

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



**INNECESARIA PARTICIPACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL DENTRO DE
LAS DILIGENCIAS EXTRAJUDICIALES VOLUNTARIAS DE DISPOSICIÓN DE
BIENES DE MENORES**

ANÍBAL RODRÍGUEZ ALVARADO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2005.

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

**INNECESARIA PARTICIPACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL DENTRO DE
LAS DILIGENCIAS EXTRAJUDICIALES VOLUNTARIAS DE DISPOSICIÓN DE
BIENES DE MENORES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANÍBAL RODRÍGUEZ ALVARADO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2005.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Mauricio Garcia Rivera
Vocal: Lic. Augusto Eleazar López Rodríguez
Secretario: Lic. José Víctor Taracena Alba

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Maura Ofelia Paniagua Corzantes
Vocal: Lic. Luís Alberto Pineda Roca
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

DEDICATORIA

A MI CREADOR

Quien ha sido la luz que ha guiado el camino que he recorrido.

A SANTA LUCIA

COTZUMALGUAPA

Ciudad bendita por Dios.

A MIS PADRES:

Tereso Aníbal Rodríguez García y Teresa Marjorie de Jesús Alvarado Girón de Rodríguez, por ser fiel reflejo de comprensión, amor y dedicación.

A MI ESPOSA:

Geydy Maribel Albarca Figueroa de Rodríguez, Por su apoyo en la construcción de lo que un día juntos soñamos y hoy es una realidad.

A MIS ANGELITOS

Aníbal, Theresa Lucía, Dulce María, para que sirva de ejemplo y superen los logros por mí alcanzados.

A MI HERMANA

Rosa María Rodríguez Alvarado.

A MIS AMIGOS

Que me brindaron su amistad y supieron alentarme en los momentos difíciles. Jorge Adán, Ramiro, Nidia Magali, María del Carmen, Mary Libny, Edgar Mauricio.

EN ESPECIAL

A los licenciados: Julio Antonio García Posadas, Ramiro Ruiz Palma, José Rodolfo Pérez Mejicanos, por haber compartido sus conocimientos que sirvieron de complemento para la elaboración del presente trabajo de tesis.

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA

En particular a la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, a su claustro de docentes, quienes compartieron sus conocimientos, los que constituyen la base de mi formación profesional.

A: Todas aquellas personas que colaboraron en el presente trabajo de tesis.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1	La jurisdicción voluntaria.....	1
1.1	Antecedentes.....	2
1.2	Conceptos.....	4
1.3	Naturaleza jurídica.....	4
1.4	Principios fundamentales.....	5
1.4.1	Principio de consentimiento unánime.....	6
1.4.2	Principio de actuaciones y resoluciones.....	7
1.4.3	Principio de colaboración de las autoridades.....	8
1.4.4	Principio de audiencia a la Procuraduría General de la Nación.....	9
1.4.5	Principio de ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite.....	9
1.4.6	Principio de inscripción en los registros.....	9
1.4.7	Principio de remisión al Archivo General de Protocolos.....	10
1.5	Características de la jurisdicción voluntaria.....	10
1.6	Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.....	11
1.6.1	Jurisdicción contenciosa.....	11
1.6.1	Jurisdicción voluntaria.....	12
1.7	Diferencias entre jurisdicción judicial contenciosa y voluntaria....	12
1.7.1	Jurisdicción contenciosa.....	12
1.7.2	Jurisdicción voluntaria.....	13
1.8	División de la jurisdicción voluntaria.....	13
1.8.1	Jurisdicción voluntaria judicial.....	13
1.8.2	Jurisdicción voluntaria extrajudicial o notarial.....	14

1.9	Aspectos importantes para la aplicación de la jurisdicción voluntaria.....	14
1.10	Necesidad de la prueba.....	15
1.11	Eficacia de las Resoluciones emitidas al amparo de la ley de asuntos de tramitación en jurisdicción voluntaria.....	16

CAPÍTULO II

2	El notario.....	19
2.1	Conceptos	19
2.2	Requisitos para ejercer el notariado.....	22
2.3	La función notarial.....	23
2.4	Forma documental.....	26
2.5	Fines del documento notarial.....	27
2.5	Características del instrumento público.....	28

CAPÍTULO III

3	El dictámen.....	31
3.1	Definición.....	31
3.2	Naturaleza jurídica.....	32
3.3	Características.....	33
3.4	Objeto del dictámen.....	33
3.5	Dictámen emitido por la Procuraduría General de la Nación.....	34

CAPÍTULO IV

4	La Procuraduría General De La Nación	35
---	--	----

4.1	Definiciones.....	35
4.2	Objetivos.....	36
4.3	Ámbito Legal en que se desenvuelve La Procuraduría General De La Nación.....	37
4.4	Atribuciones de la Procuraduría General De La Nación.....	38
4.5	Funciones.....	38
4.6	Importancia de la intervención de La Procuraduría General De La Nación.....	39

CAPÍTULO V

5	La responsabilidad del notario.....	41
5.1	Introducción.....	41
5.2	Doctrina de la responsabilidad notarial.....	41
5.3	Definición de la responsabilidad notarial.....	41
5.4	Naturaleza jurídica de la responsabilidad notarial.....	42
5.5	Fundamento legal de la responsabilidad notarial.....	42
5.6	Elementos de la responsabilidad notarial.....	43
	5.6.1 Según la intervención del notario.....	43
	5.6.2 Según su participación	44
5.7	Responsabilidad.....	45
	5.7.1 Responsabilidad penal.....	45
	5.7.2 Responsabilidad civil.....	49
	5.7.3 Responsabilidad administrativa.....	50
	5.7.4 Responsabilidad profesional.....	51
	5.7.5 Responsabilidad en general.....	51

CAPÍTULO VI

6	Fe pública.....	53
---	-----------------	----

6.1	Antecedentes.....	53
6.2	Definición.....	53
6.3	Requisitos.....	54
6.4	Clases.....	55
6.5	Fundamento.....	56
6.6	Homologación de las actuaciones de los órganos de aplicación para el trámite de la jurisdicción voluntaria.....	57
6.7	El juez.....	58
6.8	El notario.....	59

CAPÍTULO VII

7	Disposición y gravámen de bienes de menores.....	61
7.1	Regulación legal.....	61
7.2	Solicitud.....	62
7.3	Trámite.....	63
7.4	Declaratoria de utilidad y necesidad.....	63
7.5	De la representación.....	64
7.6	La representación de un menor de edad.....	66
7.7	Distintas tramitaciones.....	67
	7.7.1 Trámite judicial.....	68
	7.7.2 Trámite notarial.....	68
7.8	Declaratoria del auto.....	70
7.9	Obligaciones posteriores.....	71

CAPÍTULO VIII

8	Innecesaria participación del órgano jurisdiccional dentro de las diligencias voluntarias de disposición de bienes de menores.....	73
8.1	Introducción.....	73

8.2	Práctica notarial.....	74
8.3	Criterio registral.....	75
8.3.1	Criterio de operadores registrales.....	75
8.3.2	Criterio del registro de la propiedad.....	75
8.4	Criterio Judicial.....	76
8.4.1	Criterio de jueces de primera instancia	76
8.4.2	Criterio de magistrados de la corte de apelaciones.....	77
8.5	Causas que motivan innecesaria participación del órgano jurisdiccional dentro de las diligencias voluntarias de disposición de bienes de menores.....	78
8.5.1	Causas prácticas.....	78
8.5.2	Causas técnicas.....	83
8.6	Caso concreto.....	85
	CONCLUSIONES.....	91
	RECOMENDACIONES.....	95
	ANEXO.....	97
	BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación de tesis, conlleva la importancia que tiene en la actualidad y en la práctica, la innecesaria participación del órgano jurisdiccional dentro de las diligencias voluntarias de disposición de bienes de menores y en virtud de lo anterior, el trabajo de investigación tiene como propósito sustentar, robustecer e indicar, que con la no participación del órgano jurisdiccional se evitan desgastes jurídicos y económicos, habida cuenta es necesario reformar el párrafo segundo del Artículo 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República, que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria a efecto de que su interpretación esté basada en ley.

Es importante destacar la importancia que tiene la participación, responsabilidad y la función del notario dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria especialmente en el presente tema de disposición y gravámenes de bienes de menores, al dictar el auto de aprobación de las diligencias planteadas ante notario y trámites posteriores.

Se analizan los diferentes criterios de los operadores de justicia para determinar, que en realidad su participación, es innecesaria dentro de las diligencias extrajudiciales voluntarias de disposición de bienes de menores, para posteriormente unificar dichos criterios y determinar que es necesario reformar el párrafo segundo del Artículo antes citado.

Por ello, para una mayor comprensión, el presente trabajo de investigación se ha dividido en capítulos. En el primer capítulo, se encuentra lo relativo a la jurisdicción voluntaria, antecedentes, conceptos y naturaleza jurídica. En el capítulo segundo se establecen conceptos, requisitos, función y lo relacionado con el ejercicio del notario. El capítulo tercero desarrolla en concreto lo concerniente al dictamen. En el capítulo cuarto se establece lo relativo a La Procuraduría General de la Nación, integrado por sus definiciones, objetivos, ámbito legal en que se desenvuelve, atribuciones,

(ii)

funciones y la importancia de la intervención. El capítulo quinto, establece lo relativo a la responsabilidad del notario, entre lo que puede destacar la doctrina, definiciones, su naturaleza jurídica, el fundamento legal, los elementos que la integran, responsabilidades para el notario. El capítulo sexto se incorpora lo relativo a la fe pública, en este capítulo se expone lo relacionado a los antecedentes, definiciones, requisitos, clases, fundamento, homologación, el juez y el notario. El capítulo séptimo regula lo relativo a la disposición de bienes de menores; lo que enmarca como puntos importantes tales como regulación legal del trámite solicitud, trámite, declaratoria de utilidad y necesidad, de la representación de menores de edad, clases de trámites, el auto declarativo y de las obligaciones posteriores. En el capítulo octavo, de desarrolla la innecesaria participación del órgano jurisdiccional dentro de las actuaciones extrajudiciales voluntarias de disposición de bienes de menores, la practica notarial, distintos criterios y causas que motivan la innecesaria participación del órgano jurisdiccional dentro de las diligencias extrajudiciales voluntarias de disposiciones de bienes de menores.

El presente trabajo de tesis fue realizado utilizando el método analítico y sintético y viceversa lo que permitió el desplazamiento del conocimiento, en lo que establece nuestro derecho interno; asimismo como la aplicación de métodos estadísticos en el desarrollo del trabajo de campo, entre las principales técnicas aplicadas se encuentra la bibliográfica, documental con lo referente al material informativo recopilado para el presente trabajo de investigación, así también se encuentra aplicada la técnica estadística para lo relativo al cálculo, tabulación y elaboración de cuadros y gráficas y la interpretación de la legislación guatemalteca, la presentación y análisis de los resultados de trabajo de campo.

CAPÍTULO I

1. La jurisdicción voluntaria

Cuando en la antigüedad se quería dotar de un título jurídico a determinadas actuaciones particulares, los interesados acudían al Juez fingiendo una contienda sobre el acto o negocio que habían constituido. Posteriormente la parte demandada se allanaba a las pretensiones de la parte demandante y entonces ambas partes obtenían una decisión judicial que incorporaba a su acuerdo efectos de los cuales ellos mismos no les podían dotar.

En la evolución de esta figura ha desaparecido radicalmente la ficción contenciosa y se han incorporado funciones de verificación y control confiadas a jueces, notarios y autoridades administrativas. Podemos ver entonces que esta verificación y control es la que ha pasado a manos principalmente de notarios que le dan forma a las diversas manifestaciones de intereses que pueden tramitarse en virtud de normas legales por la vía notarial, lo cual desde luego no dejan de tener parte los órganos jurisdiccionales y administrativos dependiendo del caso de que se trate.

En la mayoría de las veces, lo que hace la autoridad que le corresponda intervenir en estos asuntos, en caso de contienda es que completa la labor que ha llevado a cabo el notario en cuanto a que en determinado caso se cumple con algún requisito que aparece dentro de la propia norma, pero por divergencia o por así considerarlo conveniente los interesados o el notario lo hacen del conocimiento o lo envían al órgano jurisdiccional correspondiente.

Aunque se tiene por ley, acudir a órganos administrativos para garantizar el cumplimiento de requisitos indispensables o la adecuada defensa de los menores o de la familia según el caso, la intervención del órgano jurisdiccional no siempre se hace necesaria, ya que en la mayoría de este tipo de diligenciamiento el notario actúa bajo su más estricta responsabilidad.

1.1. Antecedentes

Según lo indica el licenciado Nery Roberto Muñoz en su obra *La Jurisdicción Voluntaria Notarial* "...los primeros asuntos de Jurisdicción Voluntaria ante notario o en sede notarial, fueron la declaración de unión de hecho ante notario y el matrimonio notarial. El Estatuto de las uniones de hecho, contenido en el Decreto 444 del Congreso de la República, se promulgó el 29 de octubre de 1947, en el que se reguló y se permitió a las parejas que hicieran constar ante notario su unión de hecho. Este Decreto fue derogado y actualmente tal regulación aparece en el Código Civil. (Decreto Ley 106).¹

"Posteriormente el seis de febrero de 1957 se emitió el Decreto No. 1145 del Congreso de la República que facultó a los notarios para celebrar matrimonios. La autorización de un matrimonio por notario, la encontramos como antecedente histórico en Francia en 1698, donde Enrique IV por el Edicto de Nantes, estableció que los no católicos podían contraer matrimonio de acuerdo a su secta.

A raíz de esto el magistrado francés Gilbert Gaumín, contrajo matrimonio ante notario por escritura pública, en la cual él y su esposa declaran contraer matrimonio y tenerse en lo sucesivo como marido y mujer."²

"Este tipo de matrimonio se hizo popular y los no católicos se casaban ante notario, se les llamó "matrimonios a la Guamine".³

El licenciado Nery Muñoz, en su obra *la Jurisdicción Voluntaria Notarial*, indica que los motivos para la inclusión de la figura del matrimonio civil en el Código Civil de 1877, fueron entre otros, para que los no católicos pudieran contraerlo, en virtud que anteriormente existía el matrimonio religioso, posteriormente en el año de 1957 fue autorizado que el matrimonio civil fuera celebrado por notario.

1 Muñoz, Nery Roberto. *Jurisdicción voluntaria notarial*. Pág. 5.

2 *Ibíd.*

3 *Ibíd.*

Es necesario mencionar que tanto en la unión de hecho como en el matrimonio civil, se modifica el estado civil, por lo que entonces son a los notarios a los que se les da la potestad de declarar sobre el estado civil de las personas cuando éstas voluntariamente se lo requerían.

Por medio de los Decretos Leyes números 106 y 107 del año 1963, se emiten el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil actuales en los cuales se reguló de manera más detallada sobre el matrimonio, la unión de hecho e identificación de personas, así mismo por medio del Código Procesal Civil y Mercantil se amplió la actuación del notario para los asuntos de Jurisdicción Voluntaria, al regular lo relacionado a procesos sucesorios, intestado y testamento, identificación de tercero, notoriedad y subastas voluntarias.

Posteriormente se amplió el campo de acción de la Jurisdicción Voluntaria con la promulgación del Decreto número 54-77 del Congreso de la República “Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria”; con esta ley se estaba buscando principalmente evitar el recargo de volumen de trabajo de los tribunales de la república, la necesidad de ampliar el campo de aplicación de la jurisdicción voluntaria, que los notarios colaboraran con los tribunales a la instrumentación de los actos procesales por medio de su fe pública de que gozan y principalmente ampliar la función del notario a fin de que pueda llevar a cabo los distintos actos en los que no hay contención, con lo cual se está facilitando los actos de la vida civil.

Una de las cuestiones importantes dentro de la tramitación de los asuntos de jurisdicción voluntaria es que en cualquier fase en que se encuentren las actuaciones pueden acudir a la vía judicial o extrajudicial según convenga a sus intereses.

1.2. Conceptos

Si nos remitimos a lo que dice el diccionario de la lengua española veremos que no se refiere a que el procedimiento sea llevado por notarios sino dentro del ámbito judicial con la característica fundamental de ser no contradictorio, al decir: “Aquella en que, sin juicio contradictorio, el juez o tribunal da solemnidad a actos jurídicos o dicta resoluciones rectificables en materia civil o mercantil.”⁴

1.3. Naturaleza jurídica

Como en la mayoría de instituciones relacionadas al derecho en general siempre nos encontramos que existen diversos pensamientos en el sentido de determinar la naturaleza jurídica de los mismos y desde luego en el caso de la jurisdicción voluntaria no es la excepción, de tal manera trataremos de hacer un análisis a la luz de esas corrientes, en ese orden de ideas vemos que el punto toral de esta relación se centra entre la actividad del órgano que interviene y el juego de la norma jurídica en cuya base se constituye la situación o relación pretendida por los interesados.

Según lo antes citado entonces podemos distinguir tres aspectos importantes para entender la forma en que se produce el juego regulador de la norma jurídica, así tenemos que:

La integración de las normas se desarrollan de una manera directa, es decir, que cada vez que en un asunto real se dan las características y condiciones previstas para las disposiciones de que se trate, actúa entonces directamente su consecuencia jurídica, sin necesidad de que intervenga un órgano jurisdiccional en ninguno de sus procedimientos. La intervención del órgano jurisdiccional sería nada mas en el supuesto caso de que en el transcurso del proceso se diesen controversias sobre los

⁴ Diccionario de la lengua española, Tomo II, Pág. 575.

hechos que dieron origen al derecho o cuando no pueden realizarse pacíficamente las facultades que de éste se deriven.

La incorporación de una regulación cuya aplicación se haya condicionada al resultado de un proceso, esta situación tomando en cuenta que en el supuesto caso de controversias dentro del un trámite de jurisdicción voluntaria quién debe concluir o verificar aspectos de esas controversias es el órgano jurisdiccional competente.

La verificación del cumplimiento de los requisitos y disposiciones que deben regirse para la tramitación en sí de una situación tramitada en jurisdicción voluntaria, tal el caso de: a) que se realicen dentro del proceso las condiciones contempladas en el supuesto hecho de un precepto para que los sujetos puedan aspirar a constituir la situación o relación que en el se esté tratando, b) que el órgano jurisdiccional verifique el cumplimiento de los requisitos, valore la conveniencia del nacimiento de la situación o relación que se pretende según los términos que expresa la norma; c) una de los aspectos importantes dentro de esta situación es lo relacionado a que el órgano jurisdiccional que intervenga pueda certificar la constitución del estado o negocio que ha nacido en virtud del trámite correspondiente.

En nuestro país tenemos que algunos casos tramitados por medio de notario deben requerirse de opiniones de la Procuraduría General de la Nación, previo a que se sigan tramitando los demás aspectos para la conclusión de una situación de jurisdicción voluntaria, esta situación ha sido vista por algunos notarios como el control que debe ejercer el mismo Estado para que los derechos y obligaciones de los gobernados no sean violentados y sobre todo el control de los diversos aspectos relacionados al cumplimiento de los requisitos mínimos requeridos en esta clase de trámites.

1.4. Principios fundamentales

La Ley Reguladora de la Tramitación notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, trae dentro de las disposiciones generales cuales son los principios fundamentales de la misma y los cuales se explican así:

1.4.1. Principio de consentimiento unánime

La importancia de este principio radica esencialmente en el consentimiento unánime que debe existir en los interesados en resolver un asunto por medio del trámite de jurisdicción voluntaria para que este pueda llevarse a cabo, con lo cual quiere decir entonces que en cualquier momento de la tramitación por esa vía y que uno de los interesados no esté de acuerdo o en oposición el notario debe de abstenerse de en seguir llevando el proceso por esa vía y entonces debe acudirse forzosamente a la vía judicial para que se resuelva el asunto, en este caso entonces si no hay consentimiento el notario no puede seguir actuando y por lo tanto no es un trámite de jurisdicción voluntaria sino mas bien de tipo contencioso.

En el caso de pasar el proceso a la vía judicial el notario tiene derecho a que se le reconozcan los honorarios pactados o según lo disponga el arancel, tal y como lo manda el último párrafo del Artículo uno del Decreto número 54-77, pero compartimos el criterio sustentado por notarios entrevistados en cuanto a que de pasar el proceso a la vía judicial deben cobrarse honorarios únicamente por la parte proporcional en la que se encuentre el trámite al momento de interrumpirse por la vía notarial.

1.4.2. Principio de actuaciones y resoluciones

El Artículo dos Del Decreto 54-77 dice textualmente:

Artículo 2.- “Todas las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de carácter discrecional, pero debiendo contener: la

dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte, y la firma del notario. Los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario.”

Debe tomarse en cuenta que estamos hablando de actuaciones del notario las cuales definitivamente las debe fraccionar en actas notariales que desde luego deben cumplir con los requisitos exigidos por el Código de Notariado en los Artículos 60, 61 y 62 y es de indicar que deben contener tales requisitos tomando en cuenta que dentro de estas actas los requirentes presentan y ofrecen pruebas, además que están solicitando de la actuación del notario para que realice el trámite y diligenciamiento del asunto requerido.

Así lo dictan estos Artículos para el caso de las actas notariales al dictar textualmente:

Artículo 60.- El notario, en los actos en los que intervengan por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten.

Artículo 61.- EL notario hará constar en el acta notarial: el lugar, fecha y hora de la diligencia, el nombre de la persona que lo ha requerido; los nombres de las personas que además intervengan en el acto; la relación circunstanciada de la diligencia; y el valor y número de orden del papel sellado en que estén extendidas las hojas anteriores a la última.

En los protestos, inventarios y diligencias judiciales, observará las disposiciones especiales determinadas por la ley, para cada caso, sin que sea obligatoria la concurrencia de testigos.

Artículo 62.- El notario numerará, sellará y firmará todas las hojas del acta notarial.

En cuanto a las resoluciones notariales el legislador las estableció de carácter discrecional, pero plasmó que tienen que cumplir como mínimo con los siguientes requisitos: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte, la firma del notario.

1.4.3. Principio de colaboración de las autoridades

Este principio se explica con relación a que cuando los requirentes no presentan toda la documentación necesaria en cuanto a datos e información necesaria para la tramitación de un asunto de Jurisdicción Voluntaria entonces es el notario el que acude a solicitar la colaboración de las autoridades, que de no prestar la misma requiriéndosele por tres veces puede el notario acudir al juez de primera instancia jurisdiccional para apremiar lo requerido, tal y como lo dicta el Artículo tres del Decreto número 54-77 del Congreso de la República.

En la práctica por lo general es el requirente quien presenta la documentación y datos necesarios al notario para que se agilice la tramitación de su asunto, que es una de las funciones de la creación de la vía de tramitación en jurisdicción voluntaria, no obstante lo anterior de no contar con los requisitos o pruebas suficientes es el notario quien hace esa labor solicitando para el efecto la colaboración de las autoridades.

1.4.4. Principio de audiencia a la Procuraduría General de la Nación

Lo que este principio dicta es que en los casos en los que la ley obliga a enviar los expedientes a la Procuraduría General de la Nación y en los que el notario considere necesaria dicha opinión, debe tomar en cuenta que si este dictamen fuera negativo, debe entonces previa notificación a los interesados enviar el expediente al órgano jurisdiccional competente para la continuación del trámite y desde luego su resolución final.

1.4.5. Principio de ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite

Por medio de este principio se da la opción de que en cualquier fase que se encuentre un trámite de jurisdicción voluntaria, pueden los interesados acogerse o convertir el trámite en judicial o notarial según sea la circunstancia, la más común es que de trámite notarial se convierta en trámite judicial.

1.4.6. Principio de inscripción en los registros

El Artículo seis. Del Decreto 54-77 dice: Artículo 6.- “Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la certificación notarial de la resolución, o fotocopia o fotostática auténtica de la misma. Tal reproducción o reproducción será enviada en duplicado, por el notario, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado.”

El procedimiento para la inscripción en los registros públicos es que cuando se emiten las resoluciones finales por parte de los notarios estos emitan las certificaciones y las envíen a los registros que correspondan de conformidad con lo que establezca la ley, teniendo eso si, el cuidado de expedir dichas certificaciones en duplicado ya que este sirve para el archivo de los registros y el original se devuelva razonado por el registrador en la que se hace constar la operación que se ha efectuado en los libros correspondientes del registro que corresponda.

1.4.7. Principio de remisión al Archivo General de Protocolos

La dependencia administrativa que lleva el control de los notarios es la Dirección General de Archivo de Protocolos, quien según lo dice la ley dispondrá la forma en la que archivará los mismos, es necesario indicar que lamentablemente los notarios no envían los expedientes finalizados sino mas bien los mantienen en sus oficinas por lo que incumplen con esta norma, esta situación debe normarse concretamente e imponiendo una sanción pecuniaria para la obligación de dicho procedimiento.

1.5. Características

Aunque existen varios autores que se refieren a las características de la jurisdicción voluntaria seguimos el criterio sustentado por Nery Muñoz citando a Luís Felipe Sáenz Juárez, en su obra La Jurisdicción Voluntaria, al decir que ésta tiene dos notas características de la misma, así:⁵

- La de proteger y asegurar los derechos privados de los particulares, y
- No hay partes contrapuestas.

Mientras que Nájera Farfán citado por Nery Muñoz, dice que las características de la Jurisdicción Voluntaria son:⁶

- Se ejerce intevolentes, o sea que se debe a concurrencia voluntaria de parte o se desarrolla entre personas que están de acuerdo.
- Su procedimiento carece de uniformidad y repetición, acomodándose a la naturaleza de los actos que la provoca.
- La prueba que se rinde no está sujeta al requisito de citación.
- La necesidad de acudir a la Procuraduría General de la Nación, cuando pudieran resultar afectados intereses públicos o se haga relación a personas incapaces o ausentes;
- La resolución final no puede impugnarse mediante casación, y
- Las resoluciones no pasan en autoridad de cosa juzgada, lo que abre la posibilidad de su revisión en la vía contenciosa.

Estas características son las que han llevado a que se le denomine como tramite de jurisdicción voluntaria a las diligencias de esta vía, pero en nuestra opinión es un tramite meramente administrativo, que si bien en determinados procedimientos se le da

5 Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 3.

6 *ibíd.*

audiencia al órgano jurisdiccional correspondiente este no es más que parte del proceso en general para llegar a la legalización de los asuntos autorizados por la ley para diligenciarse y concluirse por medio de un notario.

1.6. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

La jurisdicción puede verse desde dos puntos de vista contenciosa o voluntaria, dependiendo de que se ejerza en función de la contradicción de las partes o en función de que la intervención del órgano jurisdiccional ocurra con el objeto que éste le dé autenticidad al acto o verifique el cumplimiento de requisitos formales o legales según el caso.

1.6.1 Jurisdicción contenciosa

Se dice que esta es contenciosa cuando no existe acuerdo en un asunto de interés jurídico y por lo tanto deben concurrir a juicio para dirimir por medio de una sentencia el mismo. Es importante hacer notar que no obstante que los intereses y voluntades de las partes se encuentran accidentalmente en armonía no por ello deja de pertenecer a la jurisdicción contenciosa la sentencia.

Por lo indicado en el apartado anterior vemos que siempre que haya un poder de demandar a una de las partes lo que la otra exige de ella estaremos en el campo de la jurisdicción contenciosa.

Una característica importante de la jurisdicción contenciosa es que una de las partes acude ante el órgano jurisdiccional contra su voluntad, por no hallarse de acuerdo con las pretensiones del demandante.

Esta misma circunstancia se puede dar en el caso que ambas partes se encuentren de acuerdo y que por lo tanto estén de acuerdo sobre los hechos y derechos alegados;

esto en virtud que el o los asuntos no dependan de la voluntad de ellos, sino del carácter mismo del asunto o asuntos de que se trate.

1.6.2 Jurisdicción voluntaria

Se dice que la jurisdicción es voluntaria, porque la intervención del juez se solicita sin que exista controversia entre los actores, es decir, no se lesiona, no se perjudica a terceros, con el ánimo de obtener la autorización judicial con un fin ulterior. Importante es indicar que en este tipo de jurisdicción no existe conflicto de intereses y por lo tanto al darle intervención al órgano jurisdiccional competente es únicamente para satisfacer exigencias de orden público.

1.7 Diferencias entre jurisdicción judicial contenciosa y voluntaria

1.7.1. Jurisdicción contenciosa

- El juez actúa con conocimiento legítimo, por lo tanto emite una sentencia que llega a tener un valor de cosa juzgada
- Se dicta una sentencia.
- Existe un actor y un demandado.
- Se resuelve un litigio.

1.7.2. Jurisdicción voluntaria

- El juez actúa con conocimiento informativo, el pronunciamiento es de carácter enunciativo, por lo tanto carece de valor de cosa juzgada y desde luego puede ser objeto de revisión.
- Se dicta solo una resolución.
- Existen uno o varios solicitantes o interesados.
- Se previene una litis.

1.8. División

La jurisdicción voluntaria la doctrina la ha dividido en dos ramas bien determinadas las cuales son:

1.8.1. Jurisdicción voluntaria judicial

Como lo dijimos con anterioridad la doctrina admite dos clases de jurisdicción, siendo estas la contenciosa y la voluntaria, al hablar de la primera corresponde a la función que realiza el órgano jurisdiccional al dirimir un conflicto que se suscita entre las partes, mientras que la jurisdicción voluntaria en la cual se limita a integrar y constituir las concordancias de determinadas relaciones jurídicas privadas.

1.8.2. Jurisdicción voluntaria extrajudicial o notarial

En la actualidad es la mas utilizada para dirimir situaciones en las cuales las partes saben de antemano cuales son sus hechos y derechos y por lo tanto no acuden a un órgano jurisdiccional sino ante un notario para salvar de manera rápida y sin mayores trámites los mismos.

Como lo hemos dicho en este procedimiento es el notario quien da fe de actos y negocios jurídicos en los que interviene por disposición de la ley o actúa por requerimiento de parte; es aquí en donde aparece la función notarial y hace que este procedimiento lo diferenciamos en judicial o extrajudicial o notarial.

Nuestro ordenamiento jurídico y específicamente la Ley Reguladora de Tramitación notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Decreto 54-77 del Congreso de la República) es quien regula esta actividad, pero debe tenerse en cuenta también lo indicado en el Código procesal Civil y Mercantil vigente, quien por su parte regula también dichos asuntos.

Entonces decimos que la jurisdicción voluntaria extrajudicial o notarial es la facultad o potestad de que goza el notario como representante del Estado de Guatemala para darle forma y fuerza jurídica a los actos y manifestaciones de voluntad que en forma privada le solicitan y a los cuales le confiere eficacia en virtud de la fe pública de que goza.

1.9. Aspectos importantes para la aplicación de la jurisdicción voluntaria

Si tomamos en cuenta los diversos asuntos en los cuales la ley guatemalteca permite que se llegue a un arreglo notarial por así decirlo este arreglo solo es posible llevarlo a cabo si se han llenado ciertas normas o requisitos que se convierten en indispensables para tramitarse por medio de jurisdicción voluntaria, entonces podemos diferenciar tres aspectos importantes los cuales son:

Las disposiciones que permiten el nacimiento, modificación o extinción de una relación o situación o relación jurídica y lo más importante solo es factible promover en trámite de jurisdicción voluntaria cuando una de estas circunstancias está contenida dentro del ordenamiento jurídico de la ley nacional.

Los requisitos o pasos previos que ordenan el expediente por medio del cual se tramita la solicitud de lo pretendido.

Las normas que establecen los requisitos que deben concurrir para que pueda constituirse en forma válida lo pretendido.

Para explicar lo anterior vemos que definitivamente para que se pueda promover un asunto por la vía notarial por el trámite de la jurisdicción voluntaria es necesario que este esté contenido dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, es decir, el notario está amparado por una parte a lo que establece la ley misma, pero al mismo tiempo como en el caso de algunos trámites de jurisdicción voluntaria está obligado de requerir

dictámenes o resoluciones del órgano jurisdiccional correspondiente o de órganos administrativos como el caso de la Procuraduría General de la nación.

Mientras que en el aspecto de los procedimientos propiamente dichos deben tomarse en cuenta que cada uno de ellos debe solventarse tal y como está constituido por el ordenamiento jurídico correspondiente, ya que de lo contrario de no solventarse adecuadamente tanto el órgano jurisdiccional que corresponda o órgano administrativo está facultado para negar dar una opinión o resolución sobre dicho trámite.

El cumplimiento de los requisitos requeridos para la aprobación de un trámite de jurisdicción voluntaria es verificado entonces por los órganos jurisdiccionales o administrativos en forma indirecta al requerirles la opinión o resolución correspondientes, clara que esta norma no está directamente dicha dentro del marco jurídico, pero deben llevarse a cabo previo a dictar sus resoluciones u opiniones.

1.10. Necesidad de la prueba

La norma general dicta que la necesidad de la prueba es ineludible sea cual fuere la naturaleza del proceso que se trate y en el caso que nos ocupa, la jurisdicción voluntaria requiere la necesaria presentación de prueba no importando que es esta no exista controversia, sino que por lo general concurre el o los interesados, pero de igual forma les corresponde demostrar todos los hechos en los que funden sus pretensiones o proposiciones y en el caso del tema que nos ocupa podemos decir que si se tratara de una solicitud para la disposición y gravamen de bienes de un menor, el interesado debe de probar en forma documental los supuestos en los que basa su solicitud.

Con lo anterior vemos pues que sin importar la clase del proceso del que se trate quien pretenda algo debe probar en que base su pretensión y desde luego para garantizar la transparencia de su actuar.

1.11. Eficacia de las resoluciones emitidas al amparo de la ley de asuntos de tramitación en jurisdicción voluntaria

La eficacia que se les da a las resoluciones emitidas por los notarios en función de un trámite de asuntos de jurisdicción voluntaria causa efectos en las diversas circunstancias de la vida jurídica de una persona tanto en la rama civil, penal, administrativa o de otra índole.

Esta eficacia puede verse entonces desde dos puntos de vista, que las resoluciones emitidas por cuestiones de trámites de asuntos de jurisdicción voluntaria no son sentencias, ni pueden ser asimiladas en sus tratamientos como tales y que estas constituyen documentos públicos de carácter especial.

Si tomamos en cuenta que las sentencias resuelven asuntos que han sido sometidos a la jurisdicción de un tribunal pero por asuntos de carácter litigioso, mientras que las resoluciones emitidas al amparo de un trámite de asuntos de jurisdicción voluntaria son el resultado de las voluntades en común de un acuerdo y que por lo tanto no causa el efecto de cosa juzgada, ni mucho menos de ejecutarse.

Mientras que si nos referimos a las resoluciones emitidas al amparo del trámite por medio de jurisdicción voluntaria se convierten en documentos de carácter especial porque incorporan manifestaciones de voluntad y dan fe de hechos y comportamientos de los que pueden derivarse negocios jurídicos concretos. Con ellas podemos probar la existencia de estos negocios jurídicos sin la necesidad de acudir ante el órgano jurisdiccional ya que deben tenerse por legales pero esta fase se hace difícil si es por esa vía.

Para poder realizar cualquiera de los procesos legalmente autorizados de la jurisdicción voluntaria uno de los actores principales es el notario en virtud de lo cual presentamos en el siguiente capítulo un pequeño repaso sobre dicho profesional del

derecho en cuanto a sus aspectos más relevantes en relación a su razón de ser como tal.

CAPÍTULO II

2. El notario

2.1. Conceptos

EL Diccionario Ilustrado de la lengua española al definir al notario dice: “Funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes. El que escribía al dictado.”⁷

Mientras que el autor español Pedro Ávila Álvarez, citando el Artículo uno de la Ley Notarial española define al notario así: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”⁸

Asimismo tenemos que en varios eventos a nivel internacional han intentado dar una aproximación del concepto de notario, de esos eventos tenemos los siguientes conceptos:⁹

Congreso de Buenos Aires, Argentina, de 1945: “El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”¹⁰

III Congreso de Perú, de 1954: “Los notarios son los profesionales del derecho más próximos a la vida por su situación en el punto de confluencia de las leyes y de los hombres. Esta situación les impone ser un elemento vivificante en la sociedad; en sus

7 Diccionario ilustrado de la lengua española. Pág. 684.

8 *Ibid.*

9 Ávila Álvarez, Pedro. *Derecho notarial*. Pág. 3.

10 <http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml>

11 *Ibid.*

relaciones con quienes les depositan en ellos su confianza, deben humanizar las normas jurídicas y adoptar la contratación a las necesidades de los particulares... “¹¹

IV Congreso de Brasil, de 1956: “El notario latino por el hecho de estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como un asesor de las partes en cuanto a ella; además, ante su oscuridad, sin contradicciones y sin omisiones, el está llamado a aclararla e interpretarla. El notario latino da vida a la ley y esta vida es la expresión tanto de la voluntad del legislador como de las partes. Debe saber adoptarse tanto a los casos particulares como a las situaciones creadas por la evolución económica y social del país en que actúa”.¹²

VII Congreso de México, de 1965: “Como profesional del derecho la función asesora del notario abarca todos los aspectos relaciones con el negocio que las artes le someten. El asesoramiento en materia fiscal incluye e ilustra acerca de las diversas formas jurídicas que pueda resultar mas adecuadas para el logros de los fines lícitos que se proponen alcanzar conciliando los intereses de las partes en el reparto equitativo de la carga fiscal; el probable alcance del impuesto, los riesgos y dificultades que puedan resultar de una calificación diversa y las consecuencias tributarias futuras derivadas del negocio. Su actividad asesora no tiene mas límites que lo lido”.¹³

X Congreso de Montevideo, de 1969: “El notariado debe realizarse con espíritu de reafirmación en sus líneas institucionales: 1) De profesionales del derecho que ejerzan una función pública en su triple función asesora, configuradora y autenticadora; 2) Con la convicción de que la permanencia de esas líneas institucionales constituye la cumplida garantía que lo habilita del modo más idóneo para realizar la seguridad y certeza que el Estado y la sociedad le tienen confiado”.¹⁴

XI Congreso Atenas, de 1971: “...reitera la necesidad de que el notariado preste atención a las modificaciones vertiginosas que se operan en el mundo y a los adelantos

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid.

de la técnica en cuanto puedan influir sobre su quehacer, a fin de adaptarse, en lo necesario, para prestar su función de servicio....”¹⁵

XII Congreso Buenos Aires, de 1973: “...la necesidad de la intervención de una persona investida de la función pública, competente e imparcial en todo tipo de contratación aún y sobre todo cuando una de las partes sea una persona u organismo público. Que la única persona idónea para cumplir esta función en una forma adecuada es el notario, dado que él es garantía de imparcialidad y competencia científica”.¹⁶

XIV Guatemala, de 1977: “...la importancia primordial del documento notarial de cuya función el notario es protagonista en cuanto se refiere a su estructura formal ya su contenido jurídico en cuya elección a los fines de la consecución de los resultados queridos por las partes, el notario concurre, cumpliendo así su propio deber de libre profesional altamente calificado como la gula jurídico e informador de las partes sobre los aspectos y las consecuencias del negocio jurídico que van a realizar”.¹⁷

De las anteriores definiciones inferimos que el notario lo podemos enmarcar con tres aspectos importantes los cuales son:

El carácter o la naturaleza de su cargo:

Se trata de un funcionario público especial que está en la capacidad de ejercer una doble función que puede ser de carácter pública o privada o ambas a la vez de acuerdo a las leyes, su actuación se rige por los particulares y desde luego retribuida por ellos.

Por su calidad de funcionario público entonces el notario está en capacidad de desarrollar su capacidad como jurista, independiente en sus funciones en las que actúa por imperativo legal o a requerimiento de parte, tiene libertad para contratarse en

15 Ibid.

16 Ibid.

17 Ibid.

función de sus honorarios o salarios, (aunque en cuanto a honorarios depende de las tarifas determinadas por la ley según las circunstancias);

El contenido de su función:

Si nos remitimos a lo que dicta la Ley Notarial guatemalteca dice que el notario es el profesional del derecho, y

La esfera de su actuación.

En función de que su función está instituida para los contratos y demás actos extrajudiciales en los que tenga participación y no solo para algunos.

2.2. Requisitos para ejercer el notariado

Según el Artículo dos del Código de Notariado, los requisitos habilitantes de naturaleza personal para ejercer el notariado son los siguientes:

- 1.- Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso dos del Artículo seis.
- 2.- Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la Ley.
- 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.
- 4.- Ser de notoria honradez.

Además de los requisitos indicados en el Artículo anterior debe cumplir con lo indicado en el Artículo 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala en cuanto a lo relacionado a la colegiación profesional obligatoria.

Importante es indicar que actualmente el procedimiento para quedar debidamente habilitado para ejercer el notariado es el siguiente:

- Inscripción ante el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.
- Inscripción ante la Corte Suprema de Justicia.
- Inscripción en el Registro General de la Propiedad de la Zona Central, así como en el Segundo Registro de la Propiedad de Quetzaltenango, según corresponda.

En cada uno de los casos anteriores se deben llenar previamente requisitos tales como la presentación de documentos de identificación personal y constancias que acrediten los títulos de Abogado y Notario, así como la presentación del sello que utilizará en el ejercicio de su profesión.

2.3. La función notarial

Para referirnos a la función notarial concretamente diremos que ésta es la actividad que realiza dicho profesional en función de la fe pública de que ha sido investido por el Estado por lo que entonces la función notarial es el que hacer notarial, como tan bien se le conoce, en cuanto al proceso de formación y autorización del instrumento público.

Está claro que en nuestro país al notario no se le reconoce como un funcionario público, sino más bien es reconocido como un profesional del derecho investido de fe pública por parte del mismo Estado para prestar una función pública.

Para una mejor comprensión presentamos lo que dice el autor José González Palomino: “La función notarial es una función pública de carácter administrativo, que consiste en dos formas de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad en ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el notario, hecha en el momento mismo en que son para el evidencias por su

producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas”.¹⁸

Consideramos también que si la función notarial es aplicada conforme a lo que indique la ley o a requerimiento, se identifican concretamente cinco naturalezas de la misma las cuales se citan así:

- El carácter de la ley, al establecer y precisar cual es la acción y forma que el notario debe desempeñar y de que manera les ha de desarrollar para que los actos y negocios en que intervenga tengan certeza y seguridad jurídica;
- Los fines de los actos y negocios jurídicos en los que interviene procurándoles seguridad, valor y permanencia o de derecho;
- Los objetos materiales de los actos y negocios reguladores de las intervenciones de las personas, en lo individual o en lo colectivo, que conllevan su interés jurídico, patrimonial o extrapatrimonial;
- Las operaciones de ejercicio en actos y negocios jurídicos a través de la interpretación, configuración, autenticación, autorización o resguarda, y
- El medio subjetivo, configurado por el notario que actúa e interviene en los actos y negocios jurídicos.

Como vemos las actividades que desarrolla el notario en su función notarial son una diversidad por lo que estas funciones las podemos resumir de la siguiente manera:

- **Función receptiva**

Cuando hablamos de la función receptiva nos referimos a la actividad que desarrolla el notario cuando son solicitados sus servicios, recibe de sus clientes en términos sencillos la información tal y como se habla comúnmente.

¹⁸ González Palomino, José. *Instituciones de derecho notarial*. Tomo I. Pág. 116.

- **Función directiva o asesora**

En esta función el notario en su calidad de jurista, está en la capacidad de asesorar o dirigir a sus clientes cuando estos le solicitan de sus servicios notariales o de cualquier otra índole legal, en cuanto a algún negocio que pretendan celebrar, entonces está en la capacidad de dirigirlos o aconsejarlos según las circunstancias.

- **Función legitimadora**

Una de las funciones del notario es la de ser legitimador en cuanto a que las partes efectivamente sean los titulares del derecho o derechos de que se esté tratando y por lo tanto está en la obligación de calificar la representación en los casos en que intervenga, la cual a su juicio debe ser suficiente, tal y como lo determina el Artículo 29 numeral quinto Del Código de Notariado.

- **Función modeladora**

En esta actividad lo que el notario hace es que le da forma legal a la voluntad de las partes, en cuanto a que según la norma o normas que pueda aplicarse para el negocio de que se trate le aplica la ley según su juicio jurídico.

- **Función preventiva**

Cuando el notario esta redactando el instrumento, también está en la obligación de prevenir a los interesados de las circunstancias legales que puedan venir en el futuro si se dan circunstancias que no le han sido confiadas y puestas en su conocimiento, de esta forma les advierte de posibles conflictos que puedan darse en el futuro.

- **Función autenticadora**

Cuando el notario estampa su firma y su sello, es cuando está dotando al instrumento de la autenticidad que este requiere para ser validamente aceptado, por cuanto con la fe pública de que ha sido investido por parte del Estado le da certeza jurídica, mientras no se pruebe lo contrario, tal y como lo determina el Artículo 186 del Código procesal Civil y Mercantil vigente en nuestro país.

2.4. Forma documental

En virtud de la fe pública de que está investido el notario y en función de su intervención o actuación en la interpretación, configuración, autenticación, autorización y resguardo según el caso de aquellos actos y negocios en los cuales ha participado, es importante la elaboración de un documento en el cual se deje constancia y sobre todo que adquiera certeza y seguridad jurídica para el eficaz cumplimiento de los mismos en un tiempo futuro y garantizar derechos u obligaciones.

Lo anteriormente explicado se entiende de una mejor manera en la definición que sobre el tema hace Francisco Martínez Segovia al decir: “Todo escrito original o reproducido, que con uno de los objetos de la función notarial, es autenticado o autorizado por notario y resguardado por él, conforme a la ley en su organización, procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función notarial”.¹⁹

Con la definición anterior se está diciendo que es el notario quien le da seguridad, valor y permanencia por medio del faccionamiento notarial al acto o negocio en el que haya tenido intervención por rogación o por requerimiento de la ley.

¹⁹ Martínez Segovia, Francisco. **Función notarial (Estado de la doctrina y ensayo conceptual)**. Pág. 22

2.5 Fines del documento notarial

En nuestra opinión pueden determinarse claramente tres fines importantes del documento notarial, los cuales se pueden identificar así:

- Servir de prueba preconstituida, con lo cual queremos decir que la prueba escrita está en el instrumento y de necesitarse lo único que tiene que hacerse es presentarlo para hacer valer derechos, pero también no solo es para probar un hecho o un derecho, sino para hacer prueba de tener la titularidad de derechos.
- Se le da forma legal al contrato o documento, ya que tratar de hacer valer lo pactado verbalmente tienden a desaparecer los derechos con la falta de los contratantes y por el incumplimiento de la palabra dada o comprometida; aquí es donde se nota el verdadero fin del instrumento público en cuanto que entonces se le da forma al acto o negocio jurídico haciéndolo existir en forma estructurada y jurídicamente y volviéndose en prueba preconstituida, como se indica al inicio.
- Se le da eficacia al acto o negocio jurídico, como se indica en los numerales anteriores la prueba y la forma hacen que dicho instrumento jurídico por si solo proyecte su eficacia jurídica hacia el futuro; que será cuando a su presentación surtirá el o los efectos deseados para hacer valer un hecho o un derecho según las circunstancias.

2.6. Características del instrumento público

Con base a los fines indicados en el apartado anterior podemos inferir las características importantes del instrumento público, encontrando dentro de ellas las siguientes:

- Garantía, en cuanto a que se le está dando la certeza de que el o los actos establecidos dentro del instrumento público se harán cumplir en el caso de hacer falta, lo cual se garantiza por la intervención del notario en dicho instrumento;
- Credibilidad, en cuanto a que lo que consta en el documento es para todos y contra todos, por cuanto que por el simple hecho de la presentación del documento es suficiente prueba para que se considere como cierto el hecho o el derecho y sobre todo garantizar la veracidad de su contenido;
- Firmeza, esta característica es importante ya que no hay manera que dicho instrumento pueda ser reformado por ninguna autoridad, a menos que sean los que intervinieron en la elaboración del mismo, lo anterior en cuanto a que una vez plasmado en la voluntad de las partes en cuanto a actos o hechos o derechos y obligaciones tiene plena validez en todo su contenido y si en determinado caso pudiere ser atacado de nulidad y de ser dejado sin efecto quedaría sin efecto en todo su contenido y en todo caso no es reformable.
- Ejecutoriable, en el caso que el acreedor puede exigir o reclamar al deudor el cumplimiento de una obligación, en el caso de incumplimiento y obtener por medio de la fuerza ejecutiva su cumplimiento por la misma ejecutoriabilidad que el mismo documento conlleva.
- Fecha cierta, en virtud que dentro del mismo documento se consigna las posibilidades de inicio y término para los hechos o actos jurídicos que en ellos se plasmen.
- Seguridad, en cuanto que el mismo se encuentre en manos del notario, a menos que se trate de copias en poder de terceros, pero mientras que se encuentre en poder del notario se tiene la seguridad de la custodia de los mismos.

De importancia primordial resulta mencionar también que uno de los instrumentos con los que el notario se vale para dejar constancia de los hechos y los actos que presencia son las actas notariales, las cuales según la ley deben llenar todos los requisitos legales para que tengan validez, y desde luego que en estas se deja plasmada la fe pública y que tiene la validez, fines y características de los instrumentos públicos, tal y como lo indican los Artículos 60 , 61 y 62 del Código de Notariado cuando habla de las actas notariales al decir textualmente:

Artículo 60.- El notario, en los actos en los que intervengan por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten.

Artículo 61.- EL notario hará constar en el acta notarial: el lugar, fecha y hora de la diligencia, el nombre de la persona que lo ha requerido; los nombres de las personas que además intervengan en el acto; la relación circunstanciada de la diligencia; y el valor y número de orden del papel sellado en que estén extendidas las hojas anteriores a la última.

En los protestos, inventarios y diligencias judiciales, observará las disposiciones especiales determinadas por la ley, para cada caso, sin que sea obligatoria la concurrencia de testigos.

Artículo 62.- El notario numerará, sellará y firmará todas las hojas del acta notarial.

Como lo indican los Artículos anteriores se le está facultando al notario para que él le dé la forma que considere necesario a las actas que facione a requerimiento de parte o por disposición de la ley, además actualmente estas actas ya no se levantan en papel sellado, sino que en papel bond, adhiriéndoles los timbres de ley según cada circunstancia, tal el caso de actas de requerimiento del acta de requerimiento para la disposición y gravámenes de bienes de menores, como lo tratado en este estudio.

Dentro del proceso de jurisdicción voluntaria tramitándose el mismo judicial o extrajudicialmente (ante notario) es necesario tener a la vista dentro del mismo diversas actuaciones de las instituciones que se involucran en el mismo de esa cuenta tenemos la ineludible presencia de los dictámenes y principalmente del que se requiere de la Procuraduría General de la Nación.

CAPÍTULO III

3. El dictamen

De manera general se hará una breve reseña de definiciones relacionadas con el dictamen, ya que por ser este un procedimiento requerido dentro del proceso mismo de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria es importante conocer para tener una visión mas detallada sobre el mismo.

3.1. Definición:

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, nos da una definición importante sobre el dictamen al decir: "Dictamen es considerado como opinión o consejo de un organismo o autoridad acerca de una cuestión".²⁰

Mientras que Guillermo Cabanellas, define al dictamen así: "Dictamen: Opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse, etc. También se llama así al informe u opinión verbal o por escrito que expone un letrado a petición del cliente acerca de un problema jurídico sometido a su consideración. Puede decirse que el dictamen constituye la respuesta técnica a la consulta del interesado"²¹

En las dos definiciones anteriores, vemos al dictamen como una mera opinión de carácter técnico, emitido por un órgano al cual se le ha sometido un asunto determinado, para que éste externe opinión, dándonos la idea clara que el dictamen es emitido por un órgano facultado por el Estado ó por la ley para asuntos de su exclusivo menester.

20 Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales** Pág. 210

21 Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual.**, Tomo II, Pág. 713

Y para el caso que nos ocupa es importante la definición que presenta la Enciclopedia Jurídica-Española al decir del dictamen lo siguiente: “Dictamen, es el consejo que debe oírse en casos determinados sobre algunos asuntos, de autoridades o corporaciones eclesiásticas y que no hay que confundir con el consentimiento que al ser necesario, determina la existencia de la resolución que ha de adoptarse. Ya que del dictamen o consejo pueden separarse las autoridades llamadas a resolver en definitiva”.²²

Resulta importante la anterior definición, pues vemos, claramente que el dictamen no lo debemos confundir con el consentimiento, pues de lo contrario éste determinaría el nacimiento de una resolución forzosa ú obligatoria, tomando en consideración que el dictamen es un consejo, técnico, jurídico emitido por un órgano o una institución, en los casos sometidos en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en un caso en específico, y en el presente trabajo de investigación a las diligencias de la disposición de bienes de menores.

3.2. Naturaleza jurídica

En las definiciones indicadas anterior, los autores citados coinciden en determinados puntos para definir al dictamen, de esa cuenta la naturaleza jurídica del dictamen es de opinión, consejo u orientación, de carácter técnico, los cuales no tienen la necesidad de observar un formalismo estructural en su elaboración, sino más bien, se infiere, que la forma depende de la necesidad ó del asunto según sobre el cual verse el caso, es decir que el dictamen será elaborado, en determinadas circunstancias y puede tener fuerza obligatoria en algunas circunstancias, con base en alguna o algunas leyes vigentes.

No obstante el dictamen no tiene una estructura metodológica legal, generalmente se observa que en la pluralidad de casos contienen las siguientes partes:

- Antecedentes,

²² Mouton y Ocampo, Luis, **Enciclopedia jurídica-española**. Tomo XII, Pág. 182.

- Exposición de los hechos,
- Interrogantes o consultas,
- Encuadramiento dentro del marco jurídico a leyes vigentes, y
- Conclusión.

3.3. Características

Como en la mayoría de las instituciones del derecho en general para su estudio y comprensión pueden encontrarse algunas características al dictamen y dentro de ellas tenemos a las siguientes:

- Puede tener fuerza obligatoria, cuando éste es elaborado con base a ley o leyes vigentes en el país,
- Cuando el dictamen no se encuentra regulado en ninguna ley la aplicación del mismo se da en forma discrecional, es decir tomarse o no en cuenta para la resolución final para dilucidar el asunto tratado,
- El dictamen es en la mayoría de las veces completamente independiente de la opinión de quien o quienes lo hayan solicitado a requerimiento de parte o en virtud de una ley,

3.4. Objeto del dictamen

Como en la mayoría de los procesos del orden judicial, para diligenciarse los mismos deben llevar necesariamente una serie de procedimientos y en el caso de asuntos que determina la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria debe solicitarse obligatoriamente el dictamen a determinados órganos o instituciones para cubrir determinados actos y culminar el asunto de que se trate, en virtud de lo cual el objeto del dictamen en estos casos es el de que el notario en el caso que nos ocupa cuente con los elementos que le sirvan de base para tomar la decisión final y desde luego resolver el asunto que se le ha planteado, debe tomarse en

cuenta también que por tratarse en nuestra investigación de un caso en el que está en juego los

bienes de menores es así mismo el objeto que el Estado proteja los bienes y la seguridad de los menores y que no se les afecten en sus intereses.

3.5. Dictamen emitido por la Procuraduría General de la Nación

Consideramos, que el dictamen que se le solicita y efectivamente emite la Procuraduría General de la Nación, es mas bien el resultado practico y final en el ejercicio de una atribución legal conferida a ésta Institución, por una serie de leyes vigentes, que funcionan en pos de la defensa de los intereses de la nación y de los ciudadanos que en determinados casos pudieren ser objeto de violaciones en sus derechos, verbo y gracia el caso de los menores e incapaces legalmente protegidos por la ley.

El dictamen emitido por la Procuraduría General de la Nación debe ser el resultado de un estudio técnico a conciencia de las diversas normas legales que pudieren aplicársele al asunto que ha sido sometido a su consulta. Debe emitirse en consecuencia con apego a los criterios de la lógica jurídica, la objetividad del planteamiento, vincularlo a los principios constitucionales, principios de justicia, igualdad y solidaridad

En la respuesta debe tomarse en cuenta que si es un dictamen sometido a esa institución por un notario, éste desempeña el papel de funcionario del Estado y en consecuencia es el Estado mismo quien le está requiriendo la respuesta apropiada para el diligenciamiento de un asunto que interesa para mantener la armonía social del Estado mismo.

CAPÍTULO IV

4. La Procuraduría General de la Nación

Creemos importante hablar sobre la institución de la Procuraduría General de la Nación tomando en cuenta que es parte importante dentro del procedimiento para la disposición y gravamen de bienes de menores e incapaces y principalmente ejerce la representación del Estado.

4.1. Definiciones

- **Doctrinarias**

Manuel Osorio, al dar una definición de procurador dice: “El que poseyendo el correspondiente título universitario o, en algunos países, la necesaria habilitación legal, ejerce ante los tribunales la representación de las partes en un juicio, en virtud del poder o mandato que estas le otorgan a tal efecto”.²³

Mientras que para la definición de Procurador General de la Nación dice: En la Argentina se denomina así el magistrado que ejerce la Jefatura del Ministerio Público y Fiscal, y que dictamina en los asuntos que se tramitan ante la Corte Suprema de Justicia”.²⁴

Tomando en cuenta lo indicado en los apartados anteriores estamos en la condición de dar una definición doctrinaria de la Procuraduría General de la Nación, así: Es la institución que en representación del Estado actúa como su Abogado y vela por los intereses de este y de todos aquellos asuntos de su competencia de conformidad con las leyes que le son inherentes.

²³ Osorio; Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 615.

²⁴ **Ibid.**

- **Definición legal**

La definición legal de la Procuraduría General de la Nación la encontramos en el Artículo 252 primer párrafo de nuestra Carta Magna, ya que establece concretamente la esencia de la misma al decir: “PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN; La procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesora y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su Ley Orgánica”.²⁵

Compartimos la definición que propone el licenciado José Jiatz Chali, en su tesis de graduación de Abogado y Notario al decir que: “La Procuraduría General de la Nación es una institución constitucional que tiene la representación del Estado de Guatemala y las funciones de asesoría y consultoría de los órganos que lo integran. Actúa independientemente por propio impulso o a requerimiento de los órganos del Estado sin subordinación a ninguno de éstos, ni a autoridad alguna, salvo lo establecido en la ley. Sus actos deben de regirse por criterios de legalidad, imparcialidad, objetividad y fidelidad a los fines del Estado.”²⁶

4.2. Objetivos

Mencionamos a continuación los objetivos fundamentales de la Procuraduría General de la Nación y dentro de los cuales podemos mencionar principalmente a:

- Ejercer la representación del Estado;
- Sostener los derechos de la Nación en todos los juicios en los que fuera parte y de acuerdo a la política que le mande el Ejecutivo;
- Promover la oportuna ejecución de las sentencias e intervenir en ellas de acuerdo a lo encomendado por el Ejecutivo;

²⁵ Artículo 252. **Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.**

²⁶ Jiatz Chali, José Israel. **Efectos jurídicos de la derogatoria del Decreto 512 del Congreso de la República.** Pág. 37.

- Intervenir en los negocios en los que el Estado sea parte, formalizar los actos y la suscripción de los contratos que sean necesarios para la legalización de los mismos;
- Cumplir los deberes de defensa de los ausentes, menores e incapaces;
- Asesorar jurídicamente a la administración pública en todos aquellos casos en los que se le solicita consulta por mandato legal o por requerimiento de parte de las dependencias del Estado;
- Asesorar aquellos asuntos en los que sin tener intervención obligatoria, se le mande oír, externar opinión consultiva de carácter jurídico, cuando un ministerio o dependencia del Estado así lo requiera;

Como podemos darnos cuenta los objetivos principales de la Procuraduría General de la Nación son una gama diversa de situaciones que se enmarcan principalmente de la defensa de los intereses del Estado, la asesoría y consultoría de los organismos y entidades del Estado y desde luego que puede decirse que entonces su objetivo principal es el de ser el del abogado del Estado, porque protege los intereses de éste, en cualquier ámbito de que se trate y primordialmente el jurídico.

4.3. Ámbito legal en que se desenvuelve la Procuraduría General de la Nación

Esta institución basa su funcionamiento principalmente en la siguiente normativa legal:

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley Orgánica del Ministerio Público
- Decreto Ley 106 Código Civil
- Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial
- Convención Internacional de la Niñez
- Decreto 512 del Congreso de la República
- Decreto 97-96 del Congreso de la República; Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

- Otras leyes aplicables según su naturaleza

4.4. Atribuciones de la Procuraduría General de la Nación

Dentro de las atribuciones que debe ejercer la Procuraduría General de la Nación está la de ejercer la personería de la Nación, pudiendo delegar esta personería la que en todo caso deberá ser ejercitada de acuerdo con las instrucciones emanadas de la misma Procuraduría, con la condición que no obstante cualquier delegación el Procurador General podrá intervenir en cualquier momento en los asuntos tratados si las circunstancias lo ameritan en defensa de los intereses del Estado y de quienes se encuentren en el ámbito de su jurisdicción.

Las atribuciones que tienen legalmente constituidas el Procurador General de la Nación son:

- Investigar de oficio cualquier negocio en que esté interesada la nación, sugerir la forma en que tiene que procederse y solicitar instrucciones sobre el asunto.
- Recibir denuncias sobre abusos y delitos que puedan darse hacia las personas.
- Rendir los informes que les sea solicitado por el Ejecutivo.
- Representación y defensa de ausentes, menores e incapaces, dicha representación la ejercerán en la capital el jefe de la sección de procuraduría y en los departamentos el correspondiente procurador de la jurisdicción de donde se trate el caso.

4.5. Funciones

Dentro de las principales funciones de la Procuraduría General de la Nación tenemos las de:

- **Función de asesoría**

Fundamentalmente la Procuraduría General de la Nación debe asesorar y desde luego dictaminar o aconsejar en lo jurídico en el ámbito de su aplicación.

- **Función de consultoría**

En virtud de mandato legal o por así requerirlo las instituciones del Estado le solicitan a la Procuraduría General de la Nación opiniones sobre asuntos en los que se requiere la intervención del Estado mismo, entonces es cuando emite dictámenes o providencias, los cuales pueden ser entre otros para aprobar o reprobar, rectificar o modificar los dictámenes enviados por las secciones jurídicas de los ministerios y organismo del Estado en los casos en los cuales estos cuenten con departamentos jurídicos propios; aclarar dudas respecto a la legalidad o ilegalidad de algunas acciones o medidas que los organismo del Estado estén por tomar y evacuar audiencias para los trámites de los recursos administrativos que se estén tramitando contra o a favor del Estado.

- **Función de representación**

Tal como lo indica la ley le corresponde a la Procuraduría General de la Nación la representación en forma provisional de los ausentes, menores e incapaces mientras estos no tengan quien los represente en forma legítima conforme a la ley.

4.6. Importancia de la intervención de la Procuraduría General de la Nación

Por ser la Procuraduría General de la Nación la representante del Estado debe coadyuvar al cumplimiento de una las prioridades funciones del Estado la protección a la persona, tal y como lo reza el Artículo uno de nuestra carta magna al decir: "Artículo

1. Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”²⁷

Directamente creemos que la intervención de la Procuraduría General de la Nación es importante porque en los casos en los cuales ausentes, menores e incapaces no cuentan con una persona que legalmente pueda representarlos esta institución sule esa función y debe dársele intervención en los casos de Disposición y Gravamen de Bienes de menores en los casos en que los bienes estén a nombre de los menores y en virtud que ellos no pueden disponer hasta que cumplan dieciocho años de edad.

Tomando en cuenta que la mayoría de los procesos de jurisdicción voluntaria se tramitan ante notario éstos pueden caer en responsabilidades y en función de ello la ley ha contemplado la protección necesaria ante esas posibles irregularidades dejando entonces la normativa para la protección de los clientes, ante esa circunstancia a continuación presentamos las clases de responsabilidades en que podrían incurrirse en la tramitación de procesos de jurisdicción voluntaria.

²⁷ Artículo 1. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

CAPÍTULO V

5. La responsabilidad del notario

5.1. Introducción

Las actuaciones del Notario en la formalización de instrumentos públicos, ya sean estas actas notariales o escrituras públicas es la causa que hace al notario imputable a ese instrumento y no sobre el instrumento mismo, ya que las partes confiaron para su elaboración y para expresar o manifestación de voluntad en él, por lo que en el caso de error, imprudencia, negligencia, elaboración ilegal, olvido de requisitos fundamentales o cualquier otra circunstancia que haga inválido un instrumento público sería en todo caso imputable al notario, en ese orden de ideas tratamos a continuación la responsabilidad que conlleva el quehacer del notario como tal.

5.2. Doctrina de la responsabilidad notarial

Según la doctrina el notario tiene que estar preparado intelectual y moralmente para la realización de su función tal y como lo estipula la Ley, con esto evitará resultados dañosos para los particulares como para el mismo. Aquí descansa la responsabilidad notarial, que no se circunscribe a una sola, sino a un conjunto de responsabilices que darán por resultado un instrumento público válido, seguro, eficaz, evitando resultados negativos en el futuro de éste.

5.3. Definición de la responsabilidad notarial

La responsabilidad vista desde el punto de vista amplio significa: La obligación de reparar daños causados por culpa o negligencia; en ese orden de ideas es importante ver lo que nos dice el Diccionario de la Lengua Española al definirla así: “Deuda, obligación de reparar o satisfacer por sí o por otro, a consecuencia del delito, o por una

culpa o de otra causa legal. Cargo u obligación que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”.²⁸

Las necesidades de la existencia de las responsabilidades y sus sanciones atienden a la dualidad de la actuación del notario como profesional liberal del derecho con funciones públicas. Esto visto desde el punto de vista que el Estado le ha delegado FE PUBLICA NOTARIAL, la cual se ha otorgado en función de su capacidad intelectual y moral, entonces es lógico suponer que debe en consecuencia asumir su responsabilidad como tal por su FUNCIÓN NOTARIAL.

5.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad notarial

Los instrumentos públicos nacen a la vida jurídica, gracias a la participación del Notario en la formulación de los mismos, en virtud que la ley le ha conferido fe pública, la cuestión es que cuando se comete un delito tal y como lo tipifica el Código Penal, este necesariamente da lugar a dos tipos de acciones tanto en materia penal como en materia civil.

5.5. Fundamento legal de la responsabilidad notarial

Diversos son los argumentos legales derivados de los cuales el notario puede ser sujeto de responsabilidades según la intervención o la circunstancia en la que haya participado, de estas posibilidades enmarcamos algunas normas legales aplicables, ya que en la descripción de las responsabilidades específicas se tratarán con mas detalle según corresponda a cada una de ellas; en función de ello tenemos que en el Código de Notariado en los Artículos tres y cuatro, indica claramente las situaciones de los notarios que tienen impedimento para ejercer y quienes no pueden ejercer el notariado, mientras que en el Artículo 77 del mismo Código de Notariado, delimita a quienes le es prohibido ejercer el notariado, además que previo a ejercer propiamente su profesión deben

²⁸ Diccionario de la lengua española. Pág. 924.

cumplir obligatoriamente con requisitos habilitantes de naturaleza personal como los indicados en el Artículo dos del mismo cuerpo legal y 34 y 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los cuales fueron tratados en el capítulo II del presente trabajo.

El Código Procesal Penal, en su Artículo 676 dice: “La comisión de un delito o falta, da lugar a dos acciones: la penal para sancionar al responsable y la civil para el pago de las responsabilidades civiles.” Mientras que el Artículo tres, numeral cuatro del Código de Notariado dicta tienen impedimento para ejercer el notariado los que hubieren sido condenados por los delitos de falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos.

Es aceptable el hecho que no tengan la autorización para ejercer el notariado las personas a las que se les haya condenado por la comisión de los delitos que indica el Artículo tres, numeral cuatro del Código de Notariado, ya que carecería de toda lógica y razón poner en manos de personas con antecedentes de delinquir la fe pública y la custodia de documentos notariales en los cuales se ha puesto la confianza en los funcionarios que el Estado ha investido de calidades para que lo represente.

5.6. Elementos de la responsabilidad notarial

Como elementos de la responsabilidad civil que tiene el profesional que ejerce el notariado, he percibido la existencia de los siguientes: según la intervención del notario y la circunstancia en la que haya participado el notario.

5.6.1. Según la intervención del notario

Los elementos pueden ser por su acción y por omisión

- **Por su acción**

Son aquellos en donde el Notario, sabedor del impedimento o defecto, del acto, autoriza un instrumento público, contrario a derecho.

- **Por su omisión**

Cuando por imperio legal el Notario esta obligado a prever el resultado del acto que autoriza y no realiza los actos necesarios para evitarlo o finalizarlo, omitiendo lo que por ley es su obligación.

5.6.2. Según la participación

Estos elementos cabe dividirlos en tres: Por culpa, por negligencia y por dolo

- **Por culpa**

Es la falsa o inexacta declaración del o los comparecientes, que hacen cometer un error involuntario al profesional el cual conlleva responsabilidad.

- **Por negligencia**

La falta de experiencia o la preparación eficaz del profesional, hacen que este no efectúe el diligenciamiento necesario, llevándolo a un error inexcusable.

- **Por dolo**

Cuando sabedor del defecto, de la prohibición, del perjuicio y de su responsabilidad continúe su participación en el acto jurídico en que participa.

5.7. Responsabilidad

5.7.1. Responsabilidad penal

De importancia especial resulta tratar lo relacionado a la responsabilidad penal en la que puede incurrir el Notario en el ejercicio de su profesión, en virtud que el Estado lo ha investido de fe pública y depositario de la misma para actuar en nombre de éste y de darse un mal uso de la fe pública produce inseguridad jurídica y desconfianza entre los particulares, así como el descrédito para el Notario en su calidad de fedatario.

Podemos decir también que la responsabilidad penal para el notario se da cuando facciosa instrumentos públicos incurriendo en falsedad y otros delitos conexos, si hiciere constar situaciones que no existen, faltando a la realidad y en su propio beneficio o del ajeno, por lo anterior esta responsabilidad nace de la comisión de un delito, encontrándose la misma en el ámbito del derecho público.

Si nos remitimos a nuestra ley penal vigente encontramos varios Artículos que se aplican a posibles delitos y faltas que se imputarían a los notarios en el caso de cometer irregularidades en el ejercicio de su función, a continuación se detallan los más importantes en el orden en que aparecen en el Código Penal vigente:

Publicidad Indevida, Artículo 222

Para este caso lo que se regula es la discreción del Notario por la confianza que el cliente le ha depositado, por lo que dice textualmente:

Artículo 222.- Quien, hallándose legítimamente en posesión de correspondencia, de papeles o de grabaciones, fotografías no destinadas a la publicidad, los hiciere públicos, sin la debida autorización, aunque le hubieren sido dirigidos, cuando el hecho cause o pudiese causar perjuicio, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.

Revelación del Secreto Profesional

El Artículo 223; establece que:

Artículo 223.- “Quien sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno, un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años, o multa de cien a un mil quetzales”.

Con la normalización de este Artículo se está protegiendo o previniendo la infidencia por parte del Notario en los asuntos que los clientes le han confiado en virtud de su función notarial.

Casos especiales de estafa

En el presente delito se dan varios casos que pueden ser imputables al notario ya que el Artículo 264, establece que:

Artículo 264.- “...6to... Quien defraudare a otro haciéndole suscribir con engaño algún documento... 8vo. Quien cometiere defraudación, sustrayendo, ocultando o inutilizando en todo o en parte algún proceso, expediente, documento u escrito...20º. Quien cobrare sueldos no devengados, servicios o suministros no efectuados.”

En el presente caso pueden darse varias situaciones por las cuales el notario puede ser sujeto de responsabilidad penal, siempre y cuando se llenen todos los elementos necesarios para tipificar los delitos que se mencionan.

Falsedad material.

Mientras que el Artículo 321, dicta:

Artículo 321: Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. Será sancionado con prisión de dos a seis años.

Falsedad ideológica.

Así mismo el Artículo 322, dice:

Artículo 322.- Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.

Falsificación de documentos privados.

Artículo 323: Quien, en documento privado, cometiere alguna de las falsificaciones a que se refieren los dos Artículos anteriores, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Supresión, ocultación o destrucción de documentos.

El Artículo 327 dice concretamente lo siguiente:

Artículo 327. Quien destruya, oculte o suprima, en todo o en parte, un documento verdadero, de la naturaleza de los especificados en este capítulo, será sancionado con las penas señaladas en los Artículos anteriores, en sus respectivos casos.

En igual sanción incurrirá quien, con ánimo de evadir la acción de la justicia, realizare los hechos a que se refiere el párrafo anterior sobre documentos u objetos que constituyan medios de prueba.

Revelación de secretos.

Por su parte el Artículo 422 del mismo cuerpo legal dice:

Artículo 422. El funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.

Responsabilidad del funcionario al autorizar un matrimonio.

El Artículo 437 nos da la norma para penalizar al notario en el caso de autorizar un matrimonio sabiendo que uno o ambos contrayentes tienen impedimento legal para contraer, por lo que dicta textualmente lo siguiente:

Artículo 437.- El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que autorizare un matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento que cause su nulidad absoluta, será sancionado con prisión de dos a seis años e inhabilitación, especial por el término que el tribunal fije, el que no podrá exceder de seis años.

Si el funcionario o ministro de culto hubiese obrada culposamente será sancionado solamente con multa de doscientos quetzales.

Inobservancia de formalidades al autorizar un matrimonio.

Así mismo es necesario mencionar que también se norma lo relativo a no observar las formalidades necesarias que deben cumplirse previo y después de haberse celebrado un matrimonio civil, por lo que el Artículo 438 dice:

Artículo 438.- El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado las formalidades exigidas por la ley, aunque no produzca nulidad, será sancionado con multa de doscientos, a un mil quetzales.

5.7.2. Responsabilidad civil

En la doctrina se reconoce a la responsabilidad civil con los siguientes elementos: La realización de un daño, la culpa y el nexo causal entre ambos, de tal forma que la responsabilidad civil es esencialmente de tipo reparador, si se causa un daño o perjuicio hay que resarcirlos; para una mejor comprensión de lo que llamamos daño y a lo que le llamamos perjuicio siguiendo a Cabanellas diremos que: Daño: “El detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro recibe en la persona o en los bienes”.²⁹

Mientras que por el otro lado dice que: Perjuicio: “La pérdida de utilidades o de ganancia cierta y positiva que ha dejado de obtenerse.”³⁰

En nuestra opinión esta es una de las responsabilidades mas importantes ya por medio de ella pueden repararse las consecuencias injustas de una conducta contraria al derecho o bien reparar un daño causado sin culpa, pero que la ley le impone al autor material de dichos daños.

29 Cabanellas, Guillermo; **Ob. Cit.** Tomo III, Pág. 577.

30 Cabanellas, Guillermo; **Ob. Cit.** Tomo III, Pág. 579.

El Código de notariado establece en su Artículo 35, que para poder seguir la acción de daños y perjuicios contra un notario autorizante, debe tenerse previamente la existencia de un juicio previo, en el que se declare la nulidad del instrumento notarial, citándose y oyéndose al Notario que lo accionó.

Mientras que en el Código Civil se refiere a los daños y perjuicios en forma general en los Artículos 1534 y 1645, dando una definición legal de daño y de perjuicio, mientras que en el Artículo 1424 del mismo cuerpo legal nos presenta una definición de lo que es la culpa, mientras que el dolo lo define en el Artículo 1261; de lo anterior se deduce que tanto el daño, los perjuicios, la culpa y el dolo pueden aplicársele a los Notarios en el ejercicio de su función.

5.7.3. Responsabilidad administrativa

Esta responsabilidad se toma como las diferentes obligaciones que conlleva la función notarial posterior al otorgamiento de un acto de que conlleva el cumplimiento por lo general de una obligación relacionada para cumplimentar ese acto llevado a cabo generalmente dentro de su protocolo.

Como puede verse la responsabilidad se genera al incumplir los requisitos y deberes ajenos a la función notarial pero que cumplen una función legalizadora de los actos en los que ha actuado en función de la fe pública de que está investido como notario.

En nuestro país el notario también es recaudador del fisco y de incumplir con la recaudación y entrega de los impuestos correspondientes incumplen así mismo con los deberes y cae en responsabilidad administrativa.

A continuación citamos algunas de las actividades que caen dentro de las funciones que tiene que realizar el notario y que en caso de incumplimiento le generaría responsabilidad administrativa:

- Pago de Protocolo,
- Depositar el Protocolo según corresponda,
- Cerrar el protocolo,
- Redactar el índice del protocolo,
- La entrega de los testimonios especiales,
- Extender los testimonios a los clientes,
- Dar los avisos correspondientes,
- Tomar toma de razón de las legalizaciones de firma,
- Protocolizar las actas que facciones de conformidad con la ley, etc...

Como lo determina el Artículo 101 del Código de Notariado, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia sancionar a los notarios por infracciones determinadas y que en todo caso no constituyan delito, para lo cual pueden imponer una multa que no excederá de veinticinco quetzales.

5.7.4. Responsabilidad profesional

La responsabilidad profesional del notario se debe ver en función de su actuar en general, de tal manera existe dentro del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el llamado Tribunal del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el cual se encarga de recibir las denuncias y seguir el proceso correspondiente en contra de los denunciados y de ser encontrados culpables, según el proceso respectivo pueden ser sancionados en forma privada o pública según las circunstancias, además que también pueden ser objeto del pago de una sanción pecuniaria dependiendo de la circunstancia.

5.7.5. Responsabilidad en general

En virtud de la confianza que los clientes le depositan a los notarios como contraparte a la misma requieren que esa confianza esté garantizada por el mismo Estado como garante este de haberle entregado al notario de la fe pública necesaria para actuar en su representación y actuar bajo determinados lineamientos para hacer viable las relaciones de toda clase de los ciudadanos sujetos a este Estado; entonces se ve en la necesidad de crear las normas jurídicas y morales necesarias para que el actuar de los notarios se lleve a cabo dentro de las mismas y garantizar a los usuarios que sus derechos y obligaciones entre ellos serán respetados.

De tal manera que estamos entonces en la capacidad de diferenciar algunas de las responsabilidades en las que podrían incurrir los notarios en el ejercicio de su profesión de esta cuenta tenemos las siguientes responsabilidades más importantes a continuación.

CAPÍTULO VI

6. Fe pública

6.1. Antecedentes

Para hacer referencia a los antecedentes de la fe pública tomamos lo que dice Daniel Antokoletz, citado por José Napoleón Orozco en su tesis de graduación de Abogado y notario: “Los más lejanos antecedentes sobre la fe pública lo encontramos en el antiguo derecho romano, el régimen contractual se fundaba en el vínculo del “nexum”, sin ir mas allá del préstamo y de la compra que se realizaban “per aes et libram”, mediante la “mancipatio” y con intervención del “libripens” y de varios testigos romanos”.³¹

Como vemos con lo dicho anteriormente quien ejercía la fe pública en el derecho romano era el “libripens” en compañía de los testigos romanos, siendo pues esta la génesis del apareamiento de la fe pública hasta llegar a como la conocemos en nuestros días.

Se conoce la fe pública según el origen de la autoridad de que provenga, puede ser fe religiosa o humana; la religiosa proviene de Dios, en cuanto que Dios ha revelado algo a los hombres, mientras que la fe humana proviene de aseveraciones hechas por el hombre.

6.2. Definición

Dichos los antecedentes de la fe pública caemos en la necesidad de encontrar una definición de esta institución para lo cual nos apoyamos en primera instancia en lo que dice el Diccionario de la lengua española, así: Fe Pública: “Autoridad legítima atribuida

³¹ Orozco Menéndez, José Napoleón, **La función del notario haciendo uso de la fe pública y su responsabilidad notarial**. pág. 25.

a Notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido como verdadero mientras no se haga prueba en contrario”.³²

Mientras que por nuestra parte podemos a dar una definición diciendo que la fe pública es el poder que tiene un funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas, dándoles autenticidad por cuenta del Estado y con autorización de este.

Como se puede ver la fe significa entonces confianza, convicción, creencia, por lo que la fe para que pueda ser pública necesita de la facultad legal para ser otorgada a los funcionarios que actuarán en representación del Estado, para legalizar actos públicos, como actos privados.

6.3. Requisitos

Luís Carral y de Teresa³³, indica que para que la fe pública tenga validez deben cumplirse cuatro enunciados los cuales son:

Una fase de evidencia; esta primera fase vista desde el punto de vista en cuanto a que el autor jamás produce un acto de fe, pues para él el hecho o el acto es evidente, la evidencia consiste entonces en que el autor vea por si mismo el hecho ajeno o narre el propio.

El acto de evidencia; el cual representa el conjunto de garantías legales que aseguran la fiel percepción, expresión y conservación de los hechos históricos.

³² **Diccionario ilustrado de la lengua española.** Pág. 956.

³³ Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** Pág. 53.

Una fase de objetivación; esto significa que la fe pública que se da al acto quedará asentada en un documento, el cual será para su autor, valorada por la ley y subsiste íntegra como echo o documento auténtico.

Una fase de coetaneidad, esta fase consiste en que la evidencia, la solemnidad y la objetivación deben producirse al mismo tiempo.

Doctrinariamente y en consonancia con lo que dice el maestro Carral y de Teresa, existen dos tipos de fe pública, a saber: la fe pública originaria, la cual es cuando el hecho o el acto del que se pretende dar fe es percibido por lo sentidos del notario; mientras que la fe pública derivada consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, por lo que el notario no percibe el acontecimiento del hecho o el otorgamiento del acto que plasmará en su protocolo.

Como podemos ver entonces es el Estado el que tiene dentro de sus fines la realización del derecho, para lo cual debe establecer las leyes o reglamentos para las diferentes funciones de la fe pública.

6.4. Clases

En virtud que el Estado se ve en la necesidad de realizar el derecho como tal y de acuerdo a las necesidades de los gobernados y de él propiamente dicho, en cuanto a sus relaciones entre ellos, por lo que en esa circunstancia se distinguen distintas clases de fe pública y dentro de las más importantes podemos mencionar las siguientes:

- **La fe pública registral.**

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

- **La fe pública administrativa:**

Es la que da notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción.

- **La fe pública judicial**

Es aquella que tienen los funcionarios de justicia, especialmente los secretarios de juzgados, quienes dan fe de resoluciones, autos y sentencias, en esta clase de fe pública es necesaria la firma del juez y la del secretario, por lo que esta fe pública se convierte en corporativa y no personal.

- **La fe pública extrajudicial o notarial**

Esta es la facultad que el Estado le otorga al Notario, es pública porque proviene del Estado, tiene consecuencias y repercute en la sociedad, por tal razón esta fe pública es superior a la fe pública administrativa y a la judicial, ya que capta el espíritu de las voluntades que en forma personal manifiestan las partes al notario.

- **La fe pública legislativa**

Esta es la que posee el órgano legislativo y por medio de las cuales creemos en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser leyes de la república.

6.5. Fundamento

El Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala plasma que la fe pública radica en la soberanía del pueblo, la cual es ejercida a través del poder del Estado establecida en el Artículo 152 de la misma Constitución, agregado a lo anterior es obligación del Estado basados en los Artículos 2 y 140 del mismo cuerpo legal que

debe cumplir con deberes jurídicos, dentro de los cuales tenemos que el Artículo dos de la Constitución Política de la República de Guatemala dicta: Artículo dos. Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Mientras que el Artículo 140, constitucional dice:

Artículo 140.- Estado de Guatemala. Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo.

Como vemos en los dos Artículos citados anteriormente deja claramente como una obligación para el Estado el cumplimiento de deberes para que los ciudadanos hagan uso del goce de los derechos y libertades, que tienen por el hecho de ser parte de este mismo Estado.

Si nos remitimos a lo vertido en los Artículos 171 al 177 del Decreto 2-89 del Congreso de la República Ley del Organismo Judicial, nos encontramos con la normativa relacionada a la fe pública legislativa, judicial, registral y administrativa.

Asimismo el fundamento legal de la fe pública notarial la encontramos en el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, ya que el Artículo uno de esta ley dice:

Artículo 1.- “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”.

6.6. Homologación de las actuaciones de los órganos de aplicación para el trámite de la jurisdicción voluntaria

En la aplicación de los diversos actos que se pueden resolver por medio del procedimiento de la jurisdicción voluntaria aparecen en forma automática las figuras de los dos órganos necesarios en estos procedimientos en este caso concretamente nos referimos al juez y al notario.

Es menester desde luego resaltar que en la mayoría de estos procedimientos es el notario quien realiza el mayor porcentaje de los procesos para llegar a la culminación de estos juicios, bien llamados por algunos autores como procesos administrativos, ya que es el notario quien realiza su labor eminentemente administrativa y se le da participación al juez (ente jurisdiccional) en los casos en que determina la ley y en aquellos en los que se ha llegado a contienda, lo cual no quiere decir que nuevamente no se pongan de acuerdo las partes y vuelvan a realizar su proceso por medio de notario.

Por la importancia de cada uno de ellos hablaremos en forma resumida de situaciones inherentes del actuar de ellos, así tenemos que:

6.7. El juez

Es el profesional del derecho que se encarga de dirigir el proceso, sea esta de naturaleza contenciosa o voluntaria, según el caso (debe aclararse que los procesos voluntarios que determina la ley por comodidad se tramitan ante notario) y que por lo tanto esta obligado a resolverlos en un sentido, sin tomar en cuenta que en los casos de jurisdicción voluntaria las partes que acuden a un órgano jurisdiccional en la mayoría de los casos fingen un litigio para asegurarse que dicho órgano legalice con la sentencia el derecho y/o obligación que de antemano las partes ya habían convenido pero que no tenían un documento o sentencia para legalizar su convenio.

6.8. El notario

Solucionar de manera rápida, eficaz, segura y certera sus dificultades de la vida cotidiana en las que no existe mayor importancia y sobre todo no existen litigio que hagan difícil llegar a un entendimiento y sobre todo la posibilidad de que no se acudirá a tramitar ante un órgano jurisdiccional es en nuestro criterio el espíritu que llevo a los legisladores a emitir la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en la cual en su sentido estricto quien hace las veces del órgano jurisdiccional es el notario al recibir, tramitar, dirigir, resolver y además promover la ejecución de sus propias intervenciones y actuaciones.-

Desde luego que aparecen algunas tramitaciones en las que por mandato de esta misma ley se le da participación al juez.- Consideramos que la emisión de esta ley es un paso importante en la búsqueda de solucionar los asuntos de interés personal y civil en las que por la propia naturaleza de la voluntariedad de las partes no se requiere de acudir ante un órgano jurisdiccional directamente para legalizar un asunto ya previamente discutido y decidido hacia una de las partes.

Es aquí donde toma parte el notario porque hace una homologación del proceso jurisdiccional, llevando también la batuta en el sentido de desjudicializar todos aquellos casos sometidos a su conocimiento, sometimiento que se da con base a la garantía que tienen las partes en cuanto a que el notario tiene la fe pública que le ha sido conferida por el Estado para actuar a nombre de este y poder que al llegar a la sentencia vista desde el punto de vista de la homologación obtendrán la certeza jurídica que necesitan para legalizar un asunto previamente resuelto y que desde luego es no litigioso.

Tomando en cuenta entonces el ejercicio y desenvolvimiento que ha tenido esta ley reguladora de la tramitación de asuntos de jurisdicción voluntaria debe hacerse un esfuerzo para ampliar el ámbito de la actuación notarial a otros asuntos, tal el caso de:

- Los divorcios por mutuo consentimiento.
- Los casos relacionados a la menor e ínfima cuantía.
- Controversias en los contratos civiles y mercantiles, cuando así lo requieran las partes.
- La rendición de cuentas, cuando en el contrato se haya estipulado esa posibilidad.
- El juicio sumario de entrega de bienes; entre otros.

CAPÍTULO VII

7. Disposición y gravámenes de bienes de menores

7.1. Regulación legal

Nuestro ordenamiento legal enmarca que para disponer o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes podrá llevarse a cabo mediante dos procedimientos o vías las cuales son: en forma judicial (acudiendo directamente ante un órgano jurisdiccional competente) y en forma extrajudicial (o sea tramitando el asunto por medio de un Notario).

El Código Civil vigente, dentro de sus Artículos 254, 264 y 266, dicta textualmente lo siguiente:

Artículo 254: Representación del menor o incapacitado. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.

Artículo 264. Bienes de los hijos. Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público. (Procuraduría General de la Nación).

Artículo 266. Siempre que el juez conceda licencia para enajenar o gravar bienes inmuebles, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta o el monto del crédito sea empleado en el objeto que motivó la autorización y que

el saldo, si lo hubiere, se invierta debidamente, depositándose mientras tanto en un establecimiento bancario.

Dentro del actual Código Procesal Civil y Mercantil en sus Artículos del 420 al 423 regula esta institución al decir en ellos los siguientes:

Artículo 420: Disposición y gravamen de bienes: Para enajenar o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, el que los tenga bajo su administración deberán obtener licencia judicial, probando plenamente que hay necesidad urgente o que resulta manifiesta utilidad del acto que se pretende verificar, en favor de su representado. Hay utilidad y necesidad en los contratos sobre bienes de menores, incapaces o ausentes:

- 1o. Cuando los productos de los bienes inmuebles no alcancen para satisfacer créditos legítimos o para llenar necesidades precisas de alimentación del menor o incapaz;**
- 2o. Cuando para conservar los bienes y sus productos, no se puede encontrar otro medio que el de gravarlos; y**
- 3o. Cuando se proporciona la redención de un gravamen mayor por otro menor.**

7.2. Solicitud

Artículo 421. El solicitante manifestará ante el juez respectivo:

- 1o. El título con que administra los bienes, el cual deberá acreditar;**
- 2o. Los motivos que le obligan a solicitar la licencia;**
- 3o. Los medios de prueba para acreditar la utilidad y necesidad del contrato u obligación;**
- 4o. Las bases del contrato respectivo; y**
- 5o. Los bienes que administra, con designación de los que se propone enajenar o gravar.**

7.3. Trámite

Artículo 422. El juez, con intervención del Ministerio Público y del protutor, en su caso, mandará recabar la prueba propuesta y practicará de oficio cuantas diligencias estime convenientes.

En caso de que fuere necesaria la tasación de bienes, será practicada por un experto de nombramiento del juez.

7.4. Declaratoria de utilidad y necesidad

Artículo 423. Recabada la prueba y oído el Ministerio Público, el juez dictará auto que deberá contener:

- 1o.** Si son o no fundadas las oposiciones que se hubieren planteado;
- 2o.** La declaratoria de utilidad y necesidad, en su caso
- 3o.** La autorización para proceder a la venta o gravamen de los bienes fijando las bases de la operación; y
- 4o.** El nombramiento de notario y la determinación de los pasajes conducentes del expediente, que deban incluirse en la escritura, en la que comparecerá también el juez. Tratándose de la venta de bienes, el juez podrá disponer que se haga en pública subasta, fijando los términos de la misma.

La declaratoria de utilidad y necesidad la hará el juez siempre bajo la responsabilidad de todos los que hubieren intervenido en las diligencias.

Por su parte el Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en los Artículos 11 al 13 autoriza que la disposición y gravamen de bienes de menores,

incapaces y ausentes, también la puedan realizar los notarios en función de la fe pública de la que están investidos por el mismo Estado.

Los citados Artículos dicen textualmente:

ARTÍCULO 11: Solicitud. La solicitud para disponer o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, podrá presentarse y tramitarse ante notario cumpliéndose con lo dispuesto en los Artículos 420 y 421 del Código Procesal Civil y Mercantil.

ARTÍCULO 12. Pruebas. El notario, con audiencia al Ministerio Público y notificación al protutor o representante del menor, en su caso, mandará a recabar la prueba propuesta y practicará, de oficio, cuantas diligencias sean convenientes.

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

ARTÍCULO 13. Remisión del expediente. Una vez recibida la prueba, el notario dictará resolución bajo su más estricta responsabilidad, la cual deberá contener los requisitos que determina el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

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

7.6. De la representación

Para entender lo relacionado al tema de la representación veamos lo que dice El Diccionario de la Lengua Española: representación: “Derecho de una persona a ocupar, para la sucesión a una herencia o mayorazgo, el lugar de otra persona difunta”.³⁴

Pero dice también: “Acción y efecto de representar o representarse”.³⁵

Por su parte el Diccionario Enciclopédico Continental, al hablar sobre la representación dice: “Acción y efecto de representar o representarse”.³⁶

Pero en su segundo párrafo al referirse a la representación agrega: “Institución en virtud de la cual una persona (representante) actúa en nombre y por cuenta de otra (representado), o en su propio nombre y por cuenta del representado”.³⁷

Mientras que Guillermo Cabanellas, dice de la representación: “Se entiende por representación como la sustitución de una persona en cuyo nombre se actúa”.³⁸

Además expone el mismo autor que en el Derecho Civil, la representación ofrece tres aspectos fundamentales los cuales son:

1. En la capacidad general de las personas para suplir sus limitaciones, como se proponen la patria potestad y la tutela;
2. En orden a la posibilidad de delegar las facultades propias, como el poder y el mandato;
3. En tanto que institución hereditaria, como derecho de representación que corresponde a ciertos herederos forzosos”.³⁹

34 **Diccionario de la lengua española**. Pag. 1776.

35 **Ibid.**

36 **Diccionario enciclopédico continental**, pág 410.

37 **Ibid.**

38 Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. Pág. 93.

39 **Ibid.**

Con lo indicado anteriormente podemos ver que la representación puede darse de varias formas; una de ellas es la legal, la cual como su nombre lo indica es la misma ley establece para aquellas personas que no puedan hacerlo ellas mismas tal el caso de quienes no gozan de salud física o mental u otra causa especial debidamente justificada.

Esta representación puede ser de una persona individual a otra, para que esta le haga valer sus derechos y además cumplir con sus obligaciones, también porque la representada no pueda o no quiera hacerlo ella,

La representación puede obtenerse por disposición de la ley en el caso de los menores de edad e incapaces, pero también puede otorgarse por medio de mandato cuando es voluntad de la persona hacerlo por ese mismo medio ella misma, es decir, otorgando un mandato.

7.6. La representación de un menor de edad

Comúnmente es necesario que un menor necesite de un representante, exclusivamente para dos actos y en los cuales requiere pleno poder para llevarlos a cabo, estos son: Para comprar bienes y para vender bienes; de los dos el que más trámite requiere para obtenerlo es la representación para vender bienes, porque debe justificarse ante el órgano jurisdiccional competente la utilidad y necesidad respectiva.

Mientras que si lo que necesita es comprar bienes a favor de un menor de edad, puede representarlo el padre o la madre y con la presentación de la certificación de la Partida de Nacimiento, puede cualquiera de ellos acreditar la representación con la que actúa, que en este caso como lo determina el Artículo 252 del Código Civil, acredita la patria potestad sobre el menor y por lo tanto pueden actuar en su representación.

Mientras que si lo que necesita es vender los bienes de un menor o incapaz, deben presentar para acreditar su representación además de la Certificación de Partida de Nacimiento, la autorización judicial o notarial del auto que aprueba la diligencia de

Utilidad y Necesidad, autorización que es uno de los requisitos sin los cuales no pueden acreditar la representación del menor y que en todo caso hacerlo sin este último requisito sería causal de nulidad los actos realizados.

Por ser de suma importancia los Artículos 254, 264 y 266 del Código Civil vigente se mencionan nuevamente en este apartado, así tenemos que deben tomarse en cuenta para el efectivo cumplimiento y defensa de los derechos de los menores e incapaces, según la circunstancia entre otros a los siguientes Artículos:

Artículo 254: Representación del menor o incapacitado. La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.

Artículo 264. Bienes de los hijos. Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público. (Procuraduría General de la Nación).

Artículo 266. Siempre que el juez conceda licencia para enajenar o gravar bienes inmuebles, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta o el monto del crédito sea empleado en el objeto que motivó la autorización y que el saldo, si lo hubiere, se invierta debidamente, depositándose mientras tanto en un establecimiento bancario.

7.7. Distintas tramitaciones

Si nos remitimos a lo que la ley indica, podemos ver que las formas de tramitación de la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes pueden llevarse a cabo por dos vías, a saber: por medio de trámite judicial y por medio de trámite notarial.

7.7.1. Tramite judicial

Tal y como lo regula la ley, los interesados en sustanciar un asunto relacionado a la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, puede acudir directamente ante el órgano jurisdiccional competente que en el caso de este asunto es un juzgado de primera instancia civil de la República y solicitar entonces que se inicien las diligencias necesarias para contar con la sentencia en la que se declare la disposición y gravamen de bienes de los menores, incapaces o ausentes de que se trate.

7.7.2. Tramite notarial

Así mismo, la misma ley (Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria) da la opción de acudir ante un notario para que sea este el que en representación del Estado y haciendo las veces del órgano jurisdiccional ejecute las diligencias necesarias de manera de contar al final del trámite con la resolución final por medio de la cual haga constar esa circunstancia.

Para llevar el trámite por medio de notario se deben llevar a cabo los siguientes pasos o fases las cuales son indispensables para la culminación de la declaratoria de utilidad y necesidad requerida:

- El o los interesados deben presentarse ante notario para requerir la primera acta que se denomina Acta de requerimiento, en la cual deben expresar los motivos por los cuales solicita la autorización, las pruebas del caso, bases del contrato y la descripción del bien o bienes del menor, incapaz o ausente que se trate.
- Posteriormente el notario debe emitir la Primera Resolución, en la cual debe dar por iniciadas las diligencias requeridas de disposición y gravamen de bienes de los menores, incapaces o ausentes de que se trate, por presentadas las pruebas aportados y ordenas las diligencias con el objeto de que quede suficientemente probada la utilidad o necesidad.
- Posteriormente se hace la notificación de la primera resolución al protutor o representante del menor o a quien corresponda según el caso.
- El notario debe recibir a continuación las pruebas propuestas, las cuales pueden ser testimoniales en cuyo caso debe levantar las actas correspondientes para tomar razón de lo indicado por los testigos.
- Puede practicar las diligencias de oficio que considere necesario, este caso se da en el caso que el notario considere que las pruebas propuestas no son suficientes para probar la solicitud de mérito.
- Se debe proceder a la valuación del bien o bienes propuestos para disposición o gravamen, dicha valuación debe ser efectuada por un valuador autorizado.
- Con los pasos anteriores se envía el expediente a la Procuraduría General de la Nación para cumplir con la audiencia según lo determina la ley.

- De obtener la opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación, el notario dicta el auto o resolución final.

El auto o resolución final la debe emitir bajo su más estricta responsabilidad, la cual debe llenar por lo menos los siguientes requisitos:

- La declaratoria de utilidad y necesidad,
- La autorización para proceder a la venta o gravamen del bien o bienes fijando las bases para proceder a esta operación; y
- El nombramiento del notario y la determinación de los pasajes conducentes del expediente, que deben incluirse en la escritura.

Es importante hacer notar que por regla general es el mismo notario quien fracciona la escritura pública correspondiente, situación que ha generado controversias dentro del gremio notarial del país y que es tratada en la nueva Ley de Notariado que se discute actualmente en el Congreso de la República y del cual se habla en un punto aparte dentro de este estudio.

- El otorgamiento de la escritura pública correspondiente.
- Dentro de los veinticinco días posteriores debe remitirse el expediente al Archivo General de Protocolos, para su guarda y archivo correspondiente.

7.8. Declaratoria del auto

El Artículo 13 del Decreto número 54-77 del Congreso de la República Ley Reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, indica claramente que una vez el notario ha recibido toda la prueba, la cual incluye la presentada y la que el considere pertinente debe en consecuencia dictar la resolución correspondiente con la salvedad que dicha resolución la emite bajo su más estricta responsabilidad, para lo cual debe tomara en cuenta también lo preceptuado en el

Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual habla de la declaratoria de utilidad y necesidad, en cuanto dice:

Artículo 423.- Recabada la prueba y oído el Ministerio Público, el juez dictará auto que deberá contener:

- 1o. Si son o no fundadas las oposiciones que se hubieren planteado;**
- 2o. La declaratoria de utilidad y necesidad, en su caso**
- 3o. La autorización para proceder a la venta o gravamen de los bienes fijando las bases de la operación; y**
- 4o. El nombramiento de notario y la determinación de los pasajes conducentes del expediente, que deban incluirse en la escritura, en la que comparecerá también el juez. Tratándose de la venta de bienes, el juez podrá disponer que se haga en pública subasta, fijando los términos de la misma.**

La declaratoria de utilidad y necesidad la hará el juez siempre bajo la responsabilidad de todos los que hubieren intervenido en las diligencias.

7.9. Obligaciones posteriores.

Es importante hacer notar que la misma ley contempla la obligatoriedad de remitir el expediente una vez concluido al Archivo General de Protocolos para su archivo respectivo y en determinados casos para las diligencias posteriores que se realizaran dependiendo de las circunstancias por el transcurso del tiempo.

CAPÍTULO VIII

8. Innecesaria participación del órgano jurisdiccional dentro de las diligencias extrajudiciales voluntarias de disposición de bienes de menores.

8.1. Introducción

Los bienes de menores de edad, no pueden ser enajenados, gravarse, ni contraer a nombre de ellos, obligaciones que excedan los límites de la ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad, tal como lo establece La Ley, con autorización Judicial e intervención de La Procuraduría General de La Nación.

Sin embargo La Ley Reguladora de La Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en su Artículo 11, indica que dicha diligencia podrá tramitarse ante un notario, ante el cual se demuestre en forma fehaciente, **la necesidad urgente y la manifiesta utilidad** para disponer de los bienes del o los menores.

Iniciado el trámite de las **diligencias notariales de disposición de bienes de menores**, el Notario en el ejercicio de su Profesión, deberá demostrar tales extremos, los cuales se harán constar en actas notariales, en donde se producirán las pruebas propuestas.

Recibida la prueba y probada **la necesidad urgente y la manifiesta utilidad**, se enviará el expediente a la Procuraduría General de La Nación, a efecto de que dicha Institución emita su opinión, si fuere aprobada el Notario deberá dictar resolución que apruebe dichas diligencias, tal y como lo expresa el Artículo 13 de La Ley Reguladora de La Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, bajo su mas estricta

responsabilidad, y si no fueren aprobadas se deberá cumplir con los requisitos solicitados por dicha dependencia.

Sin embargo, en el ejercicio profesional del Notario, en la tramitación de las **diligencias notariales de disposición de bienes de menores**, suelen haber discrepancias de criterios. Discrepancias que dan origen al presente trabajo de investigación.

8.2. Practica notarial

La mayoría de los Notarios entrevistados, son del criterio, que si bien es cierto, en alguno de los pasajes de los Proceso Notariales Extra-Judiciales, se hace necesario el auxilio de un Órgano Jurisdiccional, no así al dictar el auto declaratorio de **utilidad y necesidad** para la disposición de bienes de menores, ni su intervención posterior al dictar el auto citado, ya sea para su homologación ó para la revisión del cumplimiento de los requisitos establecidos en Ley ó lo relativo a la subasta de dichos bienes. Ya que el Profesional del derecho resuelve, bajo su mas estricta responsabilidad, es decir que dicha responsabilidad al dictar el auto y disponer de los bienes de los menores, que declara con lugar dichas diligencias es única y exclusiva del Notario, que ha iniciado, tramitado y fenecido el proceso de **utilidad y necesidad**, previa opinión favorable de la Procuraduría General de La Nación, y en ningún momento dicha responsabilidad es compartida con órgano Jurisdiccional alguno, ya que no existe juez que se comparta responsabilidad en un proceso que no se ha ventilado ante su jurisdicción.

8.3. Criterio registral

En el Registro General de La Propiedad, se logro establecer la existencia de dos criterios, atendiendo el tipo de empleado consultado por lo cual podemos establecer.

8.3.1. Criterio de operadores registrales

Los operadores del Registro General de La Propiedad, sustentan el criterio que el auto que declara con lugar las **diligencias notariales de disposición de bienes de menores**, debe ser dictado por los Órganos Jurisdiccionales ó cuando menos se debe dar participación a estos al resolver con lugar dichas diligencias.

Es prudente aclarar, que en un buen porcentaje, los operadores registrales del Registro General de La Propiedad Inmueble, carecen de conocimiento Jurídico, su nivel académico se ve limitado a la costumbre o experiencia que hayan podido obtener por la larga prestación de sus servicios en dicha Institución. Siendo estos, los que a priori suspenden, en ocasiones, los testimonios que contienen la disposición de los bienes de **menores**, con alegatos vanos, carentes de un análisis jurídico legal.

8.3.2. Criterio del registro de la propiedad

El Registro General de La Propiedad, se ve envuelto en un manto jurídico meramente antojadizo, en función al pensamiento o criterio del Registrador en turno.

En el presente caso, el Registro General de La Propiedad Inmueble sostiene que al faccionar La escritura pública en la que se dispone los bienes de uno o varios menores, es necesaria la intervención del órgano Jurisdiccional, como parte de un requisito de la tramitación notarial. En concreto, requiere, que en dicho instrumento, se haga constar que el Notario autorizante, remitió el expediente notarial a un Órgano Jurisdiccional para su **homologación** o simplemente como un requisito en su tramitación, no importando si existe **homologación** o No de parte del Órgano Jurisdiccional; con la simple idea que se cumpla con lo establecido con el Párrafo segundo del Artículo 13 de La Ley Reguladora de La Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, consistente en la **remisión** del expediente.

Criterio que no compartimos ya que si, fuera el caso la remisión debería tener un objeto jurídico válido y no como un simple requisito de tramitación Notarial.

8.4. Criterio judicial

El criterio sostenido por los administradores de justicia es totalmente contrario, al sostenido por el profesional del derecho que ejerce el notariado, ya que, el juez o magistrado a pesar de pertenecer a la administración de justicia no unifican criterio, razón por la cual se hace necesario subdividir el **criterio judicial** en dos:

8.4.1. Criterio de jueces de primera instancia

Para los Jueces de Primera Instancia, esta clara su postura, al estimar, que no existe duda alguna respecto a quien dictara el auto que declara con lugar, la **utilidad y necesidad**, ya que es considerado por ellos, que si el diligenciamiento ha sido llevado

ante Notario, deberá este ser quien dicte el auto aprobando las citadas diligencias, empero, si fuera el órgano jurisdiccional quien conociere, será éste, quien emita la resolución respectiva.

Sin embargo, consideran, que su intervención dentro de las diligencias notariales de disposición de bienes de menores, es de capital importancia debido, a que el párrafo segundo del Artículo 13 de La Ley Reguladora de La Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, indica “Una vez dictado el auto remitirá el expediente para los efectos de lo prescrito en el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil”. Artículo que establece los requisitos que deberá contener el auto que declare con lugar las **diligencias notariales de disposición de bienes de menores** y la disposición de la pública subasta

En consecuencia no es criterio de los Jueces de Primera Instancia, que sea el juez quien dicte el auto que declare con lugar las **diligencias notariales de disposición de bienes de menores**, ni tampoco que sea necesaria su intervención al dictar dicho auto. Pero si consideran necesaria su intervención por imperio legal, a efecto de conocer los términos señalados en el párrafo tercero del Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil, es decir establecer los términos para que se lleve a cabo la pública subasta cuando se trate de la venta de bienes.

8.4.2. Criterio de los magistrados de corte de apelación

Los Magistrados de La Corte de Apelaciones, Comparten el criterio sostenido por los Jueces de Primera Instancia, en principio, Modificando su criterio en cuanto a la interpretación de la norma, sosteniendo, que los administradores de justicia, en su

función constitucional de interpretar y aplicar la ley en un caso concreto, nunca puede implicar que un Órgano Jurisdiccional aplique lo que debería técnicamente haberse regulado, en vez de lo que resulta de observancia obligatoria por estar regulado en ley que fue discutida, aprobada y sancionada por los órganos funcionalmente competentes del Estado.

En consecuencia podemos asumir, que el criterio sostenido por algunos Honorables Magistrados de La Corte de Apelaciones, es el compartido por los Notarios en el ejercicio de su profesión, sin embargo, al resolver se apegan a lo establecido en el texto de la norma ordinaria y no al deber técnico jurídico que implica su aplicación a un caso concreto.

8.5. Causas que motivan innecesaria participación del órgano jurisdiccional dentro de las diligencias extrajudiciales voluntarias de disposición de bienes de menores

Por cuestiones de entendimiento, dividiré las causas en dos: **las causas prácticas y causas técnicas**

8.5.1. Causas prácticas

En la practica encontramos una discrepancia de criterio, al **tramitarse las diligencias de la disposición bienes de menores en forma extrajudiciales**, provocada por una mala interpretación de la norma o una laguna legal existente en el párrafo segundo del Artículo 13 del decreto 54-77 del Congreso de La Republica, que contiene La Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción

Voluntaria, dado que **las diligencias de la disposición y gravámenes de bienes de menores**, es tramitado en un ámbito meramente notarial, extrajudicial, en el cual el Notario es compelido a remitir el expediente, a un Órgano Jurisdiccional, una vez dictado el auto, para los efectos prescritos en el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil. Precepto legal que únicamente establece los requisitos que deberán cumplirse al dictarse el **auto** que declara **la utilidad y necesidad**, ó establecer los términos en que ha de efectuarse La Publica Subasta, si se tratara de venta de bienes de menores, acto jurídico que carece de lógica, tomando en consideración los siguientes aspectos:

- No se indica a quien se remitirá el proceso, si es a un órgano Jurisdiccional o a La Procuraduría General de La Nación, por tratarse de una diligencia de disposición de bienes de menores, sin embargo hemos de presumir que dicha remisión deberá hacerse ante un órgano Jurisdiccional.
- Si el supuesto anterior fuera el correcto, surge una nueva duda, consistente en la actuación del juez, misma que no esta regulada, y no indica la norma, si la intervención jurisdiccional será para:
 - Velar con el cumplimiento estricto de la Ley.
 - Para dar su visto bueno.
 - Para su homologación.
 - O para que se efectuó la pública subasta, del bien o bienes muebles o inmuebles.

Si fuera una de estas razones tampoco cabria ya que el acto que resuelve, la **utilidad y necesidad**, es dictado por el notario bajo su más estricta responsabilidad, con la previa opinión favorable de La Procuraduría General de la Nación.

En la práctica, la mayoría de notarios en ejercicio de su profesión, simpatizan mas con lo que sucede en la realidad, siendo esta, la que el Notario es el Responsable al momento de dictar el **auto** que declara **la utilidad y necesidad**, en donde no se le da participación alguna al órgano Jurisdiccional, asumiendo que su intervención se torna innecesaria, debido a que su intervención no cubre ninguna función lógica jurídica, tomando en consideración los criterios anteriores, asumimos que ni los administradores de Justicia, comparte la intervención en las **diligencias extrajudiciales voluntarias de disposición de bienes de menores**, ya que ni ellos se pone de acuerdo o unifican criterio para el establecimiento claro del objeto o el fin que justifique su intervención, aduciendo únicamente que el valor de su intervención se sujeta o lo sustenta, como el cumplimiento de los requisitos en la tramitación notarial.

Si analizamos detenidamente cada uno de las justificaciones por las cuales se e da intervención al Órgano Jurisdiccional estableceríamos que:

- Si el Órgano Jurisdiccional interviene para velar con el cumplimiento estricto de la Ley, la intervención del notario y su intervención serian innecesaria, ya que más valdría llevar el trámite de las **diligencias extrajudiciales voluntarias de disposición de bienes de menores** en el ámbito meramente Judicial
- Si el Órgano Jurisdiccional interviene para dar su visto bueno, no tendría objeto la creación de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción

Voluntaria, consientes que su fin fue la de descongestionar el volumen de trabajo que soportaban al momento de la creación de la ley y soportan en la actualidad los tribunales de justicia, en donde el Notario amplía su función en el ejercicio de su profesión, haciendo constar y/o llevando a cabo actos carentes de contención y de esa manera facilitar la celebración de los actos de la vida civil. Tal como lo reza en el primero de sus considerandos.

- Si el Órgano Jurisdiccional interviene para la homologación, su intervención no tendría sustento jurídico y se carecería en una legalidad, debido que en parte alguno de Ley, ha quedado establecida su intervención para homologar actos notariales
- Si el Órgano Jurisdiccional interviene para fijar los términos en que se ha de llevar a cabo la pública subasta, este supuesto vendría a engolosinar mas aun el tramite, dado que este extremo conlleva trámites, tales como: hacer publicaciones, avalúos del o los bienes, castigando aun más la precaria situación en caso de la disposición obedeciera por la necesidad del menor siempre y cuando se tratara de vender un o varios bienes. En la practica notarial se ha establecido con suma frecuencia que si la disposición de bienes de menores obedece a una utilidad y/o necesidad, se celebran contratos de promesa de compra venta, con el fin de asegurar, tanto los beneficios de utilidad que percibirá el menor o los menores como para asegurar la venta que supla la necesidad de enajenar de dichos bienes, si fuera el caso, de igual manera se procede cuando la disposición se realiza bajo otro tipo, forma ó tipo de contrato. Ya que en la mayoría de casos, a las publicas subastas de bienes no suele comparecer postores (salvo las publicas subastas organizadas por la Corte

Suprema de Justicia para la Venta de Vehículos, en donde las ventajas y beneficios de los pujadores se ve grandemente favorecidos).

Si a pesar de lo expuesto las **diligencias extrajudiciales voluntarias de disposición de bienes de menores**, necesitaran la **participación del órgano jurisdiccional**, seria preferible Inicialo, tramitarlo y fenecerlo en la vía judicial, y de esta manera se obviaría un doble desgaste, la parte notarial y la parte judicial.

Consecuentemente queda establecido con principios jurídicos, doctrinales y prácticos, que en la tramitación de **las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores es innecesaria la participación del órgano jurisdiccional**, evitando de esa manera trámites engorrosos y sin sentido, recargando el volumen de trabajo que soportan los tribunales competentes.

Soy de la opinión que si el proceso se inicia y tramita ante los oficios de un notario, en vía extra-judicial, y sobre todo si este tipo de proceso es carente de contienda, sea en él mismo y en la misma vía, en donde se fenezca la tramitación, sin la intervención de órgano jurisdiccional que intervenga, siendo suficiente la intervención de la Procuraduría General de La Nación, quien impone los requisitos que tienen que cumplirse. De igual manera la celebración de un matrimonio, el trámite de un proceso sucesorio, son celebrados y resueltos por notario, sin la intervención de ningún órgano jurisdiccional, también este tipo de procesos debe ser tramitada única y exclusiva ante notario cuando el requirente lo solicita de esa manera y cuando el notario que lleva las diligencias a si lo considere conveniente.

8.5.1. Causas técnicas:

Técnicamente los Jueces de Primera Instancia y Magistrados de la Corte de Apelaciones al externar opinión, sobre su intervención en **las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores**, indican que su deber es aplicar la Ley, con base a las consideraciones hechas en la Constitución y la Ley del Organismo Judicial, en consecuencia no se pueden extralimitar mas del marco establecido en ley, muy a pesar de su obligación de interpretación de la norma.

Al aprobarse El Decreto 54-77 del Congreso de La Republica, que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, el proyecto que le dio vida fue modificado, siendo extraído del mismo, diligencias de divorcio y otras, así mismo el articulado sufrió cambios en su redacción, variando en muchas ocasiones el sentido del propio texto, provocando distorsión al diligenciar procesos notariales en ella establecidos, sin embargo la finalidad y el espíritu de la misma es claro.

En el presente caso, es ilustrativo hacer notar que la norma general procesal cobro vigencia con anterioridad que La Ley Reguladora citada, siendo en ésta en la que se faculta al Notario, sin suprimir la facultad otorgada por el Estado al juzgador de hacerlo, teniendo estos dos, en consecuencia la facultad de dictar el auto que aprueba **las diligencias voluntarias de la disposición de bienes de menores**; El notario si el tramite es extra-judicial y el juez si el tramite es judicial, de tal manera que no existe duda acerca de quien es el que dicta el auto aprobando dichas diligencias, la duda, la mala interpretación de la norma o la laguna legal surge en cuanto al objeto de la

remisión del expediente para el cumplimiento de lo prescrito en el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Es de capital importancia hacer ver y entender a los jueces, magistrados, notarios, catedráticos universitarios y estudiantes, que nuestros legisladores en su gran mayoría, lamentablemente, no cuentan con la facultad de una técnica legislativa depurada, llevando como consecuencia que la redacción de nuestras leyes en ocasiones, no sea la mas afortunada, y con ello da lugar a mal interpretarla o crear lagunas jurídicas, siendo mi criterio que en el presente caso es una mala interpretación de ley ya que la finalidad y el espíritu de la Ley Reguladora es claro, sin que la misma produzca pasajes oscuros y que tampoco es una cuestión de dudosa interpretación de derecho en cuanto a los Artículos y procedimientos citados, siendo claro que todo tramite sometido a esta jurisdicción debe ser tramitado ante Notario. En especial las presentes.

Ante los múltiples casos tramitados, en La Corte Suprema de Justicia, en los cuales ésta, se a percatado de su Innecesaria intervención, en el nuevo proyecto de ley promovido por éste ente, se logra percibir que la laguna legal ó técnica jurídica desapercibida ó mala interpretación de la Ley Reguladora De La Tramitación Notarial De Asuntos De Jurisdicción Voluntaria, Decreto Numero 54-77 del Congreso de la Republica, ha sido de una manera, enmendado, tal como lo expresa el Artículo 149 del proyecto de ley de lo que se pretende sea la Ley De Notariado. Artículo en el cual nuevamente se remarca la innecesaria participación del órgano jurisdiccional en las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores, Artículo que copiado textualmente indica “**Artículo 149. Declaratoria de utilidad y necesidad.** Recibida la prueba, el notario dará intervención de la Procuraduría y enviará el expediente para que ésta emita opinión. Si en esta opinión no se expresare objeción

alguna, el notario dictará resolución, bajo su más estricta responsabilidad y la de todos aquellos que hubieren intervenido en las diligencias. En la resolución se declarará, primero, si existen la utilidad o la necesidad, y autorizará en su caso la disposición o gravamen de los bienes, fijando las bases de la operación; y, segundo, el nombramiento del notario y la determinación de los pasajes conducentes del expediente que deban incluirse en la escritura, en la que también deberá comparecer el notario ante quien se tramita el expediente.”

8.6. Caso concreto

Con fecha seis de enero del año de dos mil uno, El notario Tereso Aníbal Rodríguez García, fue requerido de sus servicios profesionales para iniciar, tramitar y fenecer, las Diligencia Notariales Extra-Judiciales de Utilidad y Necesidad para dispones de un bien inmueble propiedad de dos menores, requerimiento hecho por la progenitora de ambos infantes, para el efecto, acompañó como medios de prueba, certificación de nacimiento de los menores, certificación de defunción de conviviente y padre de los menores, certificación de nacimiento de la otorgante, el título con que se acreditó la propiedad de inmueble propia de los menores, constancias medicas del padecimiento y tratamiento a seguirsele a uno de los menores, testimonios de las escrituras publicas que contienen las promesas de venta y de compra y la declaración testimonial de dos testigos y la valuación del bien inmueble. Como parte del diligenciamiento del proceso se obtuvo el estudio socio-económico practicado por la Trabajadora Social, adjunta al Juzgado Primero de Primera Instancia del Municipio de Santa Lucia Cotzumalguapa, del departamento de Escuintla.

La Procuraduría General de La Nación, al concederle la audiencia respectiva, con fecha once de junio del año dos mil uno, al emitir Opinión, favorablemente, manifestando: “Que puede usted bajo su mas estricta responsabilidad autorizar la venta al contado y por la suma señalada, de la finca identificada en el primer párrafo de este dictamen, velando porque la compra de la fracción señalada a favor de los menores citados sea debidamente inscrita a su favor en el Registro General de la Propiedad.” Dictamen que supone la innecesaria intervención del órgano jurisdiccional.

El notario autorizante, una vez recibidos los medios de prueba, el dictamen favorable de la Procuraduría General de La Nación, procedió a dictar el **auto** que declaraba con lugar las diligencias Notariales Extra-Judiciales de Utilidad y Necesidad, bajo su más estricta responsabilidad, autorizando con ello la venta del bien inmueble en cuestión, en base a los testimonios de compra y ventas que previamente se habían celebrado.

Se procedió a la elaboración del instrumento público de compra y venta del bien inmueble propio de los menores, dejando constancia dentro del instrumento, las actuaciones previas, así como la transcripción del **auto** respectivo, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil, sin la intervención del órgano judicial, toda vez que se había cumplido con todos los requisitos de ley y ante todo con el dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación.

El Registro General de la Propiedad Inmueble, al recibir el instrumento publico que contenía la venta del bien inmueble propiedad de los menores, Suspendió dicho instrumento, y al pie del mismo razonó lo siguiente “presentado el día veintitrés de noviembre del año dos mil uno a las 13.05.40 horas. Numero de documento y copia electrónica: 01R 100286778. Se suspende la inscripción porque debe proceder

autorización judicial para poder disponer de bienes de menores. Artículos 1,128 264 Código Civil, Artículo 13 Ley de Jurisdicción Voluntaria; Realizada en Guatemala el día 27 de noviembre de 2001. Operador i15 Luis Felipe Camey.”

Ante la inconformidad de la suspensión hecha por el Registro General de la Propiedad Inmueble, y por la experiencia de mas de veinticinco años en el ejercicio del Notariado, se ocuro de hecho al señor Registrador General de la Propiedad, ante el Juzgado Noveno de Primera Instancia de lo Civil. Juzgado que con fecha dieciocho de junio del año dos mil dos, resolvió, y en la parte conducente de su considerando “e” expuso “Que en el cuerpo del instrumento publico se transcribe el auto de fecha quince de junio de dos mil uno dictado por el notario ocursante en las diligencias voluntarias de autorización notarial para vender bienes de menores, pero no aparece escrito en él que se cumplió con dar la intervención a un juez competente por tratarse de la venta de bienes como lo establece el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil y obtener la resolución acerca de cómo podría disponerse de ellos, circunstancia que en la razón registral no se indica, ello, en si, resulta un defecto que no puede subsanar el Registro General de La Propiedad, pues existe disposición legal al respecto y, por ello, la suspensión razonada resulta valida. ... porque no se llenaron en el trámite notarial el requisito de dar intervención al juez competente para que dispusiera si se hacia o no una pública subasta del bien inmueble notarialmente autorizado vender. De ahí que el ocuro planteado, por faltar requisitos legales en el procedimiento notarial realizado, resulta improcedente.” Para que intervendría el juez, si en todo el trámite notarial se había procedido a valuar el inmueble de merito y ya existía promitente comprador, habiendo anticipado cierta suma dineraria que había servido de manera inmediata para aliviar en parte la enfermedad del menor, pues de haber esperado la intervención del órgano jurisdiccional el menor habría muerto.

No conforme con lo resuelto en Primera Instancia, ante la consistencia de tener la razón, e inspirado por el Espíritu de la Ley Reguladora De La Tramitación Notarial De Asuntos De Jurisdicción Voluntaria Decreto Numero 54-77 del Congreso de la Republica, Se apelo ante la Honorable Sala Segunda de La Corte de Apelaciones, quien con fecha once de noviembre del año dos mil dos resolvió y para el efecto en su considerando "3" indicó "Esta sala estima que la función constitucional de interpretar y aplicar la ley en un caso concreto, la cual deviene de los Artículos 203 al 205 de Dicha Constitución Política y se desarrolla y precisa, entre otros, en los Artículos cinco, 9, 12 y especialmente el 10 de la Ley del Organismo Judicial, no pueden implicar que un órgano jurisdiccional aplique lo que debería técnicamente haberse regulado así, En vez de lo que resulta de observancia obligatoria por estar regulado en la ley que fue discutida, aprobada y sancionada por los otros dos órganos funcionalmente competentes del Estado. Por las razones anteriormente consideradas, esta Sala estima legalmente pertinente confirmar la referida resolución."

Ante la resolución emanada por la Sala Segunda de La Corte de Apelaciones y obediente con su fallo, se procedió a remitir el expediente al Juzgado Primero de Primera Instancia del Municipio de Santa Lucia Cotzumalguapa, del departamento de Escuintla, y dar de esta manera, cumplimiento a lo expuesto en el Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Con fecha veintiocho de marzo del año dos mil tres, el Juzgado Primero de Primera Instancia del Municipio de Santa Lucia Cotzumalguapa, resolvió "I) Se rechaza de plano las Diligencias Voluntarias Extra-judiciales para vender bienes de menores, en virtud que el Espíritu de la Ley en su Artículo trece, del Decreto cincuenta y cuatro diagonal

setenta y siete, fue delegar al notario tal facultad, se devuelve el mismo para los efectos de aplicar el primer párrafo del relacionado Artículo y posteriormente la remisión al Archivo General de Protocolos”

Ante las resoluciones emanadas, por el Juzgado Noveno de Primera Instancia de lo Civil, la Honorable Sala Segunda de La Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Juzgado Primero de Primera Instancia del Municipio de Santa Lucia Cotzumalguapa. Confirmó doctrinaria y Jurisprudencialmente, que el remitir el expediente a un órgano jurisdiccional es totalmente **innecesario**, ya que su remisión no obedece a un hecho jurídico, que tenga un asidero legal bien fundamentado, si no a un hecho, surgido por la redacción desafortunada de nuestros legisladores, al sancionar leyes de observancia general nada claras.

Por tanto en definitiva en el presente caso, de nada sirvió la intervención judicial, tomando en consideración que el Juzgado Primero de Primera Instancia del Municipio de Santa Lucia Cotzumalguapa, al resolver, las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores, suspendió dicho tramite, en virtud que: El auto que declaraba con lugar dichas diligencias estaba dictado bajo la responsabilidad del notario y además las diligencias habían sido aprobadas por la Procuraduría General de la Nación. Al final de se envió nuevamente al Registro General de la Propiedad, el testimonio de la escritura que contenía el contrato de compra y venta del bien inmueble propiedad de los menores en cuestión, acompañando a dicho instrumento en fólder separado, la resolución de suspensión emitida por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Municipio de Santa Lucia Cotzumalguapa. Institución que finalmente opero dicho instrumento, sin percatarse de lo resuelto por el órgano jurisdiccional, ya que lo importante para ellos es únicamente cumplir con el requisito de la intervención del

órgano jurisdiccional, quedando de esta manera satisfecho tal requerimiento. El cual duro más de ocho meses.

CONCLUSIONES

1. Que la participación del órgano jurisdiccional en **las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores, es innecesaria**, ya que el trámite y el diligenciamiento del proceso es llevado ante notario, siendo este quien debe culminar el proceso, sin dar remisión alguna al órgano jurisdiccional, previa o posteriormente al dictar la resolución final. Tal como lo establece el primer párrafo del Artículo 13 de la Ley Reguladora De La Tramitación Notarial De Asuntos De Jurisdicción Voluntaria Decreto número 54-77 del Congreso de la República.
2. Es comprensible que los órganos de justicia se encuentren recargados en el volumen de trabajo, de manera que la Jurisdicción Voluntaria, debe ser encomendada a los notarios, motivo por el cual, se creo la Ley Reguladora De La Tramitación Notarial De Asuntos De Jurisdicción Voluntaria Decreto número 54-77del Congreso de la República.
3. Si el notario goza de fe pública, debe confiársele a dicho profesional, el iniciar, tramitar y fenecer las diligencias que engloban la Jurisdicción voluntaria.
4. Si al notario se le ha confiado el celebrar matrimonios, iniciar, tramitar y fenecer Procesos Sucesorios, sin la intervención de un órgano jurisdiccional, por que no puede suceder lo mismo en **las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores**, en donde en realidad la intervención del órgano jurisdiccional se hace innecesaria.

5. La opinión de la Procuraduría General de la Nación es necesaria en las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores, por cuanto que dicha institución por mandato legal debe de proteger y tutelar los derechos de los menores e incapaces.

6. En las **diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores, es innecesaria** la remisión del expediente respectivo al órgano jurisdiccional competente, toda vez, que al dictar el auto respectivo, aprobando las diligencias, el notario lo hace con base en las pruebas recibidas, opinión de la Procuraduría General de la Nación favorable y bajo su más estricta responsabilidad.

7. Si, la Procuraduría General de la Nación, en su calidad de ente tutelar de los derechos de los menores, ha intervenido, en las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores, a efecto de externar opinión favorable y sumado a esto el notario ha dictado el auto que aprueba dichas diligencias bajo su más estricta responsabilidad, considero necesario concluir afirmando que es **innecesaria la participación del órgano jurisdiccional en las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores**, ya sea al dictar el auto que aprueba dichas diligencias ó al remisión del expediente respectivo, acto que no tiene razón de ser.

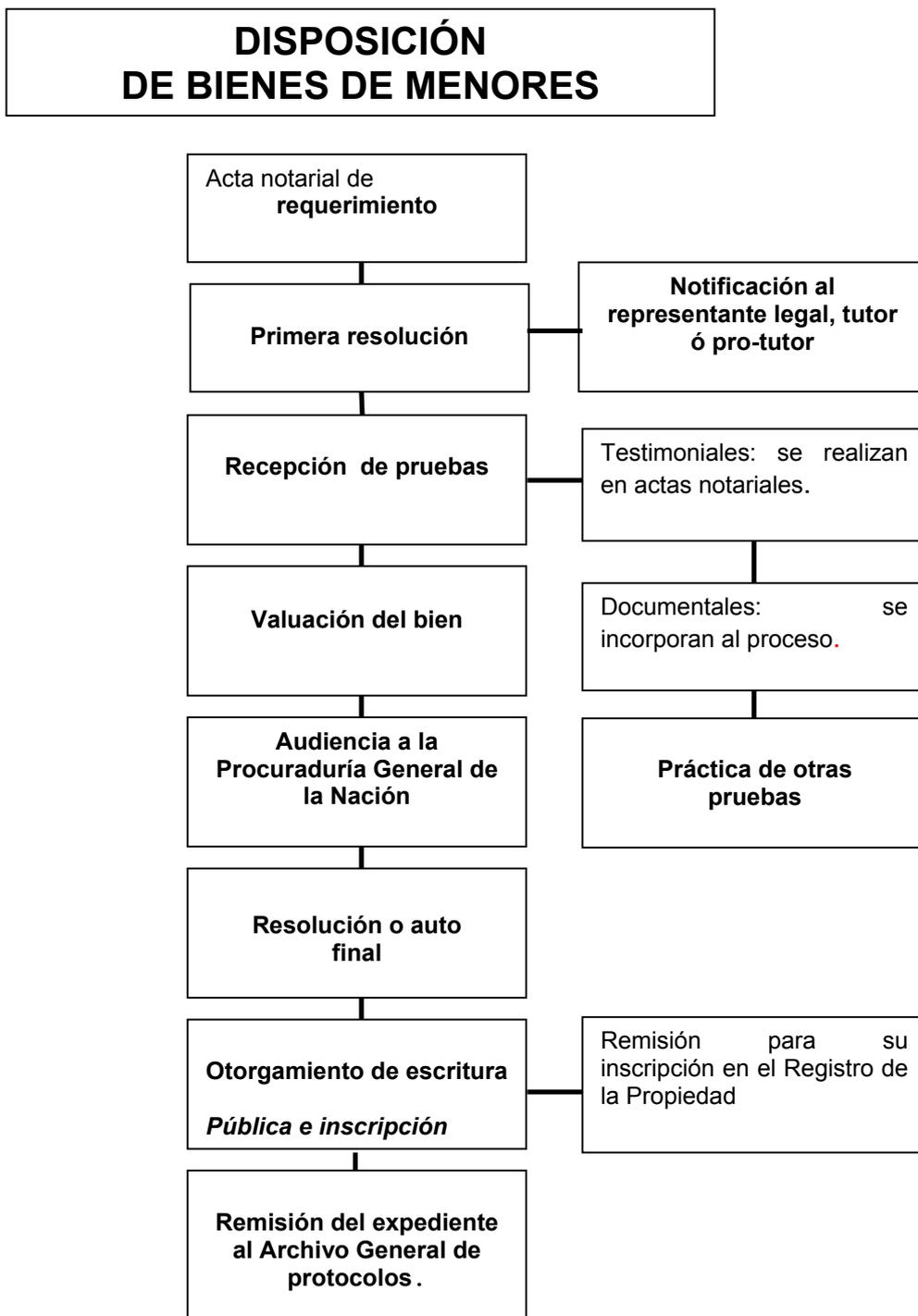
RECOMENDACIONES

Que como consecuencia del estudio realizado en la presente investigación puedo recomendar, a los notarios, jueces, magistrados, diputados y a los entes con iniciativa de ley lo siguiente:

1. La falta de un técnica legislativa, lleva como consecuencia, que la redacción de Leyes de observancia general, no sea la mas afortunada, y con ello da origen a mal interpretarla o crear lagunas jurídicas; Siendo mi criterio, que en el presente caso **de las diligencias voluntarias de disposición de bienes de menores**, es una mala interpretación de la Ley Reguladora De La Tramitación Notarial De Asuntos De Jurisdicción Voluntaria Decreto Numero 54-77 del Congreso de la Republica, en virtud que en el párrafo primero del Artículo 13, establece que es el notario quien dictara la resolución bajo su más estricta responsabilidad, el cual deberá contener los requisitos del Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil, párrafo que concuerda con la finalidad y el espíritu de la misma ley, siendo inequívoco y sin pasajes oscuros. Sin embargo se contradice con lo establecido en su segundo párrafo, que indica, una vez dictado el auto remitirá el expediente para los efectos del Artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil, dando origen a una mala interpretación.
2. Que la interpretación de una norma no debe ser limitada al texto de un Artículo y mucho menos a un párrafo, sino al entorno que provoco su creación, su intención, su finalidad y el espíritu de la misma.

3. Para evitar desgastes jurídicos, económicos, se torna **necesario reformar el párrafo segundo del Artículo 13 del Decreto número 54-77 del congreso de la República, que contiene**, la Ley Reguladora De La Tramitación Notarial De Asuntos De Jurisdicción Voluntaria a efecto que su interpretación no sea motivo de interpretaciones contrarias o sujetas a criterios, sino basadas en ley.
4. Que el expediente que contenga **las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores**, no sea remitido a órgano jurisdiccional alguno, ya que la Procuraduría General de la Nación, por imperativo legal y en su calidad de ente tutelar de los derechos de los menores, ha intervenido, habiendo externado opinión favorable y además el notario ha dictado el auto que aprueba dichas diligencias bajo su más estricta responsabilidad.
5. Que la fe pública del notario no debe ser limitada, motivo por el cual, **no tiene** por que dar participación, ni remitir posteriormente el expediente que contiene **las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores**, al órgano jurisdiccional, para que éste establezca si el notario cumplió con los requisitos indicados en el artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Esquematación.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. t. I y II, 4ta ed.; Ed. Academia Centroamericana, Guatemala 1982.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Proyecto de ley**. Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Guatemala. 1975.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 6t, 14ª ed.; Ed. Heliasta SRL, España, 1981.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. t. IV. 5ta ed.; Ed. Heliasta. Buenos Aires, Argentina 1978.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. 3ra ed.; Instituto Nacional de Administración Pública. Guatemala, 1990.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Vol. III, 4ta ed.; Ed. Revista de derecho privado, España 1989.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 5ta ed.; reformada; Ed. Porrúa, S.A. Distrito Federal, México 1978.
- GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO, José. **Administración económica del Estado**. 2da ed.; Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1960.
- HERNÁNDEZ LIMA, Maria. **Teoría y práctica de los testimonios notariales**. Universidad de San Carlos de Guatemala, Ed. Mayte. Av. Bolívar. Guatemala 1980.
- JIMÉNEZ ARNÁU, Enrique. **Derecho notarial**. Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España 1976.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 4ta ed.; Impreso en talleres de imprenta y fotograbado Llerena S.A; Guatemala 1998.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Instrumento publico y el documento notarial** 4ta ed.; Impreso en talleres de imprenta y fotograbado Llerena S.A; Guatemala 1998
- NAJERA FARFÁN, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. 4ta ed.; Ed. Eros, Guatemala, 1970.

OROZCO, Alfonso, **Análisis del código tributario**, Suplemento Económico-financiero, Diario Prensa Libre, 1990. (Jueves 14 de Octubre de 1,990).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 27ª ed.; Actualizada corregida y aumentada; Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 2000.

RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. **Derecho tributario sustancial y procedimental**. 3ra ed.; Ed. Ediciones Temis, Bogotá Colombia, 1985.

LEGISLACIÓN

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

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala. 1947.

Código Civil y sus Reformas. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 106. 1964.

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

Código Tributario y sus Reformas. Decreto 6-91 Del Congreso de la República de Guatemala. 1991.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto 54-77 del Congreso de la República. 1977.

Ley del Organismo Judicial y sus Reformas. 2-89 Del Congreso de la República de Guatemala. 1989.

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Decreto 27-92 del Congreso de a República de Guatemala. 1992.

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel sellado Especial para Protocolos y su reglamento. Decreto 37-92 del Congreso de a República de Guatemala. 1992.

Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial. Decreto 82-96 del Congreso de la República de Guatemala. 1996.

Proyecto de Ley de la actual, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto 54-77 del Congreso de la República.

Proyecto de Ley propuesto por la Corte Suprema de Justicia de la “**Ley de Notariado**”.