cuál de los órganos jurisdiccionales del ramo civil el Abogado ha auxiliado desistimientos?

Cuadro No. 1.		
Órgano jurisdiccional	Valor absoluto	Valor relativo
Paz civil	8	16%
Primera instancia civil	27	54%
Paz y primera instancia civil	11	22%
Paz, primera instancia y sala civil	3	6%
Primera instancia y sala civil	1	2%
Totales	50	100%



Fuente: Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, con fecha 9, 10 y 11 de agosto del año 2011.



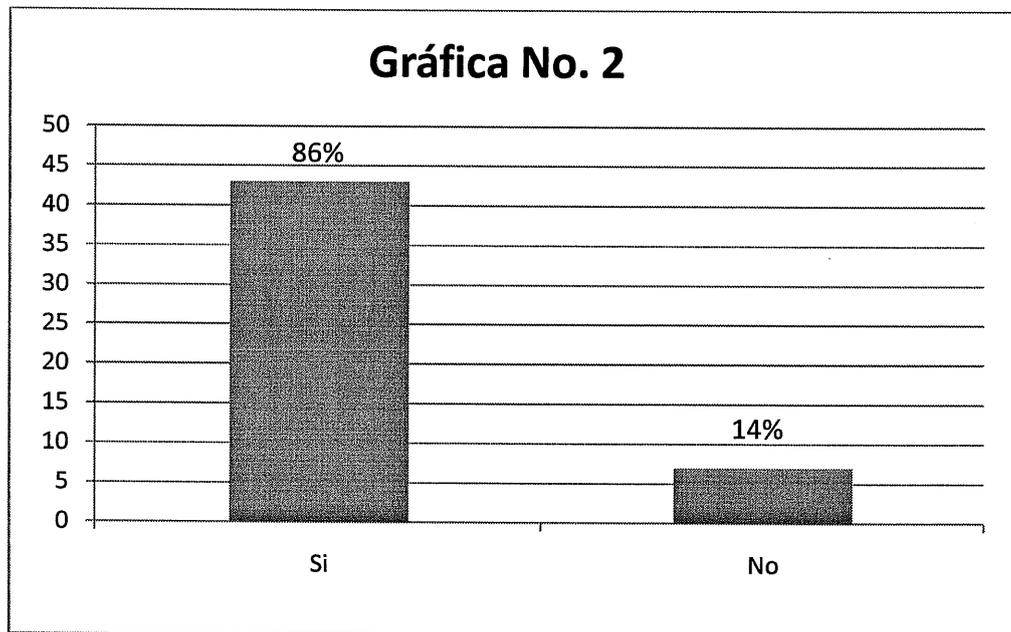
La gráfica y cuadro número uno, indica que, de los órganos jurisdiccionales del ramo civil, adonde los abogados encuestados han auxiliado en las solicitudes de desistimiento, se estableció que en los juzgados de paz, en donde del total de la muestra se recibieron en términos absolutos ocho solicitudes, lo cual equivale en términos relativos al 16% de casos. El juzgado de primera instancia civil con 27 solicitudes de desistimiento o sea el 54%. El cuadro y la gráfica uno demuestran que hubo Abogados que han auxiliado tanto en juzgado de paz y en primera instancia, representado de manera absoluta 11, equitativo al 22%. De la misma manera hubo profesionales que han auxiliado en juzgados de primera instancia y sala de la corte de apelaciones civil, constituyendo un caso en la encuesta en forma absoluta y relativamente el 2%. Dado a que las preguntas daba la posibilidad de respuesta alternativa o múltiple, hay abogados que auxilian en los desistimientos en distintos órganos jurisdiccionales, por lo que al hacer una tabulación de cada uno de ellos, el número sería mayor a la muestra, ejemplo, si tomamos el número absoluto de 27 que corresponde a los de primera instancia y ocupamos el término de 11 de forma absoluta, al hacer la tabulación nos daría un total de 38, porque se suman los 27 de primera instancia y de los 11 que también presentaron tanto en juzgados de paz como de primera instancia. Sí se hace lo mismo con todos los datos, el número total sobrepasaría a la muestra obtenida.

Por otro lado, probablemente el porcentaje de solicitudes de desistimiento más alto se presenta en los órganos jurisdiccionales de primera instancia por efectos de la competencia por la cuantía y de valor indeterminado.



2) ¿Interviene cómo Abogado director y procurador de la parte que ha promovido el desistimiento?

Cuadro No. 2		
Respuesta	Valor absoluto	Valor relativo
Si	43	86%
No	7	14%
Totales	50	100%



Fuente: Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, con fecha 9, 10 y 11 de agosto del año 2011.

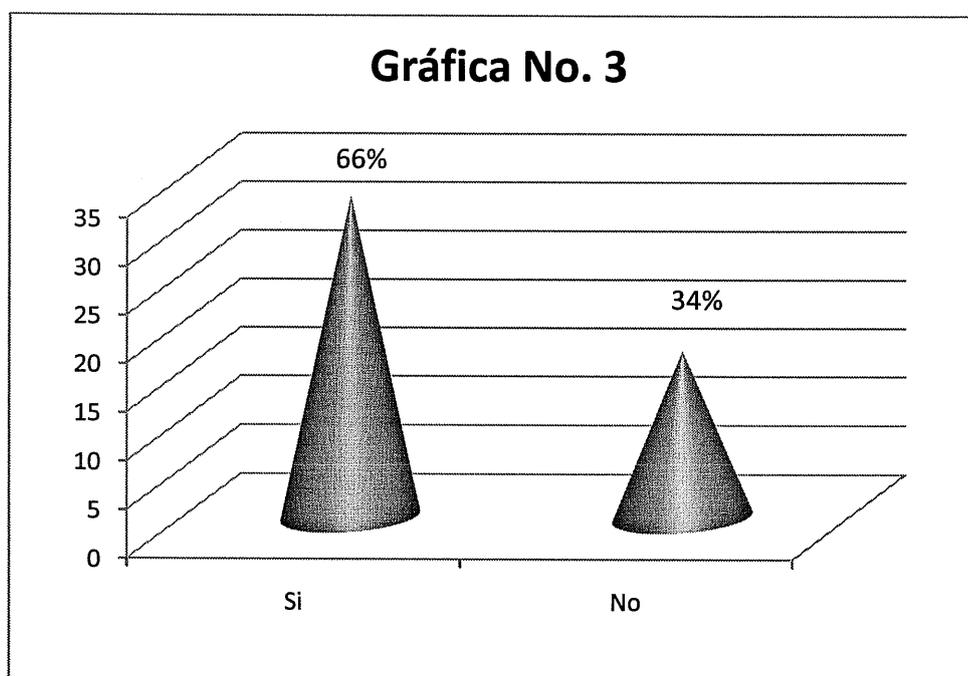
La investigación de campo expresa que de nuestra muestra de 50 profesionales encuestados, en su mayoría representada en un 86% en términos relativos, que



constituyen, 43 casos absolutos, actúan como Abogados directores y procuradores dentro del proceso civil. La minoría restante quienes representan relativamente el 14%, o sea que siete profesionales no intervinieron dentro del proceso civil en su calidad de abogados.

3) ¿El Notario quién legalizó la firma puesta al pie del escrito de desistimiento, actuó como abogado director y procurador dentro del proceso civil?

Cuadro No. 3		
Respuesta	Valor absoluto	Valor relativo
Si	33	66%
No	17	34%
Totales	50	100%



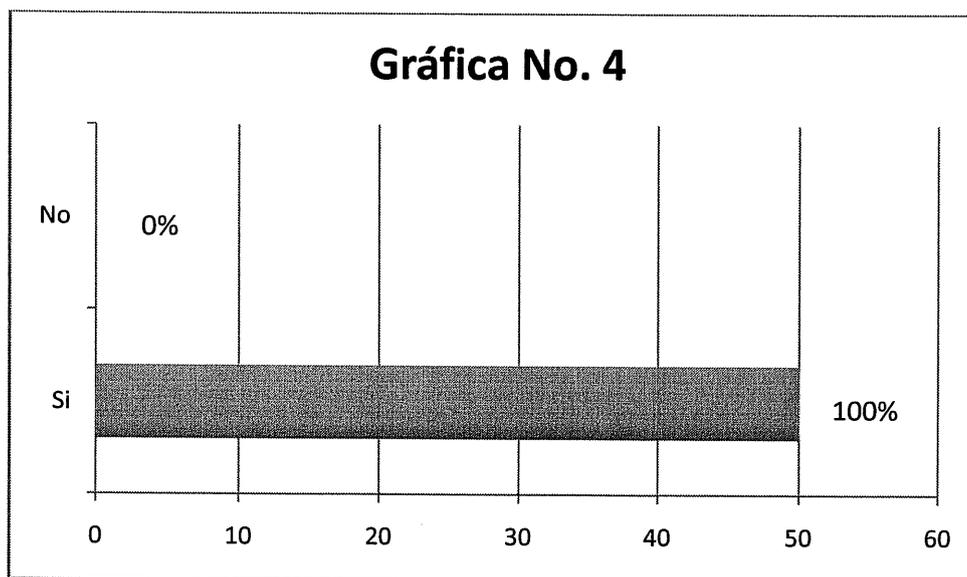
Fuente: Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, con fecha 9, 10 y 11 de agosto del año 2011.

El cuestionario que se utilizó para la encuesta nos exterioriza que en 33 casos, los cuales significan el mayor porcentaje con un 66% de los abogados directores procuradores son los mismos profesionales que en su actuación como Notario,

realizaron la legalización de firma puesta al pie de la solicitud de desistimiento, a pesar que existe la prohibición regulada en el Artículo 77 numeral 2º del Código de Notariado. De igual forma, se puede observar que una considerable cantidad que constituye un 34% no realizan tal actuación. Es decir que del total de la muestra, en 17 casos no se presenta el fenómeno, por lo tanto, hacen un estricto cumplimiento a la norma jurídica recién mencionada.

4) ¿Qué gestiones de desistimiento se admitieron para su trámite?

Cuadro No. 4.		
Respuesta	Valor absoluto	Valor relativo
Si	50	100%
No	0	0%
Totales	50	100%



Fuente: Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, con fecha 9, 10 y 11 de agosto del año 2011.

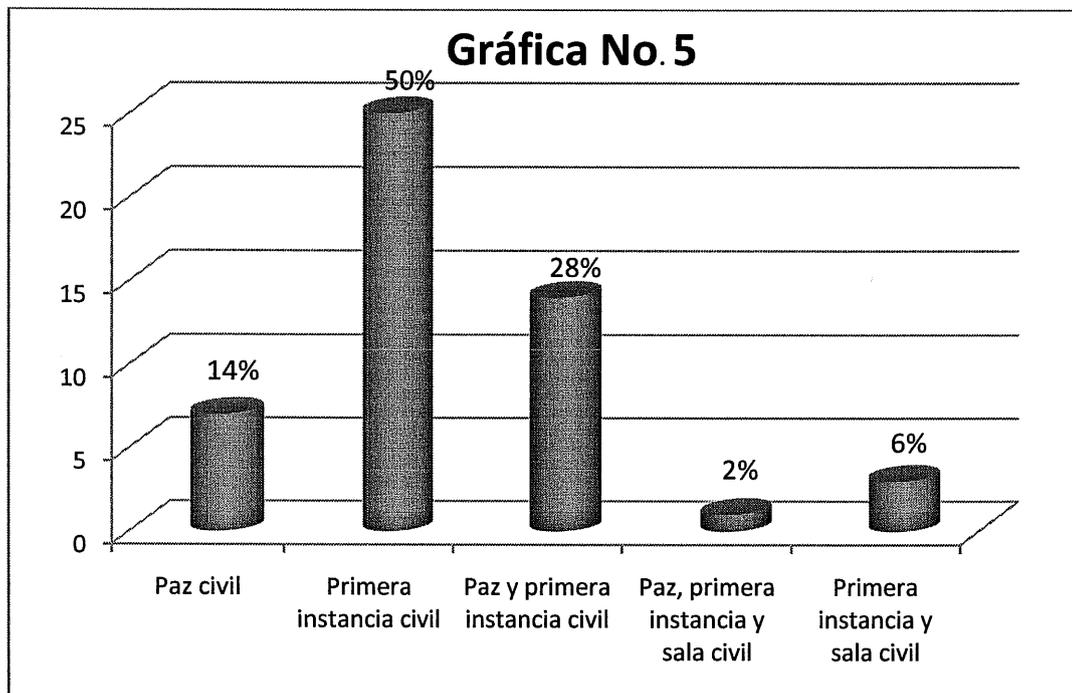


De forma absoluta, como se ilustra, el total de la muestra, que es de 50, siendo relativo a 100% de las gestiones de sobreseimiento fueron admitidas para su trámite, de parte de los órganos jurisdiccionales civiles; independientemente que la firma haya sido legalizada por el mismo profesional del derecho quien hubiese actuado dentro del proceso ejercitando o no las calidades de Abogado y/o Notario. En los casos que se estableció claramente, que el mismo Abogado que auxilió a la parte que solicita el desistimiento, también legaliza su firma, existe una evidente restricción al principio del debido proceso.



5) ¿Qué órganos jurisdiccionales civiles admitieron para su trámite los desistimientos?

Cuadro No. 5		
Órganos jurisdiccional	Valor absoluto	Valor relativo
Paz civil	7	14%
Primera instancia civil	25	50%
Paz y primera instancia civil	14	28%
Paz, primera instancia y sala civil	1	2%
Primera instancia y sala civil	3	6%
Totales	50	100%



Fuente: Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, con fecha 9, 10 y 11 de agosto del año 2011.

En la gráfica número cuatro se demostró que todas las actuaciones fueron admitidas para trámite. De la gráfica y cuadro cinco se deduce que los órganos que

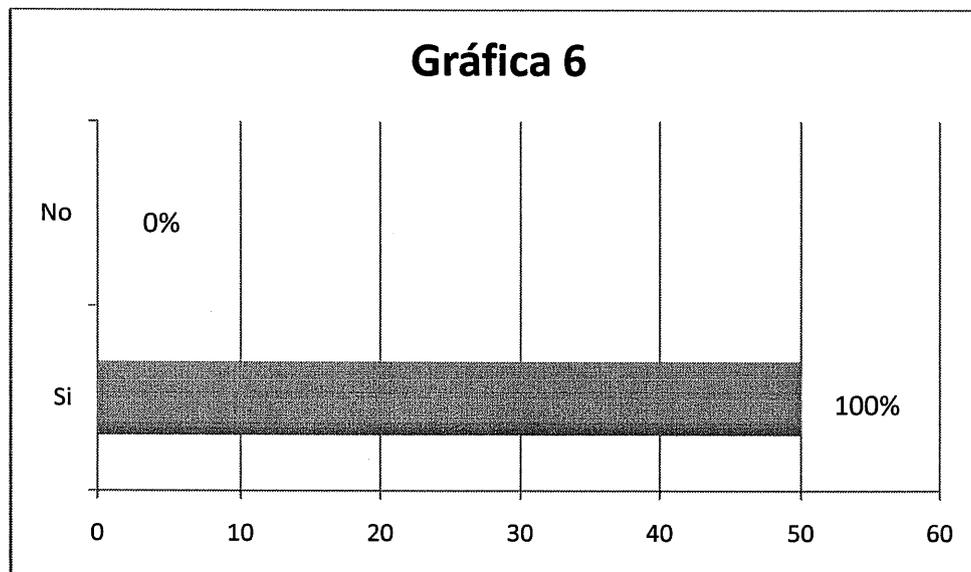


admitieron para su trámite el desistimiento son: juzgado de paz civil, con siete admisiones, el que constituye un 14%; juzgado de primera instancia civil, que corresponde absolutamente 25 trámites admitidos, equivalente al 50% del total de la muestra; de la misma forma encontramos a los juzgados de paz y primera instancia civil, la que representa 14 que pertenece relativamente al 28%. La tabulación dio por resultado que en los juzgados de paz, primera instancia y sala de la corte de apelaciones civil se admitió para su trámite un desistimiento, que corresponde al dos por ciento de manera relativa. Por último, en los juzgados de primera instancia y la sala de la corte de apelaciones señala que han sido admitidos tres solicitudes, relativo al seis por ciento del total de la muestra. Aquí de igual forma que en el cuadro y gráfica uno, se debe tomar en cuenta que las respuestas podían ser alternativas y múltiples. Hubo respuestas alternativas en la encuesta en que hay juzgados que admitieron para trámite el desistimiento. Por lógica, sí los juzgados de primera instancia han recibido más memoriales, tiene mayor porcentaje en la tramitación de los desistimientos.

Se puede deducir que desde el momento en los órganos jurisdiccionales admiten para su trámite los desistimientos en los que como Notario el Abogado director y procurador legaliza la firma al pie del memorial, restringe el principio del debido proceso.

6) ¿Cuántos desistimientos fueron aprobados?

Cuadro No. 6		
Respuesta	Valor absoluto	Valor relativo
Si	50	100.00%
No	0	0.00%
Totales	50	100%



Fuente: Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, con fecha 9, 10 y 11 de agosto del año 2011.

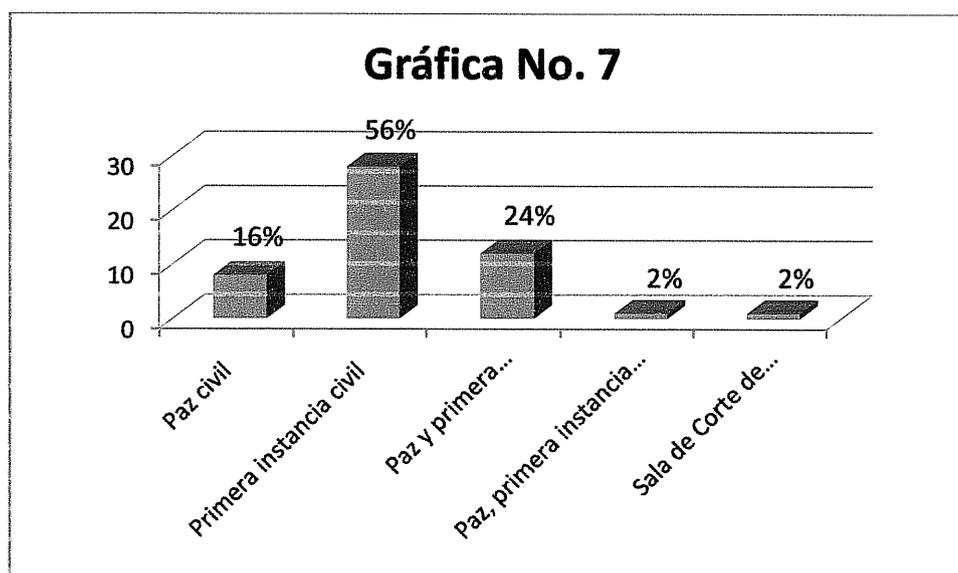
Todas las gestiones han sido aprobadas por los tres órganos jurisdiccionales. Es decir, en el cuadro y gráfica seis indican que en números absolutos ascienden a 50. Relativamente es equivalente al 100% de los desistimientos han sido declarados con lugar por los jueces que conocieron el asunto, indistintamente que constituya una



inobservancia al rito del procedimiento establecido en la ley de parte de los órganos jurisdiccionales o bien porque el Abogado director y procurador no actuó como Notario al legalizar la firma puesta al pie de la solicitud de desistimiento.

7) ¿Cuáles de los órganos jurisdiccionales civiles aprobaron los desistimientos solicitados?

Cuadro No. 7		
Juzgados	Valor absoluto	Valor relativo
Paz civil	8	16.00%
Primera instancia civil	28	56.00%
Paz y primera instancia civil	12	24.00%
Paz, primera instancia y sala civil	1	2.00%
Sala de Corte de Apelaciones.	1	2%
Totales	50	100.00%



Fuente: Torre de Tribunales del Organismo Judicial, Municipio de Guatemala, con fecha 9, 10 y 11 de agosto del año 2011.



El cuadro y gráfica siete reflejan que los órganos que aprobaron el desistimiento objeto de estudio, variable que procedemos a analizarla de forma siguiente: los juzgados de paz civil aprobaron en un valor absoluto ocho desistimientos, siendo el 16% del total de la muestra, por otro lado encontramos que el juzgado de primera instancia civil aprobó 28 desistimientos, equivalente al 56%. Otros órganos jurisdiccionales que resolvieron de igual forma, pero en estos casos las variables están condicionadas por el hecho de que el abogado encuestado respondió en forma simultánea, en tal sentido los resultados son los siguientes: En los juzgados de paz y primera instancia civil con un total de los abogados encuestados afirman que le aprobaron 12 casos, en los dos órganos jurisdiccionales relacionadas, que grafican un 24% en las mismas condiciones. Con uno solo caso aprobado encontramos los juzgados de paz, primera instancia y sala de la corte de apelaciones civil con un porcentaje del dos por ciento. La última casilla nos muestra que en la sala de la corte de apelaciones civil sólo uno de los abogados encuestados obtuvo aprobación del desistimiento, que corresponde al dos por ciento.

Se aclara que se hizo el mismo procedimiento de los cuadros y gráficas uno y cinco. La razón de dicha actuación fue porque la pregunta podía responderse de manera alternativa o múltiple, es decir podían responder un juzgado o varios simultáneamente.

En suma debido a la aprobación de los desistimientos por parte de los órganos jurisdiccionales se establece que existe una restricción al principio del debido proceso.



CONCLUSIONES



1. La admisión de la solicitud en la cual consta la voluntad de las partes para desistir un proceso, cuya legalización de firma es autorizada por Notario, quien a su vez auxilia como Abogado procurador; y, posterior aprobación del auto por parte del juez del ramo civil del municipio de Guatemala, viola el Principio del Debido Proceso.

2. La violación al Principio del Debido Proceso, tiene su origen en la inobservancia del numeral 2º del Artículo 77 del Código de Notariado en que incurren el Notario y los órganos jurisdiccionales del ramo civil del municipio de Guatemala.

3. En el municipio de Guatemala, los órganos jurisdiccionales de paz y de primera instancia y salas de las cortes de apelaciones del ramo civil, en reiteradas ocasiones han violentado el Principio del Debido Proceso, al admitir para su trámite y aprobación la gestión de desistimiento, en los casos que la legalización de la firma es autorizada por Notario quien simultáneamente auxilia como Abogado procurador al solicitante.



4. Se estableció que el órgano jurisdiccional que con mayor frecuencia ha incurrido en violación del Principio del Debido Proceso, es el de primera instancia del ramo civil del municipio de Guatemala, al admitir y aprobar el desistimiento cuando la legalización de la firma es autorizada por Notario, quien actúa dentro del proceso en carácter de Abogado procurador.



RECOMENDACIONES

1. Que los órganos jurisdiccionales cumplan con el deber jurídico de proceder en el desempeño de los actos procesales con la debida diligencia, particularmente en los que corresponden al desistimiento civil, al rechazar para su trámite las solicitudes cuando la firma del interesado se legalice por Notario quien ha intervenido en el asunto que se desiste, en su calidad de Abogado procurador, y evitar que se infrinja el Principio del Debido Proceso.

2. Que en ejercicio de la facultad de iniciativa de ley conferida a la Universidad de San Carlos de Guatemala, se promueva la reforma por adición del numeral 2 del Artículo 77 del Código de Notariado (Decreto 314 del Congreso de la República) el cual literalmente preceptúa: “Al Notario le es prohibido:... 2. Si fuere Juez de Primera Instancia facultado para cartular, Secretario de los Tribunales de Justicia o Procurador, autorizar actos o contratos relativos a asuntos en que esté interviniendo...”

3. Se sugiere, en su caso, que la reforma se redacte de la forma siguiente: **Artículo 77.** “Al Notario le es prohibido:...2. Si fuere Juez de Primera Instancia facultado para cartular, Secretario de los Tribunales de Justicia o Procurador, autorizar actos o contratos relativos a asuntos en que esté interviniendo...”. Sin embargo,



el Abogado Director y Procurador podrá como Notario legalizar firmas en toda solicitud de desistimiento.

4. Que el Organismo Judicial debe tener mayor control de los jueces de primera instancia del ramo civil del municipio de Guatemala, a través de exámenes o pruebas de conocimiento, con el fin de evitar, en lo posible, la interpretación errónea del Artículo 77 numeral 2 del Código de Notariado.



ANEXO



ENCUESTA SOBRE LEGALIZACIÓN DE FIRMAS EN EL TRÁMITE DE DESISTIMIENTO EN EL RAMO CIVIL

Buenos días/tardes, estimado Abogado y Notario. Soy estudiante de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Le solicito de la manera más atenta que conteste esta breve encuesta para la elaboración de mi proyecto de tesis. Le agradezco de antemano su comprensión y atención.

A continuación se presentan las preguntas a contestar. Por favor, lea con atención marque con una "X" la o las respuestas que vaya más de acuerdo con la forma que se ha procedido en su gestión ante el órgano jurisdiccional.

1) ¿En el ejercicio de la profesión de la Abogacía, en cuál de los órganos jurisdiccionales del ramo civil ha auxiliado usted desistimientos? (Puede responder más de una alternativa)

Paz () Primera Instancia () Sala de la Corte de Apelaciones ()

2) ¿En dichos Juicios Civiles a intervenido como Abogado director y procurador de la parte que ha promovido el desistimiento?

Si () No ()

3) ¿En los referidos juicios, como Notario a legalizado la firma de su patrocinado puesta al pie del escrito de desistimiento?

Si () No ()

4) ¿Las gestiones de los desistimientos se admitieron para su trámite?

Si () No ()

5) ¿En cuál de los órganos jurisdiccionales civiles se admitieron los desistimientos para su trámite
(Puede responder más de una alternativa)

Paz () Primera Instancia () Sala de la Corte de Apelaciones ()

6) ¿La gestión de desistimiento fue aprobada?

Si () No ()

7) ¿En cuál de los órganos jurisdiccionales civiles se aprobaron los desistimientos de mérito?
(Puede responder más de una alternativa)

Paz () Primera Instancia () Sala de la Corte de Apelaciones ()



**BIBLIOGRAFÍA**

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**, tomo I. Guatemala: Editorial Universitaria Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, 8va. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L.; 1974.
- CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**, traducida al español por: Enrique Figueroa Alfonso, México: Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V; primera serie, vol. 2 1999.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y registral**, 3ra. ed; México: Editorial Porrúa, S.A; 1976.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil**, traducida al español por: Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América (s.f.).
- CHIOVENDA, José. **Principios de derecho procesal civil**, traducida al español por: José Casais y Santaló. Madrid, España: Editorial Reus, S.A. 1977.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ra. ed. (póstuma), reimpresión inalterada, Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1993.
- DE PINA, Rafael y José Castillo Larrañaga. **Instituciones de derecho procesal civil**, México: Ed. Porrúa, S.A. 1984.
- GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado**, 6 edición, México: Editorial Larousse, S.A de C.V; 1993.
- GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**, 1ra. reimpresión, Buenos Aires Argentina: Editorial Depalma, 1992.



MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**, Guatemala: (s.e.); 2001.

PALLARES, Eduardo. **Derecho procesal civil**, 8va. ed. México: Editorial Porrúa, S.A; 1979.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**, México: Editorial Porrúa, S.A. 1979.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**, 2da. Ed. México: Editorial Porrúa, S.A; 1983.

SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973.

Legislación:

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

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

Código de Notariado. Congreso de la República, Decreto número 314, 1947. Guatemala.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1973. Guatemala.

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

Código de Trabajo. Congreso de la República, Decreto número 1441, 1971. Guatemala.



Ley de Colegiación Profesional Obligatoria. Congreso de la República, Decreto número 72-2001, 2001. Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto 2-89. 1990. Guatemala.

Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios. Congreso de la República, Decreto número 11-96, 1996. Guatemala.

Código de Ética Profesional. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, 1994.