

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a cross, surrounded by various heraldic symbols including a castle, a lion, and a crown. The Latin motto "CÆTERA SPES CORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**“LA INEFICACIA DEL ARTÍCULO 183 DEL DECRETO LEY 106 (CÓDIGO CIVIL)
QUE REFIERE AL CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, COMO
ASUNTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL”**

LUIS ALFREDO PINEDA LOARCA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2007.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

**“LA INEFICACIA DEL ARTÍCULO 183 DEL DECRETO LEY 106 (CÓDIGO CIVIL)
QUE REFIERE AL CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, COMO
ASUNTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

LUIS ALFREDO PINEDA LOARCA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2007.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Gerardo Prado
Secretario: Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez
Vocal: Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase:

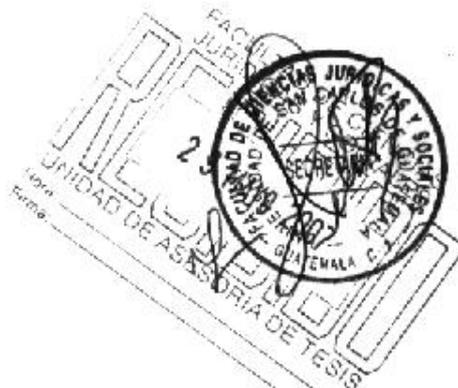
Presidente: Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
Secretario: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

José Carlos Bobadilla
ABOGADO Y NOTARIO

Bufoete:

14 avenida 1-40 zona 1, ciudad.
Cel. 5409-5674



Guatemala, 28 de mayo de 2007.

Licenciado

MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN

Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Coordinador:

Atentamente me dirijo a usted en calidad de Asesor del trabajo de Tesis titulado: "LA INEFICACIA DEL ARTÍCULO 183 DEL DECRETO LEY 106 (CÓDIGO CIVIL) QUE REFIERE AL CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, COMO ASUNTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL.", asignado al estudiante universitario LUIS ALFREDO PINEDA LOARCA.-

El presente trabajo de mérito, contiene un amplio contenido científico y teórico respecto de las instituciones investigadas; el estudiante recopiló información a través de la búsqueda exhaustiva de libros, auxiliándose asimismo de la red mundial de conexión (internet). En concordancia a la realidad jurídica nacional, se procedió a modificar el título del trabajo, por el inicialmente aprobado. El estudiante partió de lo general, instituto de familia, hacia lo particular que es la institución de la unión de hecho, realizó un breve análisis jurídico de los artículos atinentes a la misma y su cesación. En consecuencia estimo que se reúnen los requisitos formales de redacción y esenciales de investigación. El trabajo se encuentra satisfactorio, por lo que merece mi aprobación. Considero oportuno recomendarlo para su discusión en el Examen Público de Tesis del estudiante Luis Alfredo Pineda Loarca.

Sin otro particular me suscribo de usted,

Atentamente:

Lic. JOSÉ CARLOS BOBADILLA
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 5455

JOSÉ CARLOS BOBADILLA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 5455



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, uno de junio de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) LUIS RICARDO SOTO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **LUIS ALFREDO PINEDA LOARCA**, Intitulado: **"LA INEFICACIA DEL ARTÍCULO 183 DEL DECRETO LEY 106 (CÓDIGO CIVIL) QUE REFIERE AL CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, COMO ASUNTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTIÁ
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Luis Ricardo Soto López.

ABOGADO Y NOTARIO

7ª. Calle 10-54 Zona 1 3er. nivel. Cel. 5952-1161



Guatemala, 06 de julio de 2007.

Licenciado

MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN

Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor Coordinador:

En atención a Resolución de esa Coordinación, procedí a Revisar el trabajo de Tesis titulado "LA INEFICACIA DEL ARTÍCULO 183 DEL DECRETO LEY 106 (CÓDIGO CIVIL) QUE REFIERE AL CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, COMO ASUNTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL", el cual fue presentado por el bachiller LUIS ALFREDO PINEDA LOARCA.

Conforme al artículo 32 del Normativo Para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, procedo a opinar lo siguiente:

El trabajo presentado es meritorio, denota el interés e investigación personal del sustentante. Contiene una exposición sobre el instituto de la familia, la unión de hecho, la función jurisdiccional y la jurisdicción voluntaria. Los libros consultados son de primer orden y el método de investigación por medio de la tecnología computarizada, hacen que el mismo sea moderno y actualizado. Los términos utilizados en la redacción son acordes a la técnica jurídica de nuestro ordenamiento civil y notarial. El trabajo contiene aportación de vivencia de terceros que en su mayoría Notarios y estudiantes desconocen. El sustentante propone un proyecto de Acta Notarial y de Escritura Pública de Cesación de Unión de Hecho, el cual no contiene mayores innovaciones de las ya conocidas por los Notarios, sin embargo, constituye un aporte significativo para los estudiantes de Abogacía y Notariado.

Por lo expuesto considero que el trabajo presentado reúne los requisitos necesarios para que pueda continuar su trámite y posteriormente sea discutido en examen público de tesis.

Respetuosamente,

Lic. Luis Ricardo Soto López

Revisor

Cel. 1289

Lic. Luis Ricardo Soto López
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de agosto del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LUIS ALFREDO PINEDA LOARCA, Titulado "LA INEFICACIA DEL ARTÍCULO 183 DEL DECRETO LEY 106 (CÓDIGO CIVIL) QUE REFIERE AL CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, COMO ASUNTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

A mis Hijos:

ROSLEY ALBERTO, LUDWIN ALEJANDRO y LUISA MICHELLE.

A mi Señora:

WENDY ELISA.

A mi Madre:

IRASEMA JANET.

A mis Abuelos Maternos:

GONZALO y MARIA LUISA.

A mi Abuela Paterna:

BERTA (Q. E. P. D.)

A mis Hermanos:

CLAUDIA, CARLOS, ISAAC y GONZALO.

A mi familia en general, padrinos, amigos, compañeros de estudio y de trabajo, a quienes por razones de tiempo y espacio no puedo mencionarlos.

A todos gracias por su apoyo y comprensión en los años transcurridos y por sembrar en mí sabias enseñanzas.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala:

En especial a la FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, por permitir que yo forme parte de su gloriosa historia.

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| Introducción..... | i |
| CAPÍTULO I | |
| 1. Familia..... | 1 |
| 1.1. Origen y evolución..... | 1 |
| 1.2. La familia guatemalteca..... | 3 |
| 1.3. Algunas características de la familia guatemalteca..... | 5 |
| 1.3.1. Formas de matrimonio..... | 5 |
| 1.3.2. Edad usual para el matrimonio..... | 6 |
| 1.3.3. Número de miembros del grupo familiar..... | 6 |
| 1.3.4. Autoridad y posición de la mujer..... | 6 |
| 1.3.5. Factores que influyen la vida familiar en Guatemala. | 7 |
| 1.3.5.1. De orden económico..... | 8 |
| 1.3.5.2. Costo de vida..... | 8 |
| 1.3.5.3. Problemas de vivienda..... | 8 |
| 1.3.5.4. Migración hacia la ciudad..... | 8 |
| 1.3.5.5. De orden socio-económico..... | 9 |
| 1.3.5.5.1. Trabajo de la madre fuera del hogar. | 9 |
| 1.3.5.5.2. Irresponsabilidad..... | 10 |
| 1.3.5.5.3. Alcoholismo y drogadicción..... | 10 |
| 1.3.5.6. De orden cultural..... | 11 |
| 1.3.5.7. De orden jurídico..... | 12 |
| CAPÍTULO II | |
| 2. Unión de hecho..... | 13 |
| 2.1. Definición..... | 13 |
| 2.2. Reseña histórica..... | 14 |
| 2.3. Antecedentes en Guatemala..... | 20 |
| 2.4. Análisis jurídico al Código Civil vigente..... | 29 |

| | Pág. |
|---|-------------|
| 2.4.1. ¿Cuándo procede declararla?..... | 29 |
| 2.4.1.1. La unión de un hombre y de una mujer... | 29 |
| 2.4.1.2. Heterosexualidad..... | 30 |
| 2.4.1.3. La capacidad para contraer matrimonio... | 31 |
| 2.4.1.4. No tener algún impedimento de los establecidos para el matrimonio..... | 32 |
| 2.4.1.5. La declaración de unión..... | 32 |
| 2.4.1.6. Vida en común por más de tres años..... | 34 |
| 2.4.1.7. Relaciones públicas..... | 35 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. Función jurisdiccional y jurisdicción voluntaria notarial..... | 37 |
| 3.1. Función jurisdiccional..... | 37 |
| 3.1.1. Evolución histórica..... | 40 |
| 3.1.2. Definición..... | 44 |
| 3.2. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria..... | 44 |
| 3.3. Naturaleza de la jurisdicción voluntaria..... | 48 |
| 3.3.1. Teoría de la naturaleza jurisdiccional..... | 48 |
| 3.3.2. Teoría de la naturaleza administrativa..... | 49 |
| 3.4. Jurisdicción voluntaria notarial..... | 50 |
| 3.4.1. Evolución histórica..... | 52 |
| 3.5. Analogías y diferencias entre magistraturas judicial y notarial. | 56 |
| 3.5.1. Analogías..... | 57 |
| 3.5.2. Diferencias..... | 58 |
| 3.6. Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria..... | 60 |
| 3.6.1. Antecedentes..... | 60 |
| 3.6.2. Principios que la fundamentan..... | 61 |
| 3.6.2.1. Consentimiento unánime..... | 61 |
| 3.6.2.2. Forma de las actuaciones y resoluciones. | 61 |

| | Pág. |
|---|-------------|
| 3.6.2.3. Colaboración de las autoridades..... | 61 |
| 3.6.2.4. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación..... | 62 |
| 3.6.2.5. Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite..... | 62 |
| 3.6.2.6. Inscripción en los registros..... | 63 |
| 3.6.2.7. Remisión al Archivo General de Protocolos. | 63 |
| 3.7. Asuntos propios de la jurisdicción voluntaria notarial..... | 64 |
| 3.7.1. Regulados en el Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno. | 64 |
| 3.7.2. Regulados en el Decreto 54-77 del Congreso de la República..... | 65 |
| 3.7.3. Regulados en el Decreto 125-83 del Congreso de la República..... | 67 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|----|
| 4. Del cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo como asunto de jurisdicción voluntaria notarial..... | 69 |
| CONCLUSIONES..... | 83 |
| RECOMENDACIONES..... | 85 |
| ANEXO | |
| ILUSTRACIÓN | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 97 |

INTRODUCCIÓN

La intervención del Notario en el campo privado como una función en el ejercicio profesional, nace en principio dentro de la fase normal del Derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto “in jus vivere”; sin embargo, despierta mi interés el tema que presento, en virtud que dentro de ese que hacer notarial, no se aplica lo establecido en el artículo 183 del Decreto Ley 106 (Código Civil), vigente desde el año de 1964, considerando –a mi criterio– como errada la interpretación de dicho artículo por parte de los profesionales del derecho, en este caso los Notarios; debiendo por ello, comenzar a enseñarse en las aulas de las Facultades de Derecho, como un asunto más de los que conoce el Notario en jurisdicción voluntaria extrajudicial.

Efectivamente la Unión de Hecho se estudia doctrinariamente como institución, puesto que persigue los mismos fines que el Matrimonio, tal como lo indica el Artículo 173 del Código Civil; claro está que el Cese de la Unión de Hecho por mutuo acuerdo es una norma vigente, porque no existe otra que la derogue expresa o tácitamente. Fundamentándose principalmente sobre el Artículo 48 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Empero ineficaz, al no aplicarse como materia de conocimiento de los Notarios en jurisdicción voluntaria extrajudicial, como consecuencia de no impartirse como tal en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del País. No pudiendo considerarse como un logro del legislador del Código Civil, pues la descripción y espíritu establecido en el Artículo 183 no ha sido congruente entre la conducta requerida por esa descripción y la desarrollada de hecho por los profesionales (Notarios) sometidos a ese orden.

La investigación la realicé principalmente desde el punto de vista jurídico y complementario a ello, con un enfoque económico, apliqué una interpretación legal y doctrinaria sobre las normas relacionadas. En el Capítulo I, comencé por estudiar la institución que funda a la Unión de Hecho como es la Familia, parto de su origen y evolución, realizo una relación sobre la familia guatemalteca y algunas características

sobre ella. En el Capítulo II, el instituto de la Unión de Hecho, toma protagonismo, se define y establece una reseña histórica, así como sus antecedentes en Guatemala, realizo un análisis jurídico al Código Civil vigente sobre los artículos atinentes, para poder establecer cuando procede declararla. En el Capítulo III, la Función Jurisdiccional y la Jurisdicción Voluntaria Notarial son importantes en el presente trabajo, por ello investigué su evolución histórica, refiero lo que es jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, así como las teorías que estudian la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, establezco las analogías y diferencias que existen entre magistraturas judicial y notarial, presento un estudio especial sobre la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, así como los principios que la inspiran; los asuntos propios de la jurisdicción voluntaria notarial dispersos en la enciclopedia jurídica guatemalteca. En el Capítulo IV y final, me refiero al cese de la unión de hecho y su ineficacia como asunto de jurisdicción voluntaria notarial.

La investigación la llevé a cabo en el ámbito profesional, ya que fue sometido a comparación e interpretación del promedio de los profesionales graduados en Abogacía y Notariado que ejercen activamente dentro del territorio comprendido en el municipio de Guatemala del departamento de Guatemala, aplicado durante la vigencia del actual Código Civil.

El trabajo lo realicé por medio del: a) método científico y técnica bibliográfica, en la recolección de información en libros de texto que se relacionan, así como la utilización de la red mundial de conexión (internet); b) procedimiento metodológico, fue analítico y jurídico; c) técnica estadística e investigación de campo, incluyendo entrevistas a los jueces de familia del municipio de Guatemala, notarios, catedráticos universitarios, así como a la Registradora Civil del municipio de Guatemala.

CAPÍTULO I

1. Familia

1.1. Origen y evolución

Para entender la institución de la Unión de Hecho, es menester el estudio de su origen y evolución, es por ello que inicio con la institución de la familia, porque constituye la base fundamental de sus principios y características. Así, desde el Génesis humano, encontramos: “No es bueno que el hombre esté solo”.

La familia se ha constituido sobre la base de la convivencia social, ejemplo de ello es que “algunas modernas escuelas sociológicas y positivas basándose en la supervivencia de ciertas costumbres y al estudio de la filología comparada y de la prehistoria, determinaron diversos puntos de vista en orden a la evolución de la familia”¹. “Hasta 1860 ni siquiera se podía pensar en una historia de la familia. Las ciencias históricas se hallaban aún, en este dominio, bajo la influencia de los cinco libros de Moisés”².

Los investigadores de esta institución se interesan en ello desde el punto de vista sexual, con sus conceptos de heterismo, poliandria, poligamia, monogamia, familia consanguínea, familia punalúa, familia sindiásmica y familia monogámica. Todos parten de quién tuvo sexo con quién y en qué momento, desvirtuando el verdadero concepto de familia.

El maestro Puig Peña se equivoca al afirmar que el “origen indiscutible de la familia estaba en el matrimonio monogámico y en la preeminencia marital”³, por una razón lógica, la familia y el matrimonio son instituciones distintas. En la familia no siempre habrá matrimonio, es independiente de el; al igual que en el matrimonio no

¹ PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español**, pág. 19.

² ENGELS, Federico. **El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado**, pág. 9.

³ PUIG PEÑA, Federico. **Ob. Cit.**, pág. 19.

siempre habrá familia, tal el caso del matrimonio por complacencia, cuyo objetivo “es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería”⁴ en el cual los contrayentes no tienen otra relación sino sólo para los efectos establecidos, inclusive el de percibir a cambio una remuneración. Sin embargo, éste jurisperito se contradice al establecer una puntual definición de familia al hacer “relación a un conjunto más o menos amplio de personas, ligadas por relación de sangre y comunidad de vida.”⁵, otra definición acertada es la presentada por Rojina Villegas citado por Alfonso Brañas, quien afirma que “la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entre tanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia”⁶. Comparamos las dos definiciones anteriores y ninguna de ellas menciona al sexo o al matrimonio como origen o fin de la familia.

“Resulta razonable admitir que, en una primera época, el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales, de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu.”⁷ “Es posible suponer que tras aquella primera etapa sobreviene, en la evolución familiar, lo que se ha dado en llamar la familia sindiásmica, basada en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero sin reciprocidad, es decir, con libertad de relaciones del hombre con diversas mujeres.” “Finalmente la familia evoluciona hacia su organización actual fundada en la relación monogámica: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones y de ellos deriva la prole que completará el núcleo familiar.”⁸ La base de la sociedad, es pues, la familia y la base de ésta es el hogar.

Diferencia existente entre el Matriarcado y el Patriarcado, que son formas de organización social para el ejercicio de la autoridad política y familiar, el primero sobre la base de la autoridad por parte de la Madre, relación consanguínea (filiación) que la

⁴ Tu Abogado Defensor: Asesoría Jurídica Profesional, http://www.tuabogadodefensor.com/01ecd193e40c12147/01ecd193e40c1424d/index1_unioneshecho.htm, (5 de febrero 2007).

⁵ PUIG PEÑA, Federico **Ob.Cit.**, pág. 17.

⁶ BRAÑAS, Alfonso. **Manual de Derecho Civil**, pág. 104.

⁷ BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. **Manual de Derecho de Familia**, pág. 2.

⁸ **Ibíd.**, pág 3.

madre conocía sobre los hijos y el segundo por el Padre con los mismos orígenes de filiación.

1.2. La familia guatemalteca

La familia es una institución natural; su presencia se verifica por el hecho mismo de ser representante del género humano. Su constitución se remonta con anterioridad a todo ordenamiento estatal. La institución familiar es anterior a todo precepto normativo estatal. Su aparición lleva el signo privilegiado de la representación de origen de toda norma existente.

La familia puede producirse en formas diferentes, ya por el sistema aceptado como legal: o sea el matrimonio y la unión de hecho. Y por el sistema no declarado legalmente: los no casados pero unidos en convivencia y la familia irregular o incompleta. ¿Acaso la madre y sus cinco hijos no se consideran como familia? o ¿El padre, su hijo único y la abuela paterna no son una familia? Como dije antes, la familia es independiente al matrimonio, pues son instituciones distintas.

La importancia de la familia se hace evidente, no sólo para la persona individual, sino también para la sociedad. Esta última tiene por tal razón el deber de protegerla, conservarla y luchar contra toda corriente que atente contra las leyes fundamentales de su naturaleza. Los efectos de negligencia e irresponsabilidad familiar, con frecuencia se hacen notar por manifestaciones diversas, como lo es el estado de indigencia, enfermedades, vagancia, la criminalidad, falta de sana orientación y formación de los niños, en fin todos los males que pueden ser causa de la ruina prematura del niño. Esta situación llega a tocar los cimientos morales de la sociedad, así como sus intereses económicos.

La realidad social de la familia guatemalteca es desesperante, alarmante, retrasada en casi todos los aspectos de bienestar para sus miembros que, en definitiva,

forman la sociedad guatemalteca. Muchos factores históricos, políticos, económicos, sociales, etcétera, contribuyen a ésta caótica situación.

Sin embargo, cabe señalar a grandes rasgos, que pocos países en el mundo viven en la situación paupérrima en que vive nuestro querido pueblo, situación, que como ya dije, se debe a diversos factores, pero que es necesario superar en cualquier forma, con la contribución decidida de las autoridades gubernativas y el pueblo en general, ante todo la de aquéllos que por la suerte, la herencia, el trabajo u otras circunstancias, se encuentran en posibilidad de aportar su decisivo y patriótico apoyo, para que la mayoría del pueblo goce de bienestar y tranquilidad.

Ningún guatemalteco escapa de la realidad social que vive nuestro pueblo, pues a diario encontramos en las calles de la ciudad capital, cabeceras departamentales y municipales, cuadros pavorosos de miseria y de hambre; a cuántos niños no vemos deambular por las calles, semidesnudos, sin rumbo fijo, hambrientos, desamparados, no sólo por sus padres sino por la sociedad.

Lo mismo sucede al pasar por las fábricas, vemos a un grupo numeroso de personas de ambos sexos solicitando trabajo, y en la mayoría de centros de trabajo se encuentra un letrero tan frustrante en donde se lee: "no hay plazas disponibles".

Si estos factores no son suficientes para la desesperada situación de la familia guatemalteca, hay que agregar otro como es la violencia, mayormente en la periferia de la ciudad capital, donde se encuentra concentrada la mayoría de población o de familias sin la cabeza de ella (padre en este caso) por ser padres irresponsables, como veremos más adelante.

Muchas son las razones, por las cuales la familia guatemalteca en varios casos se encuentra abandonada, entre ellas puedo mencionar: la muerte de ambos padres, que es una de las principales causas del abandono de la infancia; la muerte de uno de los padres, también es motivo de desquicio familiar, y, por ende, del desamparo de la

infancia, que justo es aclararlo, constituyen seres dignos de protección en virtud de su incapacidad para poder procurarse los satisfactores necesarios para su subsistencia; que los padres sean viciosos habituales, ya sea alcohólicos, toxicómanos o vagos, porque en este caso, el vicio impera en la psiquis del padre y por ello no le importa dejar a la deriva a la familia, de la cual es jefe y sostén, deviniendo de ese desamparo la destrucción de la unión familiar, y por ende, el desordenamiento de la sociedad en general, ya que la familia es su elemento fundamental.

En la actualidad, y en beneficio de la familia guatemalteca, se cuenta con los Tribunales de Familia, que han venido a paliar o a tratar de aliviar un tanto, los problemas más urgentes de la familia, aunque ello no es suficiente, puesto que falta mucho más por hacer para que se pueda resolver la caótica situación de la familia guatemalteca.

1.3. Algunas características de la familia guatemalteca

1.3.1. Formas de matrimonio

Las uniones de derecho se realizan por medio del matrimonio civil, el religioso y de la legalización de las uniones de hecho.

Dentro de la mayoría de la población indígena, se conservan los ritos tradicionales para la constitución de la familia, que tienen los efectos del matrimonio legal. Diferencia que se encuentra en los numerosos grupos por las formas pintorescas de cortejo.

Dentro de la clase ladina popular, es menor la frecuencia de los matrimonios, siendo preponderante las uniones de hecho y el concubinato. La proporción de madres solteras es igualmente alta. En todas las clases sociales, con frecuencia, se celebra la ceremonia del matrimonio en forma fastuosa, realizando las parejas gastos superfluos que están más allá de su posibilidad económica.

1.3.2. Edad usual para el matrimonio

El Código Civil preceptúa que la mayoría de edad (18 años) marca la libre aptitud para contraer matrimonio, pero pueden contraerlo el varón mayor de 16 y la mujer mayor de 14, debidamente autorizados por sus padres, tutores o por un juez.

En el grupo indígena se considera, por lo general, que la mujer de 15 años y el varón de 17 a 19 años de edad, están aptos para constituir una familia, siendo éstas las edades en que con más frecuencia se realizan las uniones. Sin embargo en las zonas cálidas, pueden constituir familia las mujeres de 13 años por el factor clima que biológicamente las hace desarrollar antes.

En el grupo ladino popular y en la clase privilegiada, la edad para contraer matrimonio por lo general, es más alta que la del indígena, rebasando a veces los 18 años de edad, y casi en la generalidad de casos, el hombre es mayor que la mujer.

1.3.3. Número de miembros del grupo familiar

El grupo familiar promedio de la población total, es de siete individuos, tomando en cuenta a los abuelos –paternos o maternos-. Las familias son por lo común, más numerosas en el grupo indígena y en el área rural. Los programas de planificación familiar han encontrado más recepción en el grupo ladino popular, pero a pesar de ello, no se ha logrado reducir el número de individuos que componen la familia en general en Guatemala. Y en la clase privilegiada, por las ventajas que tiene, los hijos son planificados y por ende, no pasan en su gran mayoría, de dos hijos por familia.

1.3.4. Autoridad y posición de la mujer

En las familias guatemaltecas vemos que la situación preponderante del varón se mantiene y la mujer ocupa un lugar no preferente, aunque sea ella en muchos casos, la que provee para las necesidades del hogar. Excepto las madres solteras, quienes

tienen un triple desempeño para el cuidado de sus hijos, pues son madres, padres y en muchos casos educadoras (maestras escolares) de sus hijos.

1.3.5. Factores que influyen en la vida familiar en Guatemala

La familia al ofrecer protección, seguridad y afecto a los miembros que la integran, para que éstos puedan desarrollar su personalidad, en el ambiente que corresponde a las necesidades del ser humano, constituye una institución indispensable para la sociedad; por consiguiente, es natural que cause preocupación la posibilidad de que sea afectada por factores adversos y que se trate de estudiar cuáles son los principales riesgos que amenazan su estabilidad, y medios que puedan ayudar a conservarla y fortalecerla.

Considerando la situación de Guatemala, se podría decir que lo que corresponde a las clases de más alto nivel cultural, la religión, la tradición y la idiosincrasia misma del país, mantuvieron firme la unidad familiar hasta tiempo muy reciente; pero en la época actual, como en todo el mundo, se observan signos de relajamiento de los lazos familiares y una cierta resistencia a reconocer las obligaciones y responsabilidades, que a cada uno corresponden dentro de la familia.

La clase indígena mantiene la integridad de la institución familiar dentro de sus comunidades, aunque la afectan en forma difícil, la miseria, violencia, falta de salud como de educación.

En la clase que he llamado ladina popular, son especialmente serios los problemas de la familia. Aquí se suman a los conflictos económicos, los sociales y éstos a los culturales. Por todo ello entrare a analizar algunos de éstos factores:

1.3.5.1. De orden económico

La mayoría de la población vive en una economía a duras penas de subsistencia, sin oportunidad de elevar su nivel de vida. Es marcada la desproporción en la distribución de los ingresos en los diferentes grupos socio-económicos, mientras la mayoría de la población recibe un bajo ingreso, la clase alta recibe un porcentaje adecuado de ingresos, siendo ésta la menos numerosa. Debiéndose todo ello a factores de muy diversa índole.

1.3.5.2. Costo de vida

Los víveres y artículos de primera necesidad registran en el precio, alza inmoderada en los últimos años, han aumentado cada día a los productos indispensables para la subsistencia de la población, a pesar de la promulgación de la ley que crea la Dirección General de Protección al Consumidor; su aplicación es insuficiente para atender a la mayoría de la población.

1.3.5.3. Problemas de vivienda

En las ciudades grandes, particularmente en la capital, el problema de la escasez de viviendas es serio; el hacinamiento y la promiscuidad son las naturales consecuencias. La renta de inmuebles es cara y la supervisión sanitaria prácticamente no existe. En el área rural las viviendas son por lo general inadecuadas, no sólo desde el punto de vista sanitario, sino de la comodidad de la familia, no hay habitabilidad consecuente.

1.3.5.4. Migración hacia la ciudad

En los últimos años ha aumentado considerablemente la afluencia de los campesinos a la ciudad capital y especialmente fuera del país, disgregándose las

familias o sometiéndose a condiciones incompatibles con una verdadera vida familiar ordinaria.

Además de no contar con tierras para cultivar, los agroindustriales han disminuido la siembra de los productos tradicionales de exportación en donde se ocupa bastante mano de obra, como el algodón, caña de azúcar, café, maíz, etcétera; y cuando existe dicha siembra no es necesaria la “lenta” siembra por manos humanas sino de manera industrializada, es decir, con maquinaria especializada.

Debido a la falta de tierras y empleo, tienen que emigrar a las ciudades, y no encontrando colocación en las fábricas o empresas que se dedican de manera masiva a la producción o distribución de productos o de construcción, realizan actividades comerciales de manera informal, es decir, no inscritas en el Registro Mercantil o Superintendencia de Administración Tributaria según el caso.

1.3.5.5. De orden socio-económico

1.3.5.5.1. Trabajo de la madre fuera del hogar

Uno de los más poderosos motivos del quebrantamiento de la unidad familiar, entre nosotros, es el trabajo de la madre fuera del hogar, especialmente cuando ésta se ve precisada a abandonar a niños menores, lactantes a veces, en vista de que no hay lugares adecuados como guarderías, en donde pueda ella dejar temporalmente a sus hijos menores, no obstante que el Decreto 1441 del Congreso de la República, actual Código de Trabajo establece en su Artículo 155 que: “Todo patrono que tenga a su servicio más de treinta trabajadoras queda obligado a acondicionar un local a propósito para que las madres alimenten sin peligro a sus hijos menores de tres años y para que puedan dejarlos allí durante las horas de trabajo, bajo el cuidado de una persona idónea designada y pagada por aquél. Dicho acondicionamiento se ha de hacer en forma sencilla dentro de las posibilidades económicas del patrono, a juicio y con el “visto bueno” de la Inspección General de Trabajo.”. Vemos la clara ineficacia de la ley

en la industria textil maquiladora, a consecuencia de la no inspección del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, talvez por falta de personal o de interés.

Las razones que la obligan a trabajar son, generalmente, la falta de responsabilidad del padre que no cumple con sostener a la familia, como su jefe nato y por razones morales; esa obligación de suplir los ingresos insuficientes de aquél o la falta del aporte de éste por diversas circunstancias, como incapacidad física o mental, prisión, etcétera.

Es frecuente el trabajo de menores de edad en la clase popular, cuyas consecuencias son desfavorables en la familia; en la mayoría de casos, determina problemas de ausentismo escolar, vagancia, prostitución, etcétera.

1.3.5.5.2. Irresponsabilidad

En muchos casos no existe conciencia de la responsabilidad ante la familia, especialmente por parte del hombre, de ahí que haya un número muy alto de madres solteras y de familias abandonadas por el padre. En los bufetes populares de la Universidad de San Carlos de Guatemala, al gran número de personas a quienes se les proporciona asistencia técnica jurídica, es a madres que pretenden el reconocimiento de sus hijos por parte del padre y en mayor número por padres que no cumplen con la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos y a las esposas.

1.3.5.5.3. Alcoholismo y drogadicción

Son dos de los males sociales que amenazan la estabilidad de la familia guatemalteca, en el orden económico y emocional.

Está generalizado en todas las clases sociales y su relación con la delincuencia es comprobada. Un alto porcentaje de las faltas son cometidas por individuos en estado de ebriedad. Punto aparte es hablar de las pandillas (maras) juveniles; estos también

devienen de hogares desintegrados en los que el padre encuadra en una o todas de las características siguientes: golpeador, irresponsable, alcohólico, toxicómano o en prisión; y en consecuencia, los jóvenes en la desesperación de salir de ese ambiente desagradable para ellos, se unen con otros que sufren los mismos problemas, constituyéndose así en una hermandad en la que todos conforman un círculo de seguridad del cual procuran protección para sus miembros; pero se distorsiona cuando para calmar sus temores recurren a la droga o alcohol y por supuesto el abastecerse no es gratis, requiere sino de dinero el cual no tienen, y delinquen en forma organizada, transformándose entonces en grupo delictivo organizado u organización criminal, tal y como lo establece el Artículo 2 del Decreto 21-2006 del Congreso de la República el cual establece que: “se considera grupo delictivo organizado y organización criminal a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos siguientes: ...e) De los contenidos en el Código Penal: e.3) Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas;”

1.3.5.6. De orden cultural

La familia de bajos recursos económicos sufre las limitaciones inherentes a su falta de educación, especialmente en lo que se refiere a la ignorancia de la mujer, no solo en relación al cuidado de sus hijos, sino a sus derechos y obligaciones, a las que se suman los prejuicios y las ideas erróneas respecto a la preponderancia masculina, a eso se le denomina “machismo”.

En las familias de clase media y alta es donde el impacto de los avances de la civilización se hace sentir más sobre la estabilidad de los vínculos familiares.

La radio, el cine, la televisión, la literatura y ahora la conexión mundial por ordenador (World Wide Web o Internet) no se aprovechan para mejorar el problema cultural de las familias guatemaltecas, sino todo lo contrario, introducen costumbres y actitudes que amenazan seriamente la supervivencia de la institución familiar. Amén de

lo dicho por Andrea Echeverri, poetisa colombiana, quien en una entrevista televisada expresó: “la familia es una especie en extinción que debemos rescatar”.

1.3.5.7. De orden jurídico

Es de agradecer a los legisladores por haber suprimido el término de hijo ilegítimo (bastardo) para la inscripción en el Registro Civil, pues “el reconocimiento voluntario puede hacerse: 1º En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil; 2º Por acta especial ante el mismo registrador; 3º Por escritura pública; 4º Por testamento; y 5º Por confesión judicial.”⁹

Aunque existen preceptos legales para obligar a los padres al sostenimiento y educación de la familia, existe elevado índice de incumplimiento de esas obligaciones por parte del padre, especialmente en los casos en que la unión esté legalizada. Ni hablar de las uniones no declaradas legalmente, pero sí con hijos reconocidos por los padres.

También contiene el ordenamiento jurídico guatemalteco, disposiciones tendientes a garantizar la propiedad de los menores y a proteger su integridad moral. Existe asimismo, un régimen de seguridad social que contempla la protección materna infantil.

Pero ello es insuficiente para lograr la protección legal para la familia. Mayormente en los casos en que hay necesidad de iniciar juicio para el reconocimiento de un hijo, es difícil lograrlo; a pesar de que la ley es clara al afirmar que “Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso o práctica en contrario.”¹⁰ La mayoría de la población desconoce la ley y por lo tanto, una madre soltera no sabe como comprobar la paternidad. Por todo ello, considero que el orden jurídico existente, no es suficiente para lograr proteger el núcleo familiar.

⁹ Art. 211, **Código Civil**, Dto. Ley 106, 1963.

¹⁰ Art. 3, **Ley del Organismo Judicial**, Dto. 2-89, 1989.

CAPÍTULO II

2. Unión de hecho

2.1. Definición

La Unión de Hecho legalmente declarada, doctrinariamente denominada “Convivencias More uxorio”, del latín, implican la traducción de un elemento convivencial análogo al elemento matrimonial; “Convivencias maritales”, que sería la traducción del latín al idioma Español Castellano, de la expresión latina; “Uniones paramatrimoniales”, que sería más de lo mismo”¹¹. No ofrece definición el Código Civil: sin embargo, “Podría decirse que la unión de hecho es una institución social por la que un hombre y una mujer, con absoluta libertad de estado, se juntan maridablemente, sin estar casados entre sí, con el propósito de tener un hogar y una vida en común más o menos duradera, cumpliendo con fines similares a los del matrimonio, y con el plazo mínimo y condiciones para que goce de la protección legal.”¹²

Otra definición aportada es la “Institución Social de carácter especial, a través de la cual se le da reconocimiento legal a una situación existente, respecto de la unión de un hombre y una mujer libres de estado que han cohabitado por más de tres años en forma pública y constante cumpliendo los mismos fines para los cuales fue instituido el matrimonio.”¹³

El Tribunal Supremo Español en el año de 1992 definió las uniones de hecho como: “convivencias que han de desarrollarse, en régimen de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de

¹¹ “Uniones de Hecho”, (s.a.) <http://www.derecho-familia.com/trabajo/parejasdehechocarlos3.pdf>. (10 marzo 2007)

¹² BELTRANENA VALLADARES de PADILLA, María Luisa. **Lecciones de Derecho Civil**, pág. 177.

¹³ SANDOVAL de AQUECHE, María Eloisa. **Unión de Hecho**, pág 1.

forma externa y pública, creándose así intereses comunes en el núcleo de un mismo hogar”¹⁴

Partiendo de lo anterior, me atrevo a definir la unión de hecho como: la unión libre, pública y estable de dos personas del sexo opuesto con capacidad para contraer matrimonio, que han convivido por más de tres años, siempre que guarden entre sí una relación de afectividad análoga con el matrimonio.

2.2. Reseña histórica

Al realizar el estudio de la institución, encontré que su origen normativo aparece en el Derecho Romano; fue durante la época del Emperador Augusto, cuando ya se legisló como “Matrimonio Regular” lo que se conoce con el nombre de concubinato y que no era sino el consorcio lícito de un hombre con una mujer sin que entre ellos hubiese matrimonio y dentro del cual la mujer no adquiría la categoría de legítima esposa pero poseía relativa protección legal. Justiniano, posteriormente, legisló en cuanto a la sucesión, en el sentido de que tanto las concubinas como los hijos procreados dentro de esas uniones tuvieran derecho a una parte de la herencia intestada del padre.

Retomando las ideas del Derecho Romano, puedo apreciar que la familia romana es un organismo social totalmente distinto a lo que en nuestro medio se denomina sociedad doméstica o familia natural en el sentido moderno; lo verdadero es que la familia no es más que el sostenimiento de los miembros que la componen a la misma autoridad (potestas), del paterfamilia quien es un señor, un soberano y no un padre de familia, como pudiera traducirse del latín al español el significado.

Apartándome de los otros medios por los cuales se ingresa a la familia, nacimiento arrogatorio, apreciamos lo que constituye la conventio in manum, que es el

¹⁴ Fundación Eroski, Revista Consumer Eroski, “**Matrimonio y uniones de hecho, más que nada diferencias económicas**”, Informe No. 53, <http://revista.consumer.es/discapitados/es/20020301/actualidad/informe1/>
<http://revista.consumer.es/web/es/20020301/pdf/informe.pdf>, marzo 2002.

acto por medio del cual una mujer ingresa a la familia del marido, rompiendo así todo enlace o vínculo con su familia originaria; este ingreso, en el Derecho romano tenía tres formas; la conferreatio, la coemptio y el usu.

La conferreatio, consiste en la ceremonia religiosa celebrada ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter o el Pontífice Máximo, con el pronunciamiento de solemnes palabras y confirmándola con la entrega en sustancia de un pan de trigo, el panis farreus.

La coemptio, consiste en la ejecución de actos que fingen la compra de una mujer, en la forma determinada para el mancipatio.

El usu, consiste en la usucapión o la adquisición de una mujer por la posesión aplicada directamente hace que el marido adquiera la manus sobre la mujer y ejerce sobre ella autoridad (potestas) por un año, el que transcurrido daba a la mujer posibilidad de alejarse de la casa del marido durante tres noches consecutivas para que tuviera efecto su liberación, con el ánimo de interrumpir el usu —físico— y denominado trinoctii usurpatio; este sistema de apropiación de la mujer fue olvidado en parte por la costumbre y derogado por las leyes de Gayo.

Puede apreciarse conforme a esos sistemas romanos de ingresar la mujer a la casa de su marido, una formalidad convencional, pero todas con una misma identidad: la de convivencia de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer que, a la larga constituye un efectivo matrimonio, pero no con sentido obligatorio sino que con un sentido producto de la affectio maritalis, que es la que le da el fundamento principal a la institución matrimonial, puesto que el matrimonio para el romano existe aunque los cónyuges no vivan juntos y en una misma casa, sino que se conserven y guarden de uno para el otro la consideración y respeto debido, el honor matrimonii, pero siempre fundada en el consentimiento pues de desaparecer éste —affectio maritalis—, cesa el matrimonio. Este affectio maritalis es precisamente lo que le da fulgor y vida al matrimonio y que lo diferencia de otras formas asimiladas al mismo,

como fue el concubinato, el cual se determinó por las leyes de Augusto; la Lex Lulia y la Lex Papia Poppaea, prohibitivas al matrimonio con ciertas mujeres y por prevención al adulterio.

El concubinato para el Derecho Romano no fue más que la unión estable de un hombre y una mujer sin *affectio maritalis*, lo que lo hace diferente al matrimonio, el que se fundamenta además en el honor matrimonii: la estabilidad matrimonial del hombre y la mujer hace diferente al concubinato, el cual se radica más que todo en la simple relación de tipo sexual. Aún así el concubinato no fue castigado por la ley como tampoco fue rechazado o reprochada la persona o personas viviendo en ese estado.

Fue Augusto con las leyes indicadas, quien le fue dando más control a la institución, porque pretendió obtener con las limitaciones de las dos leyes (Lulia y Papia Poppaea) fijar la prohibición de contraer nupcias con determinadas mujeres, especialmente aquéllas consideradas de baja condición social o aquéllas que habían sido sorprendidas y rechazadas por adulterio. Otra circunstancia contemplada en las leyes de Augusto fue restringir, los abusos sucedidos al producirse graves menoscabos al matrimonio de la familia legítima —originaria del matrimonio—, cuáles eran las donaciones y legados otorgados a la concubina y a los hijos habidos con ella, que fueron definidos ilegales en algunos casos y en otros limitados por que se estimaba que la unión libre aún cuando pareciera no ser pasajera, sino “estable relación de convivencia”¹⁵ carecía de la *effectio maritalis*.

El instituto del concubinato no quedó en lo que determinaran las leyes romanas porque junto al matrimonio existía aquél y fue así que la legalización que se diera a este tipo de uniones libres, permeabilizó una autorización para que los hombres y las mujeres pudieran vivir juntos, imitando al matrimonio, dando pábulo a que el estado de concubinato ya no fuera una situación deshonesto o poco reconocida por la sociedad romana, porque no otorgaba derechos civiles a la concubina o concubino y a los hijos que pudieran procrear, ya que como podía concretarse voluntariamente con el simple

¹⁵ ARIAS RAMOS, José. **Estudio del Hombre**, pág. 720.

consentimiento podía también quedar sin efecto, cesar en otras palabras, de la misma forma ya que no configuró la ley romana formalidad alguna. Sin embargo, aun la falta de esos formalismos el concubinato como la imitación perfecta de un matrimonio se regía por las leyes naturales quedando prohibido al hombre que tuviera un matrimonio constituido legítimamente para tomar concubina pues esto sería considerado como un adulterio, una bigamia o en poliandria, según el caso.

La mujer concubina al tener hijos no fueron considerados como bastardos, sino que eran considerados como hijos naturales ya que procedían de una unión libre y natural, pero no podían aspirar a una sucesión del padre, gozar derechos civiles, llevar su nombre, vivir en la familia del mismo. En cambio sí tenían derechos de sucesión respecto a la madre porque el Derecho Romano se basaba en el lazo de sangre (*ius sanguinis*) de donde se concluye que tanto el hijo natural como el hijo de justas nupcias tenían los mismos derechos con respecto a su madre.

No quedó en ese estado el concubinato puesto que al aplicarse las ideas cristianas y hacerse vulnerable ante sus normas morales el concubinato sufrió un choque por cuanto que lo habido en y dentro del matrimonio se consideró a partir de Justiniano, como un libertinaje no legitimado y fue así que la institución comenzó a perder su calidad y su cualidad desde lo que pretendía Augusto con sus leyes quedando abolido en oriente a partir de León el Filósofo y desapareció definitivamente en el siglo XII cuando el poder espiritual, fuertemente centralizado en el Papado, se apoderó de la sociedad y dejó de existir como una forma de dilucidar la vida familiar. En esta etapa es cuando tuvo el concubinato su máximo desorden pues francos, germanos y lombardos se entregaron a él sin freno alguno y fue necesario extirparlo, previo el combate espiritual de mérito.

La familia, con el *paterfamilias*, creado por Roma con la potestas que ejercía, se consideraba una persona prudente, equitativa, ecuánime, vigilante, guardián de la "santidad" de la gens y de la continuidad de sus acciones no podían ser discutidas; sin embargo, tales extremos no fueron suficientes para que la postura finalista de la familia

no se viera conculcada y a la vez desmeritada con actuaciones que la ponían en peligro, especialmente en lo que al patrimonio familiar se refiere y como dije, la influencia del cristianismo vino a constituir una familia valorada religiosamente y darle un carácter sagrado –sacramental- y es por ello que el Papado trabajó en forma tesonera en destruir toda expresión del concubinato, tanto en Europa de aquéllos tiempos y especialmente en lo que se refiere a España, país que influyera sobremanera en la organización jurídica religiosa en América.

Las formas propias que el Derecho Romano tenía para el matrimonio fueron absorbidas por el Derecho Español, tanto en lo que era el formalismo ceremonial como sus tradiciones, pero debido al influjo cristiano no le dio, un valor especial a la solemnidad del acto de celebración. No dejó de ocuparse el estado clerical de lo que eran las uniones libres constitutivas del concubinato romano, por cuanto que se llegó a extremos superiores al dictar sentencias por tribunales españoles en que se calificaba a los hijos habidos en ese estado como ilegítimos, mientras no hubiera o se regularizara un matrimonio civil o canónico, aún cuando los prelados repetían en sus sermones que el mismo matrimonio civil era un concubinato, rechazando así cualquier arreglo a conveniencia y consentimiento si no intervenían en la celebración de la ceremonia los clérigos.

Con Augusto en Roma se regularizaron algunos aspectos propios de lo que es el concubinato, tildándolo como una imitación del matrimonio, pero sin la *affectio maritalis* que se constituía voluntaria, consensualmente y de igual forma podía disolverse. Contra esta formalización y disolución se opusieron los prelados, ya que lo estimaban como una postura natural, pero que se dirigía hacia el placer sexual que iba en contra de la progenie y la seguridad familiar. Fue por esta base religiosa enlazada con el cristianismo, que la unidad del matrimonio fue ensalzada, porque era considerado único o indisoluble, cosa que no sucedía con el concubinato.

España no escapó, como dije, a la influencia del Derecho Romano e inclusive hubo una época en su historia que estuvo dominada por Roma y fue lo que permitió que

el concubinato penetrara en su sociedad, pero con el nombre de Barraganía que era “la unión sexual de hombre soltero, clérigo o lego, con mujer soltera, bajo las condiciones de permanencia y fidelidad; a quienes las leyes españolas les confería algunos derechos en relación a la progenie y a los bienes que pudiera tener uno o ambos. La ley española estimó y consideró la barraganía como una forma de promover y provocar el fomento de la población necesaria en el territorio y es por ello que a través del Fuero Juzgo, las Partidas, la consideraban legítima y exenta de pena, aunque ilícitas y moralmente reprobables en solteros que sean eclesiásticos”¹⁶.

En Rusia, en los años posteriores a 1917, “Los legisladores soviéticos simplificaron enormemente la celebración del matrimonio reduciéndolo a “una mera convención consensual”, para cuya existencia, ante la ley, empero, es indispensable su inscripción, llenados previamente los requisitos necesarios. Atendieron, más que el acto formal de su celebración, y en un principio, al hecho real de la vida en común. Así, aquéllas personas que vivieron maritalmente y cuyo matrimonio no estuviera registrado tenían “el derecho de formalizar en cualquier momento sus relaciones mediante el registro indicando el plazo en que efectivamente hubiesen vivido en común”. Las disposiciones concernientes al patrimonio conyugal se hicieron extensivas a esas uniones, aún cuando no estuvieran registradas, siempre que las personas que en esa forma vivían se reconocieran mutuamente cónyuges, o si el tribunal comprobaba las relaciones maritales “según los signos del ambiente de su vida real”, pudiendo admitir como pruebas: “el hecho de la cohabitación, la existencia de ésta junto con una economía común, la exteriorización de relaciones de carácter matrimonial ante terceras personas, en la correspondencia personal y otros documentos, así como, según las circunstancias del caso, el sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos, etc. En pocas palabras, la primitiva legislación revolucionaria soviética reconoce y protege la existencia de las uniones de hecho. Y, como consecuencia de ello, va más allá al disponer que los hijos cuyos padres no se hallan unidos en matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de personas casadas.”¹⁷

¹⁶ BENEYTO PEREZ, Juan. **Instituciones de Derecho Histórico Español**, pág. 88.

¹⁷ BRAÑAS, Alfonso. **Estatuto de las Uniones de Hecho**, págs. 24 y 25.

2.3. Antecedentes en Guatemala

Por mandato constitucional y por tradición cristiana, la organización de la familia guatemalteca se fundamenta sobre la base jurídica del matrimonio; de allí, “la amplia y efectiva protección legal y social para los hijos nacidos en él y para las situaciones surgidas a su amparo. Si bien, el matrimonio ha sido aceptado como punto inicial para la organización familiar, no todas las familias han tenido en él su origen. Este hecho inevitable no pasó inadvertido a los antiguos legisladores, quienes estuvieron prestos a darle una solución legal, la más de las veces reñida con la realidad. Privó en un principio el factor de conveniencia social, quedando al margen de la solución aceptada, todos aquellos aspectos que demandaban una equitativa y urgente solución: por ejemplo, el factor económico, en cuanto pudiera significar una obligada y justa retribución de ayuda y protección.

La forma de solucionar el problema radicó en privar de todo apoyo legal a quienes precisamente más lo necesitaban: la mujer y los hijos. Corroborase lo expuesto inquiriendo cuál era a través de nuestras leyes la condición de los hijos no nacidos dentro de matrimonio y la de las madres no casadas, así como si madres e hijos, en estas circunstancias, podían en último término obtener alguna parte en la distribución del patrimonio o bien alcanzar el derecho a ser alimentados.

Ya los legisladores de 1877 vuelven sus armas contra el derecho antiguo y escriben: “hacer hoy a los hijos responsables por las faltas de sus padres, sería desconocer en el siglo XIX un precepto de antigua justicia consignado en Códigos del siglo VII (el de que ninguno pueda ser castigado por faltas que no sean suyas). En substitución de la anterior establecen ésta: Los hijos son legítimos o ilegítimos; y éstos reconocidos o no reconocidos; pueden ser, además, legitimados. Simultáneamente dan normas para lograr una segura designación de la paternidad, mandando que el reconocimiento por el padre sea hecho ante el registro civil, en escritura pública o en testamento.

El espíritu de equidad que caracteriza en este sentido a la legislación del 77 sufre un rudo golpe al ver la luz durante el mismo siglo el decreto de reformas 272, que entre otras disposiciones, prohibió la indagación de la paternidad de los hijos ilegítimos, cuando se pretendiera por ese medio exigir alimentos, o alcanzar otro fin.

En 1898, sale a luz el decreto gubernativo número 591 que se refiere a los medios para probar la filiación de los hijos ilegítimos, entre los cuales establece el de “justificar” que los padres del hijo vivieron maridablemente en una misma casa; y que si se hubieran separado, el hijo nació dentro de los trescientos días siguientes a la separación.

La Constitución Política de la República de Centroamérica decretada el 9 de septiembre de 1921, ordena que instituciones especiales deban amparar la maternidad y a los niños desvalidos; garantiza asimismo la investigación de la paternidad, a efecto de que los hijos nacidos fuera de matrimonio puedan obtener los medios necesarios para su educación integral. Surge en 1933 el nuevo Código Civil de Guatemala, cuerpo de leyes que a su vez abandona la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, para hablar con voz anunciadora de progreso, tan sólo de hijos que sean o no de matrimonio, que sean o no reconocidos, si de éstos últimos se trata. Los hijos vuelven a tener el derecho de investigar quiénes son sus progenitores, y las madres, el de pedir el reconocimiento del hijo, por el padre, desde que esté concebido. Los hijos podrán pedir en todo tiempo que se declare su filiación. Las obligaciones que en un principio y en su casi totalidad pesaban sobre la madre tratándose de hijos no matrimoniales, se reparten de forma más equitativa”¹⁸.

Posteriormente, con la Revolución de Octubre de 1944, en el proyecto de la Constitución de la República elaborada en los primeros meses del año de 1945, se establecía en el Artículo 77: “El Estado promoverá la organización de la familia sobre la base jurídica del matrimonio, el cual descansa en la igualdad absoluta de derechos para ambos cónyuges. La ley determinará los casos en que por razón de equidad la unión

¹⁸ *Ibíd.*, págs. 27 y 28.

entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, deberá ser equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil”.

Más adelante, el artículo precedente, en la redacción de la Constitución de 1945 ocupó el número de artículo 74 y en cuanto a la unión de hecho, en su párrafo segundo expuso: “La ley determina los casos en que, por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, debe ser equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”.

El Congreso de la República de Guatemala, el veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, emitió el Decreto número 444, Estatuto de las Uniones de Hecho, considerando que “para cumplir con el precepto constitucional y en presencia de la realidad social guatemalteca, es urgente determinar cuales uniones entre personas capaces de contraer matrimonio civil; que es función del Estado la protección de la familia, en todos sus aspectos; y que este deber se deriva de garantizar la justa y equitativa distribución del patrimonio familiar en forma tal, que queden asegurados los derechos de los hijos y los de la madre”.

Los legisladores acogieron en la legislación guatemalteca la institución denominada en Roma concubinato y en España barraganía, toda vez que apreciaron la existencia de una serie de personas que, encontrándose en la posibilidad de contraer matrimonio no lo habían hecho, procurando así equiparar esas uniones de personas al instituto matrimonial. Resulta importante analizar las circunstancias consideradas para mayor claridad como sigue:

a) Se considera en el Decreto, la existencia de un precepto constitucional que debía ser cumplido (Constitución de la República promulgada en mil novecientos cuarenta y cinco) con respecto al deber del Estado de proteger a la familia sin tomar en cuenta la naturaleza de su constitución; es decir, sin tomar en cuenta si las personas que la habían fundado estaban vinculadas por el matrimonio o unidas maritalmente. El Código Civil contenido en el Decreto número 1932 de la Asamblea Legislativa de la

República de Guatemala (Derogado por el Decreto Ley 106) en el Artículo 82 establecía que “el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliares entre sí”, sin que apareciere en el contexto del citado Código una norma que fijara lo que es la unión libre o la unión de hecho, como se le denomina en nuestro país, pero dejando a salvo aquellas acciones tendientes a obtener la declaración de la paternidad y la filiación voluntaria o judicialmente por parte de quienes sean padres de una determinada persona;

b) Se considera que existe una realidad social en Guatemala que debe ser tratada de manera urgente, lo que significa que la situación de las personas capaces de contraer matrimonio entre sí estaban pasando por una etapa crucial y de mucho conflicto para quienes, en una u otra forma, eran hijos de los mismos y no habían obtenido la correspondiente actuación derivada de la Revolución de 1871, que trajo consigo una desclerización importante de nuestro país; dejó a muchas personas sin que pudieran o no quisieran contraer nupcias, lo que dio motivo según el citado Decreto (Artículo 34) a la retroactividad de la ley a casi diez años antes de ser publicado;

c) Se considera la existencia de un sin número de personas que se encuentran en estado de unión, siendo capaces para contraer matrimonio entre sí, pero que han mantenido en forma estable y singular una vida que puede considerarse de matrimonio civil, circunstancia ésta que revestía las posturas de un concubinato o barraganía, según se quisiera apreciar;

d) Se considera que el Estado está obligado a proteger a la familia, especialmente a la mujer y a los hijos y de garantizarles una justa y equitativa distribución del patrimonio familiar debiendo ser regularizados los aspectos legales previos para ese cometido y así funcionar adecuada y legalmente;

e) Finalmente se considera que el patrimonio familiar debe ser no solo base de la familia, sino que debe ser equitativo y justamente distribuido para que exista una

asimilación a los derechos civiles que se derivan del matrimonio, dejando la expectativa, de lo que son los derechos y obligaciones derivadas precisamente de la unión de las personas capaces de contraer matrimonio y que no lo han hecho por circunstancias ajenas a su propia condición.

Es, debido a este último motivo que quedó normado en el Decreto 444, la realidad de que a cualquier hecho que no se opusiere al mismo, se aplicarán supletoriamente todas las disposiciones relacionadas con el matrimonio, a saber: calidades y requisitos para contraerlo, constancia de sanidad, impedimentos, deberes, derechos, régimen económico, nulidad, separación y sus efectos, parentesco, paternidad y filiación, pruebas de filiación, patria potestad, deberes de padres e hijos, suspensión y pérdida de la patria potestad, alimentos, tutela testamentaria, legítima o judicial, tutela de declarados en estado de interdicción, protutores, personas inhábiles para ser tutores y protutores y su remoción, excusas de tutela y protutela, garantías de administración de la tutela y anexos, registro de nacimientos, registro de reconocimiento de hijos, registro de capitulaciones, separación o cesación, registro de tutelas, protutelas y guardas, registro de ciudadanos, registro de extranjeros domiciliados y naturalizados, registro de defunciones y otras contenidas en los títulos del IV al X del Libro Primero del Código Civil (Decreto 1932) de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala; es decir, asimiló la unión de hecho al matrimonio en lo que le fuera práctica y legalmente aplicable. Sólo faltó indicar en el referido Decreto que la unión de hecho era una institución social, como lo es el matrimonio.

El Decreto número 444 relacionado, conceptúa la unión de hecho, en el Artículo 1º: “Se reconoce legalmente la unión de un hombre y una mujer, con capacidad para contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que éstos hubiesen fundado hogar, que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales”.

La ley hizo una especial distinción que amerita anotarse: las uniones de hecho verificadas y mantenidas públicamente por personas indígenas, celebradas conforme a sus costumbres, tradiciones o ritos, se tienen y califican como uniones de hecho legalizadas y reconocidas aplicándoseles las normas del Estatuto, aún cuando no hubiere transcurrido el tiempo mínimo de los tres años mencionados, fijando a la vez procedimiento expedito y simple para el efecto de su reconocimiento legal, afirmando que tales uniones revisten las mismas características de las declaradas en el Artículo 1º (Artículo 2º del Estatuto).

Cabe mencionar una discreción en este punto del Estatuto, pues contempla dos tipos o clases de uniones de hecho: i) las que se han verificado entre personas blancas, ladinas o mestizas; y ii) las que se han verificado entre personas de raza indígena. La distinción trae aneja aquélla exposición aludida en la Revolución de 1871, poniendo en claro que la distinción se sujetaba a las costumbres y al mantenimiento de las mismas dentro de los nativos guatemaltecos, quienes se rigen no solo por sus propias normas sino que son compelidos a cumplir y obedecer las leyes de los conquistadores.

La diferencia es tema étnico-sociológico no para este estudio. Queda la posibilidad de que algún estudioso haga el análisis con mayor profundidad del por qué el legislador hace esas distinciones y las plasma en una ley que, si bien no está vigente, surtió efectos jurídicos en el pasado.

El Estatuto además de calificar las uniones de hecho en los artículos 1º y 2º, señaló un procedimiento para que las personas –hombre y mujer- interesados en regularizar su situación jurídica pudieran acudir ante las autoridades respectivas, Alcaldes, Jueces o Notarios, para dejar constancia escrita de su deseo y consentimiento expreso y luego inscribirlas en los respectivos Registros de personas, sean estos Civiles u otros, fundar una nueva familia basada en la unión de hecho regularizada y, a la vez que surtan con mayor fluidez los derechos o reclamos por quienes, en una u otra forma son partícipes directos o indirectos en la declaratoria o el reconocimiento.

El paso estaba dado, correspondía a nuestro país, ser uno de los primeros países que legislaba para resolver el problema de las personas unidas libremente con ánimo de permanencia y de cumplir con la misión que todo ser humano tiene. No hay duda que los legisladores al emitir el Estatuto de Uniones de Hecho, pensaron no solo en aquéllos hechos sucedidos en épocas romanas o españolas, sino que definieron una problemática olvidada e insoslayable por mucho tiempo en nuestro país y con visión futurista de asegurar los derechos de la mujer y de los hijos, como del patrimonio que pudiera crearse.

El Decreto 444 apunta el reconociendo de los hijos habidos antes y durante la unión de hecho y, antes de que fuera declarada o reconocida, ya que asimiló a los hijos a nivel de hijo en matrimonio (erróneamente llamado ilegítimo) otorgándoles todos los derechos y creándoles obligaciones como si lo fueran, dejando a salvo el uso de las acciones previstas en la ley sustantiva y adjetiva civiles guatemaltecas vigentes en ese tiempo, determinando el derecho que tienen los unidos de sucederse entre sí.

Otra circunstancia atendible es la forma en que cesa la unión de hecho; al asimilarla al matrimonio, las causales que para éste existen, de disolución del vínculo matrimonial, también son aplicables al instituto analizado e inclusive promoción de la nulidad de la unión de hecho ya declarada o reconocida.

Situación muy importante es el hecho de que los legisladores apreciaron la gran cantidad de uniones de hecho existentes, las cuales no habían sido reconocidas legalmente, ni habían sido declaradas o reconocidas por los involucrados, por lo que se estableció que la vigencia, como –una cosa extraordinaria-, en contraposición al principio de la retroactividad, y por razones de utilidad social, surtía sus efectos a partir del día quince de septiembre de mil novecientos treinta y siete. En todo caso, la postura del legislador debió no ser de utilidad social, sino de justicia social, porque la utilidad significa un aspecto más que todo económico que social, justicia si, utilidad no.

Una última curiosidad que aporta el Estatuto de Uniones de Hecho es la relacionada en el Artículo 31 (no lo establece la norma vigente), de aquellas uniones de hecho que hayan establecido o establezcan su domicilio en la República, para computar el término de su duración se tomará en cuenta el tiempo que hayan permanecido unidos fuera del país, lo que significa que aún dentro del Derecho Internacional Privado se contemplaba aplicárseles las normas del Estatuto sin tomar en cuenta si se trata de personas nacionales o extranjeras.

Resulta interesante lo que los proyectores de la nueva legislación civil guatemalteca, que luego culminó en la emisión del Decreto Ley 106 (Código Civil) por cuanto que en la exposición de motivos, basados en lo establecido en la Constitución de la República de Guatemala promulgada en el año de mil novecientos cincuenta y seis y luego traída a colación en mil novecientos sesenta y cinco que la sustituyó totalmente, menciona que: "La Constitución de la República expresa que la ley determina lo relativo a las uniones de hecho". Importante la versión, puesto que ya no quedó únicamente establecida la "utilidad social", del Estatuto de las Uniones de Hecho, sino que se trataba de un imperativo, no como lo regula la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en mil novecientos ochenta y cinco, sino como una condición que ameritaba y obligaba a los legisladores a contemplar si no la revisión del Decreto 444 del Congreso de la República, si la incorporación, como dice la exposición dentro del nuevo Código Civil, insertándole las modificaciones pertinentes que lo sustituyen.

Establece la exposición de motivos del Código Civil que la ley: "reconoce un estado de hecho para darle efectos jurídicos, siempre que reúna los requisitos" fijados ya en el Estatuto; la postura asumida por los proyectistas y luego por los legisladores es de que se reconoce un estado de hecho y no que se reconoce legalmente la unión de hecho de un hombre y una mujer y, si bien apunta hacia la conceptualización legal del Estatuto al decir que tiene un reconocimiento para aquellas personas quienes estando capacitadas para contraer matrimonio no lo han hecho, han mantenido una vida común por más de tres años, han procreado, han trabajado y adquirido algunos bienes por lo

que es de justicia se establezcan los derechos de ambos y sus mutuas obligaciones como si fueren casados. La legislación sustituyó la “utilidad social” por “justicia” fijando derechos y obligaciones cual si el hombre y la mujer unidos de hecho estuvieran casados; la asimilación se produce de nuevo. La institución es valiosa aún cuando había perdido mucha credibilidad en el curso del tiempo; Guatemala la recoge y regula en su legislación civil. Así lo establece el Artículo 48 de la Constitución Política de la República de Guatemala de mil novecientos ochenta y cinco y los Artículos del 173 al 189 del Código Civil vigente.

Apunta también la exposición de motivos a la divagación del patrimonio familiar y señala por ello las normas que protejan al mismo para evitar así la distracción de esos bienes en menesteres diferentes a la familia y perjudicar a la vez al cónyuge (tal como lo denomina la exposición de motivos) con cuya colaboración se logró formarlo.

No es innovadora la exposición de motivos, en cuanto a la postura que la unión de hecho producto de acciones delictivas puedan ser aceptadas por la ley, ya que el Estatuto lo contemplaba.

Finalmente dicha exposición hace alusión a los derechos y obligaciones emanados de la unión de hecho, especialmente en cuanto a lo que es la sucesión entre los convivientes.

El Estatuto de las Uniones de Hecho como indiqué anteriormente surtió sus efectos desde el quince de septiembre de mil novecientos treinta y siete hasta que fuera derogado por el Decreto Ley 106 (actual Código Civil) por haber comprendido la materia íntegra en ese normativo.

La idea de la unión de hecho en su mayor parte no fue motivo de muchas modificaciones y adiciones como aparece en la exposición de motivos, porque básicamente el Artículo 1º del Estatuto fue trasladado, con mínimas variantes, al actual Código Civil.

Recordemos que la unión de hecho “su sustento constituye un elemento “natural”, autónomo de los vínculos formales”, “no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos o más claro, la unión entre dos personas es una “realidad histórica y cultural que se mantiene con fuerza aún a pocos años del cambio de siglo, existió mucho antes de que el derecho y la religión crearan al matrimonio”¹⁹. Como dice Gala citado por Rafael Navarro Valls “transformar en pareja de derecho una de hecho... es ingresarla en las colas de la burocracia... Querer sacar (del amor) herencias y pensiones es empequeñecerlo entre ajo y perejil”²⁰

2.4. Análisis jurídico al Código Civil vigente

2.4.1 ¿Cuándo procede declararla?

Nuestro derecho civil sustantivo, en su Artículo 173 establece: “La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.”²¹; he de realizar el análisis de conformidad con los elementos siguientes:

2.4.1.1. La unión de un hombre y de una mujer

Si fuese unión de varios hombres en común con una sola mujer estaríamos ante el estado sexual de la poliandria; a contrario sensu, si fuese unión de un hombre con varias mujeres en común, estaríamos ante el otro estado extremo de sexualidad como la poligamia.

¹⁹ “**Exposición de Motivos**”, Proyecto de ley de modificación al Art. 242 del Código de Familia de Costa Rica. http://www.cipacdh.org/Proyecto_de_ley.pdf Proyecto de ley Costa Rica. (10 de marzo 2007).

²⁰ NAVARRO VALLS, Rafael. “**Parejas de Hecho y Parejas de Siempre**”. El Mundo, 25.III.97, <http://www.interrogantes.net/includes/documento.php?IdDoc=1406&IdSec=56> (10 de marzo 2007)

²¹ Decreto-Ley 106, **Código Civil** de la República de Guatemala, 1963.

2.4.1.2. Heterosexualidad

Por tanto en la sociedad guatemalteca se excluye la unión de hecho legalmente declarada o matrimonio entre personas de un mismo sexo; sin embargo, recordemos el principio de libertad de acción, en el cual “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe”²², en este caso no les prohíbe a los homosexuales —sean hombres o mujeres— la unión de cuerpos entre sí, es decir, como unión de hecho aparente o convivencia de hecho, al estar en cohabitación para perseguir los mismos fines del matrimonio. Es conocido por todos, que efectivamente existen ese tipo de uniones, sería hipócrita si ignoramos la época de modernidad de vida y la realidad nacional, por cuanto existe minoría homosexual en estado de unión de hecho aparente o ilegal (ipso jure) si se intentare declarar, empero no pública por la misma circunstancia.

Cabe mencionar la complejidad del tema, pues en Guatemala aún existe tabú por el mismo, no obstante, en sociedades más desarrolladas jurídicamente como la valenciana en España, en la cual existe ya un Registro de Uniones de Hecho de parejas con independencia de su orientación sexual. Surge una interrogante entonces, ¿es válida esa unión en Guatemala? De conformidad con el Decreto 1575 de la Asamblea Legislativa, que aprueba el Código de Derecho Internacional Privado; no legisla respecto de las uniones de hecho, únicamente refiere a ciertas instituciones de derecho civil como domicilio, matrimonio, etcétera. En consecuencia, se debe aplicar a la teoría los puntos de conexión que establece el artículo 3º de dicho Código: “Para el ejercicio de los derecho civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: I.- Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y la siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno;”. Esta teoría es la única que me interesa resolver, porque según la misma, dos homosexuales con unión de hecho declarada legalmente e inscrita en el Registro de uniones de hecho del ayuntamiento de Valencia en España, que viajen a Guatemala para domiciliarse, es válida en virtud al derecho personal adquirido que los

²² Art. 5º. **Constitución Política de la República de Guatemala**, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

siguen a todas partes; sin embargo, esa unión se considera ilegal en Guatemala, puesto que en el Capítulo II del Decreto 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial, el cual se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado, en su Artículo 26, establece: “El estado y capacidad de la persona individual extranjera adquiridos conforme a su ley personal, será reconocido en Guatemala” y termina la frase con acierto para resolver mi interrogante: “si no se opone al orden público”.

En el presente caso las personas (homosexuales) a quienes ejemplifiqué, pueden domiciliarse en Guatemala pero no en estado de unión de hecho, tampoco pueden legalizar su situación; pues como ya dije la unión de hecho sólo puede concebirse entre hombre y mujer. Ahora, ¿sucede lo mismo cuando dichas personas se encuentren en tránsito en territorio guatemalteco?, a mi criterio es válida dicha unión, siempre que los actos de dichas personas (en relación al estado civil) no produzcan efectos jurídicos en Guatemala. Por ejemplo que otorguen escritura pública de mandato y en el mismo se consigne como “unido” o “unido de hecho” al mandante y dejando como mandatario a su pareja (homosexual); estaríamos dejando la puerta abierta para que se declararan las uniones de hecho de este tipo, administrativa o notarialmente.

2.4.1.3. La capacidad para contraer matrimonio

Entendida la capacidad de goce “como la aptitud, derivada de la personalidad, que toda persona tiene para ser titular, como sujeto activo o pasivo, de relaciones jurídicas, o bien de derechos y obligaciones”²³; y con los elementos subsiguientes: capacidad absoluta adquirida por la mayoría de edad, en consecuencia de ello, derecho a ejercitar todas las acciones ante la autoridad competente, que se acredita con la certificación de la partida de nacimiento y el documento con que se identifica al cumplir la mayoría de edad; o capacidad relativa para el caso de los menores de edad pero en los límites establecidos, para el varón mayor de 16 años y para la mujer mayor de 14 años con el consentimiento de sus representantes o ante la negativa de éstos, por el Juez de familia.

²³ BRAÑAS, Alfonso, **Manual de Derecho Civil**, pág. 30.

2.4.1.4. No tener algún impedimento de los establecidos para el matrimonio

Es decir, no ser parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medio hermanos, los ascendientes o descendientes que hayan estado ligados por afinidad, las personas casadas o unidas de hecho (declarada) con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

2.4.1.5. La declaración de unión

La cual puede ser voluntaria ante el Alcalde de su vecindad por la vía administrativa o ante un Notario. Y unilateral, en proceso judicial.

El Artículo 174 del Decreto Ley 106 (Código Civil), en su parte conducente establece: “La manifestación... se hará constar en acta que levantará el alcalde, o en escritura pública o acta notarial si fuere requerido un notario. Identificados en forma legal, declararán bajo juramento sus nombres y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, domicilio y residencia, profesión u oficio, día en que principió la unión de hecho, hijos procreados, indicando sus nombres y edades y bienes adquiridos durante la vida en común.”

La redacción del artículo es clara, ya que únicamente será el Alcalde de la vecindad de los unidos o un Notario, aquí se refiere a la declaración en forma voluntaria, bilateral o consensual. Es de hacer notar que omite a otros funcionarios que sí pueden autorizar matrimonios, como Concejal o Ministros de Cultos, ¿por qué motivos? No teniendo información relacionada al respecto; a mi juicio, es a razón de la fe pública ejercida por los funcionarios facultados al respecto, por cuanto esta institución debe declararse como una situación existente de tiempo anterior a su declaración y por lo tanto reviste mayor solemnidad.

Según la investigación realizada; en el Registro Civil de la municipalidad de Guatemala no existe modelo de Acta por la cual se haga constar la unión de hecho por

parte del Alcalde municipal. Únicamente se ha hecho constar dicho estado en los registros, por resolución de juzgado competente, escritura pública y acta notarial respectiva.

Dentro de las funciones que realiza el actual Registro Civil de la municipalidad de Guatemala, se encuentra —entre otras— la inscripción de uniones de hecho. Debe inscribirse “en formularios impresos, conforme modelo oficial, que se llenarán con los datos que suministren los interesados o que consten en los documentos que presenten”²⁴. Cuando los Registros Civiles no tuvieren esos formularios, harán la inscripción en los libros respectivos, dichos libros deben ser impresos de conformidad con los modelos que emite la Tipografía Nacional. El último párrafo del Artículo tres del Acuerdo Gubernativo número 163-2001, de fecha cuatro de mayo de 2001, establece que ninguna dependencia del Estado, persona o empresa particular, podrá dedicarse a la elaboración parcial o total de los anteriores documentos (libros y otros). Es ésta institución quien tiene el monopolio sobre modelos oficiales de los libros utilizados en la administración pública; sin embargo, en dicho artículo se omite el libro para registro de uniones de hecho. Por ello, a falta de ese libro, la municipalidad de Guatemala ha elaborado un modelo para registrar las uniones de hecho que en ella se presenten (ver anexo uno). Empero, en ese modelo no se observa la autorización oficial por parte de la Tipografía Nacional o Ministerio de Gobernación.

Igual vacío existe para el Decreto 90-2005 (Ley del Registro Nacional de las Personas), que sustituye el Registro Civil por el Registro Nacional de las Personas, el cual cobrará vigencia el 30 de septiembre del 2007. En su Artículo 4 establece que las inscripciones en el RENAP se efectuarán bajo criterios simplificados, mediante el empleo de formularios unificados y de un sistema automatizado de procesamiento de datos, que permita la integración de un registro único de identificación de todas las personas naturales, así como la asignación a cada una de ellas, desde el momento en que se realice la inscripción de su nacimiento, de un código único de identificación, el cual será invariable.

²⁴ Art. 376. **Código Civil**. Dto. Ley 106, 1963.

2.4.1.6. Vida en común por más de tres años

“En nombre de la libertad del amor, algunas parejas rechazan cualquier calificación jurídica: no pretenden establecer una relación de cónyuges, sino simplemente convivir. Entienden que lo único existente entre ellos es su afecto mutuo y la voluntad libre de permanecer haciendo vida en común o de interrumpirla si libremente lo desean, rechazando la intervención reguladora de la sociedad.”²⁵

A principios del siglo XXI esa ausencia de riesgo de los que acuerdan unirse para hacer vida en común, es típica, puesto que ya conocen lo difícil de lograr un divorcio una vez han contraído matrimonio civil, consideran lento el sistema judicial –y no se alejan de la realidad-; si bien los operadores de justicia, ajustan sus decisiones a los plazos establecidos en la ley para resolver el asunto, un juicio de divorcio por mutuo acuerdo tarda más de sesenta días, en el ordinario el plazo es más prolongado.

Supongo que en algunos casos, parejas que contraen matrimonio, y al plazo de un año, solicitan la disolución por medio del divorcio, invocando una o varias de las causas establecidas en el Artículo 155 del Decreto Ley 106, momento en el cual, el instituto del matrimonio incumplió sus fines y perdió su naturaleza; por falta de voluntad de los cónyuges.

Los legisladores del actual Código Civil, atinadamente recogen del anterior Decreto 444 el elemento de la vida en común por más de tres años, para reforzar así la relación sentimental y conocer de antemano a lo que se enfrentarán, los unidos, en los años posteriores, podría hablarse como sinónimo de noviazgo, de pareja. “En el fondo, probablemente se está apelando a una cierta tendencia de estabilidad”²⁶ en el hogar y en consecuencia alcanzar la declaración legal de la unión de hecho.

²⁵ BAÑARES, Juan Ignacio, “**Las Uniones de Hecho**”, <http://www.arvo.net/pdf/LAS%20UNIONES%20DE%20HECH> O.htm. (10 de marzo del 2007).

²⁶ **Ibíd.**, (10 de marzo del 2007).

2.4.1.7. Relaciones públicas

La publicidad como principio y elemento constitutivo de la unión es indispensable, por cuanto la vida en común debe ser constante, sin interrupciones, pública, con conocimiento de sus familiares y la sociedad, en otras palabras debe ser un hecho notorio de ambos convivientes.

CAPÍTULO III

3. Función jurisdiccional y jurisdicción voluntaria notarial

3.1. Función jurisdiccional

Tres son las funciones fundamentales del Estado: la ejecutiva, llamada también administrativa, la legislativa y la jurisdiccional, llamada también judicial. En este trabajo me ocupé de esta última. Puede ser conceptuada desde dos puntos de vista: el puramente formal y el material. Formalmente hablando, función jurisdiccional es la actividad desarrollada por el Órgano Judicial, así como, función ejecutiva es la desarrollada por el órgano ejecutivo y la función legislativa es la del órgano legislativo.

El anterior criterio no conduce a una conceptualización exacta y correcta de la función, pues en nada hace alusión al contenido de la misma. De allí que se hace preciso recurrir al criterio material para definirla en sus justos términos. Además, cabe señalar que no toda la actividad del Órgano Judicial es jurisdiccional, así como toda la actividad del ejecutivo es función ejecutiva, ni todo lo que hace el órgano legislativo es función legislativa. Cuando el órgano judicial dicta su reglamento interno, hace función legislativa y cuando elabora su presupuesto o nombra a sus funcionarios, hace función administrativa.

Couture, para llegar al concepto de función jurisdiccional, comienza por analizar el vocablo “jurisdicción”, expresando que la palabra “tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o de autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.²⁷”

Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia; ésta es un fragmento de la jurisdicción. Así, por ejemplo, todos los jueces de lo civil gozan de

²⁷ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, pág. 27.

jurisdicción para conocer de asuntos civiles, pero no todos tienen competencia para ese conocimiento; el término “jurisdicción” es amplio; el de competencia es restringido.

También se emplea el término como sinónimo de poder. Se utiliza así, cuando se hace alusión a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos. A este precepto Couture, nos dice que con ello se alude a la jerarquía, a la investidura, más que a la función.

Se refiere a la jurisdicción como función, es la actividad del Estado encaminada a la administración de justicia y administrar justicia no es más que decidir o resolver una controversia que tiene relevancia jurídica. Esta existe al haber dos intereses encontrados, intereses en pugna o en conflicto, consiste en la aplicación de la norma abstracta y general a un caso concreto, a efecto de decidir cuál de los intereses cuestionados es el jurídicamente protegido.

La función jurisdiccional se concretiza a través de actos jurisdiccionales, en los cuales, deben distinguirse tres elementos: a) La forma está constituida por los elementos externos del acto, que son: la presencia de partes, de jueces y de procedimientos. b) El contenido lo determina la existencia de una controversia, de un diferendo que tiene trascendencia jurídica. Y c) Por función se entiende el cometido, o sea, el alcanzar o lograr la justicia.

La función jurisdiccional crea situaciones jurídicas nuevas, que nacen con la sentencia. Antes de resolverse el conflicto, hay indecisión sobre cual es el interés jurídicamente protegido; existe una situación de incertidumbre y de pugna. Resuelta ésta con la sentencia y pasada en autoridad de cosa juzgada, la situación de incertidumbre desaparece, ya que se declara el derecho. La sentencia judicial es acreedora de normas jurídicas, como también lo son el testamento y los contratos.

A diferencia de las normas jurídicas dictadas por el poder legislativo, que son de carácter general y abstracto, las creadas por la sentencia, son normas jurídicas individualmente consideradas.

La función jurisdiccional sería incompleta y por consiguiente no lograría su cometido si las decisiones judiciales, o mejor dicho, jurisdiccionales no fueran susceptibles de ser cumplidas, entonces encontramos la coercibilidad, gozan de la posibilidad jurídica de hacerse cumplir con la fuerza, si el obligado no se aviene a cumplirlas de manera voluntaria, o de que se adopten medidas reparatoras o sustitutivas, si el cumplimiento es materialmente imposible.

Eduardo Couture, nos ofrece una definición de función jurisdiccional: “Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”²⁸.

La función jurisdiccional como una actividad del Estado evita la anarquía social, sólo el Estado goza de la titularidad del derecho de ejercer por sí mismo la función jurisdiccional. Es una actividad que compete únicamente al ente estatal y que por lo demás también se encamina a la realización del bien común, atribución y obligación del mismo.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 203 que corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, más adelante, el tercer párrafo ordena la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, además, la independencia en ejercicio de la función jurisdiccional.

²⁸ **Ibíd.**, pág. 40.

Frente a la posibilidad de extraer los asuntos llamados de “Jurisdicción Voluntaria” o “no contenciosa” del ámbito de conocimiento de los Tribunales de Justicia que integran el Poder Judicial, lo primero que debemos preguntarnos es por qué razón o razones el legislador entregó estas materias al citado poder del Estado.

En la revisión de las obras de Derecho Procesal tradicionales y publicaciones relativas a reformas de los sistemas judiciales, encontré algunas razones que intentare exponer; el primer fundamento es de tipo histórico, seguido de lejos por motivos de seguridad o certeza jurídicas. En recientes trabajos, se alude cada vez con más fuerza a razones económicas y de políticas públicas. El fundamento histórico es el que aparece en la doctrina como el más fuerte y poderoso, luego siguen las posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la Jurisdicción Voluntaria.

3.1.1. Evolución histórica

El derecho romano es la principal fuente de nuestro derecho, es por ello que para indagar acerca del real contenido y naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria debemos hacer primeramente algo de historia.

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

La jurisdicción, para los romanos, era una facultad que poseían determinados magistrados y que les permitía intervenir en los procesos normales de carácter civil que integraban el procedimiento de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario, esto es, la facultad de decir el derecho. Ahora bien la jurisdicción era una emanación de

un poder más amplio que poseían también algunos magistrados, el *imperium*, que comprendía, además de la *iuris dictio* un poder de administración y policía, administración, policía y justicia, y ciertas atribuciones especiales emanadas de una ley, como eran el nombramiento de tutores, la autorización de venta de un inmueble rústico de un menor, etcétera.

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

Este último elemento es el nexo con la jurisdicción voluntaria desde que originariamente tuvo el simple significado de aprobar, prestar conformidad, mostrarse propicio a la pretensión de una persona, utilizándose normalmente con referencia a aquéllos casos en que el procedimiento en curso sólo podía lograr un determinado y definitivo efecto mediante la aprobación expresa del magistrado. Así sucede con la aprobación que el magistrado presta al contrato arbitral que constituye la *litis contestatio*, y sin cuya aprobación, conjugada con el mandato de juzgar (*iudicare iubere*), no se formaliza definitivamente la controversia, ocurriendo lo mismo en los actos, llamados tardíamente de jurisdicción voluntaria, como manumisiones y adopciones en las cuales el magistrado prestaba su conformidad a un acuerdo previo de las partes.

El conjunto de estos asuntos revelan la ausencia de contencioso y la función de garante de la observancia del ordenamiento en negocios privados que cumple el magistrado, de testigo calificado o de persona autorizada para otorgar validez al acto. Se asimilan progresivamente como actos de esta naturaleza, los casos clásicos de “*cognitio*” en los cuales el magistrado intervenía en actos no directamente procesales, sino relacionados con el proceso o incluso independientes de él como la puesta en posesión de bienes, adopciones y manumisiones o de “*iuris dictio lato sensu*” que

implicaban la comprobación de hechos por el magistrado fuera del proceso y decididos por medio de decretos.

En el derecho romano, por lo tanto, la función judicial estuvo siempre ligada a la administrativa.

Junto a esta línea evolutiva de la jurisdicción voluntaria se desarrolla la actividad de los “tabeliones” antecedente de los actuales notarios, profesionales libres que no son simples redactores de documentos sino conformadores de la voluntad negocial de las partes, en documentos de eficacia superior a los privados, aunque todavía en esa época sin la impronta de la fe pública. Éstos a fines de la época clásica acrecentaron su importancia, ya que a través de un procedimiento especial conferían plena autenticidad a los documentos emanados de los mismos, sin necesidad de ser corroborados por el juramento del notario o por prueba testimonial o verificación de las escrituras.

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

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

En la época post-clásica se ensancha el concepto de *iuris dictio* a los actos llamados no contenciosos o de jurisdicción voluntaria. Esta se refiere, a la actividad del magistrado en aquéllos casos en que no existía propiamente litigio, sino una simple

colaboración de aquél en determinados actos tendientes a constituir ciertas relaciones jurídicas, como la manumisión, adopción, emancipación, etcétera. Estos actos no litigiosos eran los antiguos actos de cognitio.

Por lo tanto, de todo lo expuesto, en relación al derecho romano hasta antes de la codificación podemos describir dos líneas de intervención judicial: - Actuación judicial para conferir validez a negocios jurídicos o producir actos de autoridad. E – Intervención judicial destinada a acreditar determinados hechos o actos como auténticos.

En España se podía distinguir, antes de la codificación, entre la jurisdicción voluntaria que se ejercía fuera de juicio, sin controversia de partes contendientes, como los actos de legitimación, adopción, la información de pobreza, etc. Y la contenciosa que es la que se ejerce en las contiendas jurídicas o habiendo contradicción entre partes. Fue así como entre las facultades entregadas a los alcaldes como “jueces ordinarios” les correspondía el conocimiento de todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que llegasen a ser contenciosas entre partes o hubiese necesidad de conocer el Derecho para seguir conociendo de ellas. Las sucesivas leyes que van reglamentando la materia, recogen la intervención judicial en éstas y la reglamentan.

Ésta en un principio no formaba parte de la jurisdicción, pero al recaer en los magistrados romanos que ejercían esta función y otras que correspondían a materias no estrictamente contenciosas, estas pasaron a formar parte de un todo, surgiendo así dentro del término amplio de jurisdicción, la división entre lo contencioso y lo voluntario, última rama que correspondía mas bien a la función de administración que a la de jurisdicción.

Podríamos concluir entonces, que los asuntos voluntarios forman parte de la jurisdicción solo por una razón histórica y política, ya que al menos en la historia conocida acerca del tema no se pudo encontrar ninguna de fondo que explique el fenómeno.

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma post clásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo el estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobretodo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados. La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo sólo a ésta última como verdadera jurisdicción.

3.1.2. Definición

Guillermo Cabanellas de Torres, en su diccionario, dice: “La palabra jurisdicción se forma de jus y de dicere, aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice, iurisdictio o jure dicendo... Aquélla en que no existe controversia entre las partes; la que no requiere la dualidad de las mismas.”²⁹

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

3.2. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

En términos muy generales puedo definir la jurisdicción contenciosa como aquélla, ante la cual se tramitan los juicios contenciosos o contradictorios. Existe controversia o contradicción entre las partes; se requiere de un juez y de una decisión que la dirima. Hay litigio, contienda, controversia o discusión. La Jurisdicción contenciosa es la jurisdicción propiamente dicha.

²⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**, págs. 220 y 221.

De acuerdo a la materia, la jurisdicción contenciosa puede ser de varias clases: civil, penal, constitucional (el habeas corpus, el juicio de amparo y el proceso de inconstitucionalidad), mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo. Existe también jurisdicción contencioso militar, a la que están sometidos los miembros de la Fuerza Armada en el servicio activo de los delitos y faltas puramente militares que cometan.

Asimismo, hay jurisdicción contenciosa derivada del fuero especial de que están investidos los altos funcionarios públicos, cuando para ser juzgados por delitos oficiales y comunes que comentan, la comisión pesquisidora del Congreso o la Asamblea Legislativa, en su caso, deba declarar si hay lugar a formación de causa. Se trata de otro caso en que hay función jurisdiccional desde el punto de vista material, no desde el punto de vista formal, ya que no corresponde a este órgano del Estado la administración de justicia.

Jurisdicción voluntaria, al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, en la que como se ha dicho, hay controversia entre partes, en la jurisdicción voluntaria no existe esa controversia, ni dualidad de partes. Se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar.

Doctrinariamente se sostiene que también hay: - Jurisdicción voluntaria de los árbitros en los juicios de compromiso. – Jurisdicción voluntaria de los jueces ordinarios, cuando ejercitan su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hubiere contención de partes. – Jurisdicción voluntaria en el caso de la jurisdicción prorrogada.

Partiendo de lo que esencialmente caracteriza a la jurisdicción voluntaria que es la no contención de partes, apropiadamente puede afirmarse que en el primero de los casos no estamos en presencia de este tipo de jurisdicción, pues, en definitiva los árbitros, a través del laudo arbitral, resolverán una controversia, la que ordinariamente

sería resuelta por un juez común, o sea, que sí, hay contención de partes. Este punto de vista tiene más relevancia tratándose de los árbitros de derecho que proceden como los jueces ordinarios y arreglan sus procedimientos, como sus decisiones, a las leyes vigentes en la materia.

Si este tipo de jurisdicción recibe el nombre de voluntaria y ha sido calificada así tradicionalmente, es porque las partes de mutuo acuerdo por su voluntad, deciden someter la controversia a árbitros, al presente o al futuro. Éstos, en su nombramiento y ejercicio dependen exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes. Puede afirmarse que se trata de una jurisdicción contenciosa voluntaria, contenciosa por haber controversia; voluntaria, porque las partes deliberadamente sacan su discordia del conocimiento de los jueces ordinarios para someterla al conocimiento de árbitros.

El segundo caso de jurisdicción voluntaria a que se ha hecho mención, es el que se conoce como jurisdicción voluntaria propiamente dicha. Existe un procedimiento judicial, conoce un juez ordinario y hay una resolución, sin que medie conflicto alguno; el juez ordinario ejercita su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hay contención de partes.

En este tipo de jurisdicción voluntaria se trata de actuaciones ante los jueces, para la solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones, lo de voluntaria desaparece. Si el interesado, para beneficio propio o para la protección de sus intereses requiere de esas solemnidades o resoluciones, necesaria y obligadamente deberá ocurrir al juez, lo quiera o no.

Por las anteriores razones se ha dicho que la llamada jurisdicción voluntaria, ni es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción porque ésta lleva incluida la contención de partes, ni es voluntaria porque en muchos casos la intervención del Juez se haya impuesta por la ley. Así, por ejemplo, si el padre o madre por utilidad o necesidad desea vender bienes raíces del hijo que se encuentra bajo su patria potestad, no pueden hacerlo libremente, sino que deben obtener autorización. Aquí el

interesado obligadamente debe ocurrir al juez para obtenerla, no voluntariamente, pues si no lo hace no podrá hacerse la venta.

Lo que caracteriza a la llamada Jurisdicción voluntaria es la no contención de partes, tampoco aquí existe, pues media la controversia, y la voluntariedad es respecto de la competencia, no respecto de la jurisdicción propiamente dicha.

“Se dice habitualmente que la jurisdicción voluntaria cumple una función administrativa y no jurisdiccional. Esta proposición tan importante debe ser analizada cuidadosamente... Se puede definir el acto administrativo como aquel que, a petición de parte o ex officio, expide un órgano del poder público para reglamentar una ley, para promover a su mejor cumplimiento, para aplicarla a un caso particular o para dirimir una controversia entre partes. Por su contenido propende al bienestar general, al funcionamiento de los servicios públicos, a la aplicación de la ley a un caso concreto; por su eficiencia, es siempre susceptible de revisión en vía jurisdiccional; pero su función es productiva de derecho, contribuye al desenvolvimiento gradual y jerárquico del orden jurídico... Dentro de una noción tan amplia, en la que hemos querido abarcar lo general y lo particular, puede admitirse que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa... No se dictan, normalmente, de oficio, sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional... Acaso la dificultad de la cuestión provenga de este cometido y coincide en buena parte con el de la jurisdicción. Pero la ausencia del elemento cosa juzgada, sustancial para calificar el acto jurisdiccional impide incluir a los actos judiciales no contenciosos entre los actos de jurisdicción.”³⁰

³⁰ COUTURE, Eduardo. **Ob.Cit**, págs, 51 y 52.

3.3. Naturaleza de la jurisdicción voluntaria

3.3.1. Teoría de la naturaleza jurisdiccional

La concepción tradicional considera a la función voluntaria como jurisdicción basándose en su etimología y en sus antecedentes históricos. La doctrina moderna que avala esta teoría pretende construir un concepto amplio de jurisdicción que comprenda esta facultad, sin embargo, los tratadistas discrepan de este elemento por lo que existen diversas posiciones en este grupo.

Francisco Ramos, argumenta en favor del carácter jurisdiccional de los actos voluntarios señalando: “- La presencia judicial es precisamente uno de los fundamentos de la atribución de estas actividades a la jurisdicción. No es sólo el juez, sino lo que comporta su actuación: la actividad jurisdiccional es ejercicio de la jurisdicción y enjuiciamiento. Aunque las personas puedan ser fungibles, desde el momento en que estas actuaciones se encomiendan a los jueces, dejan de serlo. El juez no puede proceder más que enjuiciando y ahí reside la garantía de su actividad. – En las actuaciones de jurisdicción voluntaria existe *processus iudicii*, aunque éste se acomode a una estructura acorde con la exigencia de los actos. Además en el ámbito denominado contencioso existen diversas estructuras en función de los objetivos del proceso . – Los actos de jurisdicción voluntaria denominados constitutivos gráficamente demuestran su jurisdiccionalidad, porque deben al *iudicium* su existencia jurídica: tienen significación jurídica gracias al juicio que los crea como tales. – La cosa juzgada se produce en el ámbito limitado para el que están previstos los actos, sin que puedan extenderse sus efectos más allá de esos límites”.³¹ Sostiene además Ramos Méndez que la ausencia de controversia tampoco es signo distintivo de la jurisdicción voluntaria, ya que se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesario, o se solicite intervención del juez sin estar empeñada, ni promovida cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

³¹ RAMOS, Francisco. **Derecho Procesal Civil**, pág. 67.

El argumento responde a un planteamiento dualista de las relaciones entre derecho y proceso. No tiene que existir controversia para que exista proceso, pero además, es fácil constatar que en muchas actuaciones de jurisdicción voluntaria existen o pueden existir precisamente controversias

3.3.2. Teoría de la naturaleza administrativa

En general, es la que predomina en la doctrina italiana, francesa, alemana, española, sostienen esta teoría: la jurisdicción voluntaria como “existencia de atribuciones de la autoridad judicial con finalidades y caracteres particulares diversos de los de la jurisdicción propiamente dicha. Ella no tiende a la aplicación de sanciones, del mismo modo que la tutela jurisdiccional de derechos transgredidos, violados o insatisfechos, sino a desplegar injerencias de la autoridad pública en el desenvolvimiento de las relaciones o negocios ajenos con finalidad de asistencia o de control preventivo, injerencias típicamente de interés público y por tanto, substancialmente administrativas.”³²

Rocco, citado por Couture, señala por su parte, que “la diferencia entre jurisdicción verdadera y propia y jurisdicción voluntaria, estriba en que la primera es verdaderamente jurisdicción, mientras que la segunda es actividad administrativa. La primera presupone ya formada la relación jurídica y quiere sólo realizarla, en tanto que la segunda supone la relación todavía no formada y quiere contribuir a constituirla.”³³

La diferencia entre jurisdicción y administración, sostiene Couture, debe buscarse en la existencia en el primer caso y en la ausencia en el segundo, de una pretensión que constituya el objeto de cada una de aquellas actividades. La función jurisdiccional esta basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión; la función administrativa no exige, conceptualmente, para su desarrollo, esta iniciativa o impulso exterior a si misma, puede obtener la realización de sus fines

³² REDENTI, Enrico. **Derecho Procesal Civil**, pág. 30.

³³ COUTURE, Eduardo. **Ob.Cit.**, pág. 56.

mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada. Así, mientras la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general.

José Chiovenda, por su parte, señala que el nombre de la jurisdicción voluntaria deriva “de la función habitual del órgano jurisdiccional. Aún hoy vemos que una gran parte de actos de jurisdicción voluntaria se confían a los jueces, lo cual no priva que tales actos sean actos de simple administración; pero tratándose de actos que requieren una formación especial y especiales garantías de autoridad en los órganos a los cuales son confiados, es natural que el Estado utilice a este fin la misma jerarquía judicial.”³⁴ Pero no todos los actos llamados de jurisdicción voluntaria se verifican por los órganos judiciales. También entre los actos de los órganos administrativos los hay que son perfectamente afines con los que la ley atribuye a los jueces como jurisdicción voluntaria.

Sostiene Chiovenda que la jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes. En cambio la jurisdicción propiamente tal, tiende a la actuación de relaciones existentes. La jurisdicción civil supone, pues, en una parte la expectación de un bien respecto de la otra, sea este bien una prestación, sea un efecto jurídico. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse o se desarrollaría imperfectamente.

3.4. Jurisdicción voluntaria notarial

También llamada jurisdicción graciosa, jurisdicción no contenciosa, jurisdicción voluntaria en sede notarial, jurisdicción voluntaria ante Notario, jurisdicción necesaria o

³⁴ CHIOVENDA, José. **Principios de Derecho Procesal Civil**, pág. 384.

actos judiciales no contenciosos. “La idea es la misma, los asuntos que pueden conocer, tramitar y resolverse ante notario, sin que exista contención entre las partes”³⁵

La competencia del Notario se remite al Derecho Privado, siempre que su actuación se refiera a actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, así como a los hechos que presencie, siempre que estos hechos no se califiquen como contratos. Estas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de las actuaciones notariales deberán estar exentas de todo litigio o contienda, pues siendo así se convierte en juicio, saliéndose ya de la competencia notarial y pasando a la actividad judicial.

La llamada jurisdicción voluntaria, precisamente por su carácter anti-litigiosa, puede ser materia de la función Notarial y no de la judicial, aunque en nuestro medio salvo raras excepciones toda la jurisdicción voluntaria es materia judicial.

La Jurisdicción propiamente dicha, es la facultad y función estatal que se encarga de aplicar las normas de orden jurídico abstracto, a través de los órganos jurisdiccionales a un caso concreto formulado en relación con una demanda. La jurisdicción voluntaria es de naturaleza eminentemente administrativa y subsidiaria en los órganos que administran justicia, a tal grado que se considera como “actividad anormal de jueces y tribunales”. Con la función Notarial lo que se hace es dar realidad efectiva al derecho privado; y si al Notario competen estos actos de administración pública de los derechos privados, es natural que él sea el funcionario ante quien se haga realidad esos derechos privados.

Esto ya ha sido analizado, discutido y reglamentado en Congresos, Conferencias y Legislaciones de distintos países. La intervención del Juez en actos de jurisdicción voluntaria, sólo tiene por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, agregando, que se trata de uno de los supuestos en que el Juez ejerce funciones administrativas. Y es que doctrinariamente se entiende por jurisdicción

³⁵ MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción Voluntaria Notarial**, pág. 3.

voluntaria aquella que se ejerce por el Juez en actos o asuntos que por su naturaleza no admiten contradicción de parte, limitándose la autoridad judicial a dar fuerza, homologar y dar valor legal a dichos actos.

Nuestro ordenamiento jurídico, al tenor de lo establecido en el Artículo 401 del Decreto Ley 107 (Código Procesal Civil y Mercantil), establece que la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Tomando la anterior definición legal, puedo decir que jurisdicción voluntaria notarial contiene todos los elementos que allí se mencionan, salvo cuando se refiere al juez, que debe entenderse por notario.

3.4.1. Evolución histórica

La jurisdicción voluntaria es más reciente que la contenciosa. La necesidad de reparar una violación del derecho por un pronunciamiento Judicial apareció antes que el anhelo de prevenir por publicidad oficial, un acto jurídico, una futura violación del derecho la confusión de una situación jurídica. También para las disposiciones administrativas de carácter jurídico constitutivo, tal en asuntos de tutela o sucesorios, se consideraba por de pronto como más indicada la actividad de la autoridad administrativa que un procedimiento judicial. La evolución de actos especiales de procedimientos no contenciosos comenzó en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

Entre los siglos XI y XII, se marca el momento fundacional del notariado con la adquisición de la fe pública. La función autenticadora de negocios había pasado por distintas manos antes de llegar el notario, quien cumplía distintas funciones públicas o privadas pero desprovistas de fe pública.

He podido distinguir entre historia de la función notarial ejercida por pretores, magistrados, jueces, notarios, etcétera, e historia del órgano notarial, notarios romanos y eclesiásticos, tabeliones, notarios longobardos y francos, notario medieval, etcétera.

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

A imitación de estos funcionarios, la Iglesia de Roma tuvo, desde el siglo III, un propio cuerpo de notarios, pero, en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares estuvo atribuida no ya a los notarios, sino a otro cuerpo especial de funcionarios, los tabeliones organizados en corporaciones. La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del tabellio, pero no le concede la fe pública.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, y así llegamos al siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los notarios eclesiásticos y otras categorías, que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas, en la forma permitida por la ley. En esta época, algunos notarios acumularon en su oficio el de juez. En el siglo IX este fenómeno se hace frecuente y se llegó, incluso, a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato, era el juez.

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

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

En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública hizo que, los efectos que hoy se derivan de aquélla, se alcanzara en los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas, la *in iure cessio* y la *in iudicio*.

El rasgo fundamental del proceso civil romano, es la peculiar división en procedimiento *in iure*, ante el magistrado, o *in iudicio* ante el *iudex*.

La primera etapa de simplificación fue suprimir la fórmula de sentencia, bastando que el juez dictase un simple *praeceptum de solvendo*, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la *actio iudicati*.

La segunda etapa fue suprimir la necesidad de la demanda. Las partes comparecían ante el juez, y, previo requerimiento de una parte pero sin formular a demanda, la otra confesaba y el juez pronunciaba un simple *praeceptum de solvendo*, con la eficacia de la *actio iudicati*.

Entre los siglos XI y XII, el notario, que había conseguido la fe pública, consigue que este juicio aparente sea sustituido por una actuación ante aquél, y que el documento que redacta, con la pseudo *confessio* de las partes, adquiera, por virtud de la llamada cláusula *guarentigia*, la misma eficacia que el *praeceptum de solvendo* del *iudex*. Nacen entonces, los instrumentos públicos (*instrumentos guarentigios*).

El gran movimiento económico en Italia hace aumentar las contrataciones judiciales, entonces surge la necesidad del servicio del notario para agilizar estos trámites, pero aún se tenía dudas sobre la no intervención del juez, así es como se

nombra juez ordinario al notario para todo lo que fuera actos de jurisdicción voluntaria y otros similares; los instrumentos guarentigia (cláusula guarentigia) son uno de las manifestaciones de este “iudex cartularios”.

Elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadota de negocios que hasta dicho momento se venía realizando a través de juicios. El notario encontró así, lo que en el transcurso del tiempo se ha venido estimando como función suya, típica. Quedó para el juez la actividad propiamente jurisdiccional, el ius dicere en los procesos civiles.

La actividad notarial se desprende de lo que antes era actividad jurisdiccional. Decía Couture que, “La jurisdicción voluntaria perteneció en sus primeros tiempos a los notarios, y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del poder judicial; nada impide que pasen mañana a la administración y aunque vuelvan a su fuente de origen, como se ha propuesto.”³⁶

“En el notariado vinculado al descubrimiento de América, se conocen algunos casos de escribanos o notarios que en alguna u otra forma intervinieron en las primeras manifestaciones de la conquista española. El panorama notarial lo constituían las Leyes de Partidas y la Nueva y Novísima recopilaciones. Posteriormente el Notariado en el Derecho Indiano contemplaba muchas especies de escribanos, las categorías que más interesan son: escribanos de Indias y los públicos.”³⁷

En Guatemala, “seguramente 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.”³⁸ Claros antecedentes como el Decreto 444 (Estatuto de uniones de hecho) y el Decreto 1145, que facultó a notarios celebrar matrimonios.

³⁶ COUTURE, Eduardo. **Ob. Cit.**, pág. 53.

³⁷ (s.a.) https://snrportal.supernotariado.gov.co/portal/page?_pageid=113,970685&_dad=portal&_schema=PORTAL, (25 de abril de 2007)

³⁸ MUÑOZ, Nery Roberto. **Ob. Cit.**, pág. 4.

Algo de historia al respecto: entrevistado el Abogado Gonzalo Loarca Guzmán, me narra, que “por los años sesenta, un sacerdote católico, fue aprehendido y procesado, inicialmente en Amatitlán y luego en el juzgado cuarto de primera instancia de lo penal, en la quinta calle y décima avenida “A” de la zona uno, este religioso “casó” a un grupo de 400 parejas que habían cohabitado por cierto tiempo, en el lugar denominado El Tacatón, en Amatitlán y les cobró cantidad considerable de dinero. El Síndico Municipal, planteó la denuncia por el procedimiento que era utilizado en esa fecha. Al indagarlo, se recurrió al Licenciado José García Bauer, diputado, quien había propuesto un proyecto de ley para parejas no casadas en convivencia, para que como buen católico lo defendiera. El sacerdote casó con un procedimiento que no había nacido a la vida jurídica. El diputado y Abogado García Bauer, le negó su asistencia, argumentó que se trataba de un proyecto y que mirara como se defendía. Se acudió ante el abogado Daniel Barrera de Evíán, quien como buen católico sí defendió al cura, quien para entonces ya estaba tras las rejas en el segundo cuerpo de la policía nacional. Las cúpulas de poder se movieron, originándose manifestación frente al juzgado, amenazando con incendiarlo. Para aliviar la situación se le concedió fianza de cinco mil quetzales que para entonces era mucho dinero. La solidaridad de las mujeres políticas del mercado central, lideradas por Concha Estévez y Paca Hernández, logró reunir el dinero y depositaron el monto de la caución, obtuvo su libertad el sacerdote. Al día siguiente, el Congreso Nacional, se reunió de urgencia, y aprobó que además de los señores Alcaldes, también los notarios y los ministros de culto autorizados por el Estado de Guatemala, (concretamente por el Ministerio de Gobernación) quedaran facultados para autorizar matrimonios. Antonio Rivera Toledo, estudiante de derecho acogió el tema, convirtiéndolo en Tesis de cinco tomos de graduación, hizo referencia a la autorización del matrimonio ya descrita. Los matrimonios autorizados por aquél sacerdote, el juez Carlos Corzantes Molina, los calificó como “matrimonios ilegales””.

3.5. Analogías y diferencias entre magistraturas judicial y notarial

Parece exacto el punto de vista en que se apoya la concepción jurisdiccional del notariado. Cuando menos, no cabe duda de que hay coincidencias muy acusadas entre

la función propiamente judicial y la notarial, en rigurosa correspondencia con las que se dan entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

3.5.1. Analogías

a) Comprenden la facultad necesaria para la declaración del derecho: En su origen por voluntad directa de las partes; En el momento de ser desconocido, obligándola a reconocerla.

b) En una y otra se aplica la ley al caso, con el acuerdo o sin la conformidad de los interesados, pero venciendo dificultades técnicas y prácticas.

c) Requieren igual ciencia para el conocimiento de la ley y el mismo arte para ligar a ella la voluntad.

d) Tanto una como otra son funciones de justicia. El notario como el juez son órganos de ella, que tiene por finalidad asegurar el triunfo de la misma y consiguientemente, de la moralidad, que, en las relaciones civiles, va inseparablemente unida a la justicia. El notario juzga la necesidad o conveniencia, verdad y sinceridad, legalidad y moralidad, bondad, utilidad y justicia del acto, dirige la vida jurídica, regulando la utilidad de la vida económica y el comercio de la vida social. Tienen los notarios su balanza para procurar imparcialmente la igualdad de las partes, base de toda justicia. Debe destacarse el concepto de imparcialidad, que es común al juez y al notario.

La idea de asimilar el notario al magistrado y, en ciertos casos, sustituirlo, proviene de su poder de homologación, de legitimación y de imposición de credibilidad pública; sus actuaciones tienen presunción de prueba privilegiada y, en muchos casos, exención de prueba.

Desde luego, considero que la fuerza y autoridad que las distintas legislaciones puedan atribuirles dependerán de la formación, preparación y autoridad del fedatario público.

El notario debe tener la misma preparación jurídica inicial que el juez y el abogado, y en la misma situación de responsabilidad y de investidura estatal que el juez, pues, en caso contrario no podrá pretender para su actividad los mismos efectos legitimadores y homologantes, que produzcan la misma fijeza de derechos y situaciones a las respectivas organizaciones.

3.5.2. Diferencias

a) Por el caso o supuesto que da lugar a la intervención de uno y otro; el notario actúa en sentido positivo, sólo cuando las normas objetivas del derecho hallan en las voluntades privadas la adhesión debida, el juez interviene, o debe intervenir, solamente cuando se presume o se demuestra que alguna de dichas voluntades se desligó de tales normas, de un modo espiritual, desconociéndolas, negándolas, o de un modo material, vulnerándolas, perturbándolas.

b) Por la forma en que intervienen: el notario interviene en forma preventiva; el juez en forma reintegradora; es lo que corrientemente se dice que la función notarial es fisiológico jurídica; la del juez, patológico-jurídica. Esto no quiere decir que la reintegración del derecho no haya a veces de valerse del notariado, lo mismo exactamente que la terapéutica se sirve alguna vez de medios higiénicos.

c) Por los intereses que requieren distinta intervención: la intervención del notario es solicitada por intereses aislados o enlazados; el juez, por intereses contrapuestos. El juez debe intervenir cuando la contraposición de intereses se opone directamente por uno o más titulares, o el trastorno a que da lugar la expresada contraposición produce en términos de extrema gravedad, cuestión penal.

d) A todo ello hay que añadir los efectos que las diferentes intervenciones jurisdiccionales producen: la sentencia, o sea el acto jurisdiccional es la sentencia por excelencia, lleva en sí plenamente la autoridad de cosa juzgada. El acto notarial no produce por sí la cosa juzgada en su más propio sentido, y sólo lleva consigo una prevención *juris tantum* de legitimidad y autenticidad. Se suele decir, entre los tratadistas, que el proceso notarial atribuye a los actos jurídicos valor y fuerza de sentencia; pero ello no debe ser entendida en el sentido de cosa juzgada.

e) El documento público obliga a juzgar conforme al asunto; la cosa juzgada obliga al juez a no juzgar el mismo asunto. El documento público da lugar a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante. La escritura pública tiene la promesa, por ley, de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela en vía de acción sobre las mismas relaciones jurídicas. La declaración legitimadora notarial está subordinada a la definitiva decisión judicial, en caso de contienda promovida por quien se crea postergado o perjudicado.

Si alguna parte reclama por faltar los supuestos de la verdad en que se funda su normal reconocimiento por el legislador, no puede quedar satisfecha la conciencia de la sociedad con la ofensa inferida a la justicia, y se permite recurrir a los tribunales encargados de velar por las leyes e imponerlas forzosamente en caso de discordia, para revisar con juicio más amplio el proceso notarial y corregir sus elementos injustos que perturban el orden jurídico.

Esta posibilidad de revisión judicial no es, sin embargo, absoluta. La necesidad de conceder a la fe pública, en el ámbito que es propia de ella, la eficacia debida hace que no puedan ser contradichas o rectificadas las aseveraciones de instrumento público, que quedan amparadas por la fe del notario.

3.6. Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria.

3.6.1. Antecedentes

“El Colegio de Abogados de Guatemala, bajo la presidencia del Licenciado René Villegas Lara, encomendó al Doctor Mario Aguirre Godoy el estudio y la elaboración del Proyecto de ley que sería presentado a consideración del Congreso de la República.” Este proyecto se publicó en el Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala, Año XXII, No. 3, septiembre a diciembre, 1974 página 32.

El Proyecto de Ley mereció la aprobación del Congreso de la República y emitió el Decreto No. 54-77, de fecha 3 de noviembre de 1977, que contiene las disposiciones que regulan la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, aunque suprimió algunos capítulos del Proyecto.

En el acto inaugural del XIV Congreso Internacional del Notariado Latino se incluyó, como ceremonia especial, la suscripción del Decreto 54-77 del Congreso por el Presidente de la República, General Kjell Eugenio Laugerud García, por la importancia que se le atribuyó.

La Revista Notarial, órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en su No. 835, año 84, 1977, publica la ley (pág. 1928) con este comentario: “Se transcribe a continuación el texto del decreto No. 54/77 emitido por el Congreso de la República de Guatemala, cuyo cumplimiento dispuso su Organismo Ejecutivo, el 5 de noviembre de 1977. Mediante esa normativa, se incorporó a la legislación positiva de esa nación, la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Ello constituye un valioso antecedente, que avala las aspiraciones que en esa materia ha destacado el notariado argentino en numerosos encuentros realizados en nuestro país”³⁹.

³⁹ Organismo Judicial, Corte Suprema de Justicia. **La Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria en Guatemala**, págs. 33 y 34.

3.6.2. Principios que la fundamentan

3.6.2.1. Consentimiento unánime

Consentimiento: “del latín “consentire” compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga.”⁴⁰ Como requisito esencial para tramitar el asunto, sin el cual es inútil la intervención del notario. Debe existir ausencia de contradicción en los interesados, sin oposición.

3.6.2.2. Forma de las actuaciones y resoluciones

El derecho notarial es eminentemente formalista. Debe sujetarse a lo establecido en la ley, dando forma legal a la voluntad de las personas. Las actuaciones se harán constar en Acta Notarial, debiendo cumplir con los requisitos que contiene toda acta notarial para que tenga efectos y validez. Sin embargo, en jurisdicción voluntaria las resoluciones quedan a discreción del notario, su redacción. Lógicamente debe observar elementos fundamentales como la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. “Esto obedece a que el Notario se convierte en un director del trámite de las diligencias para que se desenvuelvan ordenadamente.”⁴¹

3.6.2.3. Colaboración de las autoridades

El notario, judicialmente actúa como auxiliar del juez en asuntos diversos, pues es llamado a intervenir en un procedimiento judicial, para hacer constar hechos o circunstancias que interesen en el proceso. En jurisdicción voluntaria el notario es requerido por los interesados para diligenciar algún asunto no contradictorio y regularmente son éstos quienes aportan los documentos o medios de convicción que harán que el notario resuelva un asunto. Existen datos o informes, que por alguna razón los interesados pueden aportar al momento de requerir los servicios del notario, es por

⁴⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Ob. Cit.**, pág. 87.

⁴¹ Organismo Judicial, Corte Suprema de Justicia. **Ob. Cit.**, pág. 23.

ello que el creador del Decreto 54-77, Doctor Aguirre Godoy, acertadamente incluyó la colaboración de las autoridades. El notario quien ejerce como funcionario público para dar validez a los actos y contratos de las personas en el ámbito privado, requiere la colaboración de la administración pública en determinados asuntos, siendo estos en jurisdicción voluntaria extrajudicial; convirtiéndose la administración pública en auxiliar del (funcionario público) notario, pudiendo este inclusive solicitar apremios al juez.

3.6.2.4. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación

La jurisdicción, como dije, se ejerce por el órgano jurisdiccional, siendo este quien conoce y decide un caso concreto, contradictorio o no. Los jueces tienen independencia en sus resoluciones y no dan cuenta a ninguna persona individual o jurídica por ello (cuando actúan en ley). Sin embargo, al notario no obstante que se considera un funcionario público y ejerce jurisdicción voluntaria (no contradictoria), obliga en algunos asuntos y faculta en otros, otorgar audiencia a la Procuraduría General de la Nación con el objeto de emitir opinión sobre la “juridicidad y legalidad” del asunto, convirtiéndose dicha entidad en un contralor en razón de la opinión emitida mediante un dictamen, siendo éste vinculante para el notario.

3.6.2.5. Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite

“La ley se aplica a los asuntos que específicamente se mencionan en la misma, pero también permite que puedan tramitarse ante Notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil. Se entiende que es para los casos en que éste Código faculta a los notarios para tramitarlos, ya que entre ellos (...), figuran algunos procesos especiales que no pueden ser tramitados ante Notario, como sucede con el proceso de incapacitación. Tampoco los casos del divorcio por mutuo consentimiento, que el Congreso al emitir el Decreto No. 54-77, excluyó, no obstante que en el Proyecto de Ley sí se contemplaba. En cambio, sí puede tramitarse ante Notario la identificación de persona, que no está regulada en la Ley específica y sí en el citado Código, al igual que el proceso sucesorio extrajudicial.

Es importante señalar que los interesados tienen opción para acogerse al trámite notarial o al judicial. En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial o viceversa. En el primer caso el Notario, debe enviar el expediente al tribunal que sea competente.

Debemos hacer la observación que aunque la ley da esta opción a los interesados, la experiencia ha demostrado que el trámite notarial es el preferido y que esto ha provocado un significativo descargo del volumen de asuntos judiciales, lo que ha permitido que los jueces y tribunales concentren su atención en la resolución de controversias que requieren de la función jurisdiccional.”⁴²

3.6.2.6. Inscripción en los registros

En todo asunto de jurisdicción voluntaria notarial existe un final, una terminación del asunto, la cual ya no se hará constar por acta notarial, sino por resolución. En la resolución final del asunto, el notario ordenará la remisión de certificación con duplicado de dicha resolución a los registros respectivos relacionados con la vida civil de los interesados. La certificación puede ser: por transcripción literal, o por reproducción auténtica del original (por cualquier medio); y el duplicado tiene por objeto, quedarse en el registro respectivo y éste, devolver la certificación con razón puesta de la operación.

Sin perjuicio de otros asuntos que finalizan por escritura pública, remitiendo testimonio al registro respectivo, pero siempre ordenado por notario en resolución final.

3.6.2.7. Remisión al Archivo General de Protocolos

“El destino final de los expedientes fenecidos ante Notario debe ser el Archivo General de Protocolos, dependencia del Organismo Judicial que lleva el control de los notarios.”⁴³

⁴² Organismo Judicial, Corte Suprema de Justicia. **Ob. Cit.**, pág. 24.

⁴³ MUÑOZ, Nery Roberto. **Ob. Cit.**, pág. 18

No estoy de acuerdo con lo expresado por el profesor Nery Muñoz, en cuanto al plazo en que debe remitirse el expediente al Archivo General de Protocolos, cuando dice que no existe tiempo determinado para ello. La ley, si bien no menciona tiempo, sean estos días o meses; sí menciona cuándo, y es, una vez concluido cualquier expediente. Entiendo que a falta de plazo, es inmediatamente.

3.7. Asuntos propios de la jurisdicción voluntaria notarial

El campo de acción de la fe notarial se encuentra muy limitado; el extendido campo que tiene el derecho privado, la existencia de la jurisdicción voluntaria, la extensión de la fe pública a otras organizaciones que no son la institución notarial en muchos actos de la administración pública y otros tantos hechos, limitan en un coeficiente muy considerable la actuación notarial.

No está desde luego desprovisto de lógica el deseo del notariado latino de que se reintegren a la órbita de la competencia del notario todas las funciones que, sin razón, le han sido sustraídas.

Como principio rector, la doctrina de nuestro país considera al notario como configurador y autor del instrumento público, que actúa al servicio del derecho. Es la aptitud para el conocimiento de materias o funciones que, por su naturaleza, caen dentro de su competencia.

Encontramos entre los asuntos propios de la jurisdicción notarial voluntaria los siguientes trámites o procedimientos:

3.7.1. Regulados en el Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno

a) Identificación de un tercero: procede cuando la persona de un tercero, constante y públicamente use nombre propio o apellido distinto del que consta en su partida de nacimiento, o use incompleto su nombre, u omite alguno de los apellidos que

le corresponden, se podrá pedir la identificación de esa persona ante juez de primera instancia o un notario.

b) Subastas voluntarias: es el procedimiento de “venta pública de bienes o alhajas al mejor postor, por mandato... por supuesto en que no interviene la autoridad judicial ni es consecuencia de la ejecución de un fallo.”⁴⁴

c) Proceso sucesorio: — Testamentario: es el procedimiento en virtud del cual, las personas llamadas a suceder los bienes de otra que ha fallecido, inician las diligencias necesarias para disponer del todo o parte de los bienes del causante a título universal o particular. — Intestado: es el procedimiento en virtud del cual, las personas llamadas a suceder a título universal de los bienes de su causante, inician las diligencias necesarias para disponer del todo o parte de los bienes que no dispuso el fallecido.

3.7.2. Regulados en el Decreto 54-77 del Congreso de la República

d) Ausencia: es el procedimiento que procede cuando existe “la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante.”⁴⁵

e) Disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes: “es la facultad de enajenar o gravar los bienes”⁴⁶ de una persona menor de edad, de un declarado en estado de interdicción y de un ausente, por parte de su representante legal, en procedimiento legal ante notario.

f) Reconocimiento de preñez o de parto: “es la confesión de paternidad extramatrimonial. Declaración solemne de la paternidad o maternidad natural; ya sea

⁴⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Ob. Cit.**, pág. 371

⁴⁵ **Ibíd.**, pág. 42.

⁴⁶ **Ibíd.**, pág. 132.

por una confesión espontánea de los progenitores, ya como resultado de la prueba”⁴⁷ presentada ante notario.

g) Cambio de nombre: es el procedimiento por virtud del cual una persona que por cualquier motivo desee cambiar su nombre, lo solicita ante notario, expresando los motivos que tenga para hacerlo y el nombre completo que quiera adoptar.

h) Partidas y actas del registro: es el procedimiento voluntario notarial que se inicia cuando se ha omitido alguna partida o circunstancia esencial en los registros civiles.

i) Determinación de edad: procede cuando para cualquier acto o diligencia que no sea de carácter procesal penal y si no fuere posible fijar la fecha del nacimiento de una persona, se acude ante notario, quien le atribuye la edad que le fije un facultativo competente, de acuerdo con el desarrollo y aspecto físico de la persona.

j) Omisiones y errores en el acta de inscripción: procede cuando en el acta respectiva se hubiere incurrido en omisión, error o equivocación que afecte el fondo del acto inscrito, y que el notario resuelve sobre la procedencia de la rectificación y anotación en la inscripción original.

k) Patrimonio familiar: es el procedimiento en jurisdicción voluntaria notarial que consiste en destinar “uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia.”⁴⁸

l) Adopción: es el procedimiento en virtud del cual un adoptante, como acto jurídico social, toma como hijo propio a un menor o mayor de edad que es hijo de otra persona.

⁴⁷ **Ibíd.**, pág. 340.

⁴⁸ Art. 352, **Código Civil**. Dto. Ley 106, 1963.

3.7.3. Regulados en el Decreto 125-83 del Congreso de la República

m) Rectificación de área: es el procedimiento en jurisdicción voluntaria notarial que procede cuando los bienes urbanos aparecen con áreas registradas mayores a las que real y físicamente comprenden en el Registro de la Propiedad Inmueble.

CAPÍTULO IV

4. Del cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo como asunto de jurisdicción voluntaria notarial

Según la Real Academia de la Lengua Española, cese deviene del verbo cesar, que significa: “suspenderse o acabarse”⁴⁹ (alguna cosa). Dicha definición es muy escueta, pero clara. Esa “cosa” a que me refiero es la unión de hecho, debe entenderse entonces que el cese de la unión de hecho es el acto de acabar con ese estado.

Con anterioridad expuse, además de ser conocido por los jurisconsultos, que la unión de hecho es una institución del derecho civil, concretamente de la jurisdicción de familia. Recordemos que la familia es el género y la unión de hecho es la especie. Así como el domicilio es la relación de la persona con el departamento y el testamento con la vinculación a la sucesión hereditaria.

El matrimonio, que antes fue contrato, ahora es una Institución Social, históricamente deviene del Derecho Romano, del Derecho Francés y del Derecho Español. Antaño solamente los Alcaldes Municipales, estaban facultados para autorizar matrimonios, posteriormente también los señores notarios y los Ministros de Culto con licencia por el Estado, en el caso de Guatemala, por el Ministerio de Gobernación. Sin embargo, para el divorcio, sólo están facultados para declararlo, los señores jueces de primera instancia de familia, puede ser por mutuo acuerdo (no hay contradicción) escogiendo la vía voluntaria o al invocar causas establecidas en el código civil, que generalmente se escoge por más de un año de estar separados y la incompatibilidad de caracteres; como no hay procedimiento específico, se acude a la supletoriedad del artículo 96 del Decreto Ley 107 (Código Procesal Civil y Mercantil) el que determina: “Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial se ventilarán en juicio ordinario.” Además de lo establecido en el artículo 9 del Decreto Ley 206 (Ley de Tribunales de Familia) que establece: “Los juicios relativos a reconocimiento de preñez

⁴⁹ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**, pág. 301.

y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad de matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, se sujetarán a los procedimientos que les correspondan según el Código Procesal Civil y Mercantil.”

En el caso de la Unión de Hecho, están facultados para autorizarla, los Alcaldes Municipales y los Notarios. Los Ministros de Culto no. En Acta ante el Alcalde. Escritura Pública o Acta Notarial ante Notario. Lo determina los artículos 173 y 174 del Decreto Ley 106 (Código Civil).

A contrario sensu, para terminar éste vínculo, no se hace referencia a divorcio, sino a cesación que será por “mutuo acuerdo” ante el juez de primera instancia de familia o ante Notario, por el procedimiento “voluntario”. O solamente el señor juez, cuando hay contención, por el procedimiento ordinario. Quiero explicar, entonces, con claridad, que el Notario, está autorizado para constituir Unión de Hecho y para resolver la cesación, por mutuo acuerdo. Para resolver la cesación de la unión de hecho por contención, por el procedimiento ordinario, solamente el señor juez lo puede declarar.

Litigantes con alguna experiencia y sin ella, generalmente confunden los procedimientos, de ahí que para la terminación de la unión de hecho solicitan que se dicte sentencia de divorcio, en lugar de cesación de unión de hecho, ya que el divorcio corresponde a la terminación del instituto del matrimonio.

No es cuestión de capricho o de interpretación personal, de ninguna manera, la ley al respecto es clara, tal como lo he expresado anteriormente.

En cuanto al instituto de la Unión de Hecho, queda claro que puede integrarse por la autorización de Alcalde o Notario. Puede cesar únicamente por mutuo acuerdo ante Notario, por el procedimiento voluntario. Y ante el juez de familia puede cesar, por el procedimiento voluntario (mutuo acuerdo) y por procedimiento contencioso, por causa determinada, en la vía voluntaria ordinaria.

El Notario, como profesional del derecho encargado de una función con investidura de fe pública, para hacer constar el cese, en el supuesto que así fue como se constituyó en principio.

“Fe es, por definición, “la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública”. Etimológicamente deriva de fides; indirectamente del griego (pietheio), yo persuado.

Pública quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir “del pueblo” (populicum).

Fe pública vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos, creencia notoria o manifiesta.

Es evidente cuando usamos este concepto en el lenguaje jurídico, que realizamos un juicio lógico: afirmamos que ésta fe o creencia, es pública y no privada; ésta fe no privada tiene un contenido jurídico, no religioso, ni político, sino simplemente amistoso”⁵⁰

Los profesionales del derecho concluyen que el cese de la unión de hecho puede hacerse constar de dos formas: en escritura pública o acta notarial, según su declaración.

A saber: la Escritura Pública es un instrumento autorizado “por Notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en el que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose sus otorgantes en los términos pactados.”⁵¹

⁵⁰ COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**, pág. 22.

⁵¹ MUÑOZ, Nery Roberto. **El Instrumento Público y el Documento Notarial**, pág. 18.

El Acta Notarial “es el instrumento autorizado a instancia de parte por un notario o escribano, en el que se consignan las circunstancias y hechos que presencia y les constan, y de los cuales dan fe”⁵² (fe pública notarial).

En el supuesto que el notario hiciera constar la unión de hecho en escritura pública; está recibiendo la declaración de voluntad de los convivientes. Son éstos quienes a voluntad declaran su unión y requieren los servicios profesionales del notario.

Para el caso en que el notario haga constar la unión de hecho en Acta Notarial, los convivientes, requieren los servicios profesionales, pero no para declarar, sino para narrar al notario sobre el estado en que se encuentran y lo que ha ocurrido en ese período. Al notario no le consta que hayan convivido por más de tres años, sólo se circunscribe a transcribir en el acta lo declarado bajo juramento por los requirentes.

Si la unión de hecho, doctrinaria y jurídicamente, se equipara al matrimonio ¿porqué entonces su cesación no es idéntica? Los dos conceptos se consideran como institutos del derecho de familia. El matrimonio es un acto constitutivo y la unión de hecho es un acto declarativo. La unión que se da en ambos conceptos es de hombre y de mujer, los dos institutos persiguen los mismos fines, matrimonio y unión de hecho tienen las mismas obligaciones y derechos.

Sabemos que legalmente el matrimonio debe disolverse en procedimiento judicial, pero en un principio no fue así. El proyecto presentado por el Doctor Aguirre Godoy al Colegio de Abogados y Notarios, y de éste al Congreso de la República, incluía el divorcio y separación por mutuo acuerdo. Fueron los miembros de la Comisión respectiva, quienes presentaron una enmienda al pleno del Congreso de la República, tergiversando su contexto. Esto quiere decir que al divorcio por mutuo acuerdo se le considera dentro de la enciclopedia de jurisdicción voluntaria notarial. Fue sólo el momento político legislativo en el cual se presentó el proyecto de ley. Tal como se lee en el dictamen de la Comisión de Gobernación del Congreso, cual texto transcribo:

⁵² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Ob. Cit.**, pág. 22.

“Honorable Congreso: La Comisión de Gobernación de este Organismo, conociendo los diferentes problemas de orden legal que por diversas razones diariamente tienen que afrontar los guatemaltecos y que muchos de estos problemas pueden cuando no exista contención o controversia, solucionarse favorable y ha estimado conveniente formular un proyecto de Decreto que contenga la Ley Reguladora de la Función Notarial, y para ese efecto ha tomado dos principios básicos: El primer principio o sea el técnico científico, que define a la Jurisdicción Voluntaria, como una función eminentemente notarial, ya que establecidos los campos nos encontramos que dicha jurisdicción no interpreta normas legales, sino que únicamente se circunscribe a derechos de las personas que no entran en contención, sino que por omisiones o requisitos legales, las personas voluntariamente tienen que llevar. Hemos tenido a la vista textos de derecho notarial, tales como los de Monasterio, Gonzalo de las Casas, Enrique Jiménez Arnau, y otros muchos que coinciden en señalar que la Jurisdicción Voluntaria debe ser campo de Derecho Notarial. Siendo función del Congreso de la República, introducir las mejoras a las leyes de Guatemala, debe estar en avance legal, por lo que estimamos procedente aprobar este proyecto haciéndole algunas enmiendas de tipo práctico; y el segundo principio, porque con ello se estará dando a la profesión de Notario, una función más social y con estas facultades que se darán a los mismos, favorecerán a la gran mayoría del pueblo de Guatemala, porque dichos trámites se acortarán de una manera sustancial, evitando gastos a las personas que necesitan de una u otra forma, hacer uso de la Jurisdicción Voluntaria, además de que los tribunales de justicia se evitaban gastos, y con ello el Estado tendrá un ahorro positivo, toda vez que con el crecimiento de la población, en un futuro se tendría que crear más juzgados para resolver estos casos, que no son contenciosos, y que más bien constituye una necesidad de requisitos jurídicos de las personas.

Encontramos también una verdadera innovación a favor de los indígenas de Guatemala, ya que al efectuar el Notario los trámites de titulación supletoria, estarán afianzando los derechos de propiedad de las personas pero especialmente de nuestra raza aborigen, que en su mayoría no tienen títulos registrados, y que por ignorancia o por no concurrir ante un Juez, no llevan a cabo estas diligencias, con ello también el

Estado ganará en el orden fiscal, toda vez que al estar registrados estas titulaciones, tendrán que estar inscritas en la Matricula Fiscal.

Desde el punto científico del Derecho Notarial se tuvo en cuenta los criterios determinados sobre la Jurisdicción Voluntaria por parte del Instituto de Derecho Notarial Internacional Latino (con sede en Italia), que afirma los siguientes postulados:

1º. La jurisdicción Voluntaria declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara derecho de una manera directa;

2º. Las resoluciones de la Jurisdicción Voluntaria no tienen la santidad de la cosa juzgada, en la generalidad de los casos contra ellas no cabe el recurso de casación;

3º. No habiendo declaración de hechos controvertidos, ni posibilidad de que haya oposición, en esta clase de expedientes no tiene porque intervenir forzosamente el Juez; y

4º. Tratándose por consecuencia de actos extrajudiciales por su esencia y naturaleza, la intervención de los mismos debe corresponder a los funcionarios del orden Notarial, los que vienen a reafirmar la necesidad de legislar en este sentido, tal y como lo ha solicitado el Honorable Colegio de Abogados.

Esta Comisión ha tenido en cuenta que en breve se celebrará en Guatemala, una reunión o Congreso Internacional de Notariado, y sería muy loable que como una contribución de este Honorable Parlamento a dicho cónclave internacional, se aprobara esta ley, demostrando a las naciones participantes el desarrollo de la juridicidad en Guatemala, por lo que lo sometemos a la consideración del Honorable Pleno.”

Si el divorcio (doctrinariamente) se considera como asunto de los que puede conocer el notario en jurisdicción voluntaria, igual prerrogativa otorga al cese de la unión de hecho.

Por ello la inquietud del presente trabajo. El segundo párrafo del Artículo 183 del Decreto Ley 106 (Código Civil), indica: “La cesación de la unión de hecho por mutuo acuerdo deberá hacerse constar ante el juez de Primera Instancia del domicilio de los convivientes, o ante un notario;” ésta última frase “o ante un notario” encasilla el cese de la unión de hecho en procedimiento de jurisdicción voluntaria; es decir para reconocer dicho cese, debe hacerse constar según su declaración en Escritura Pública o Acta Notarial.

En la longevidad de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales y específicamente desde la vigencia del actual Código Civil, el cese de la unión de hecho no se alecciona dentro de las aulas, como un asunto más de los que conoce el notario en jurisdicción voluntaria. No obstante que ya conocemos que el mismo puede hacerse constar ante Notario. Según la encuesta que realicé, el cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo –cual pocos- aún se solicita ante juez; lo irónico del asunto es la presentación del memorial por parte de los interesados, quienes se auxilian por medio de Abogado, y éste en la mayoría de casos, ostenta el título de Notario con facultad para declarar el cese de la unión de hecho en jurisdicción voluntaria.

He ahí la incapacidad “de lograr el efecto que se desea o se espera”⁵³ del Artículo 183 antes citado. No puede considerarse como un logro del legislador del Código Civil. La descripción y espíritu establecido en dicha norma es incongruente entre la conducta pretendida por esa descripción y la desarrollada de hecho por los profesionales en ejercicio del notariado. “Redactar el proyecto de una norma implica: a) un concepto claro de los valores e intereses en juego y de la solución perseguida; b) una estructura lógica a adoptar en el contexto normativo (principio general/excepciones, principio general/aplicaciones, condiciones de aplicación/efectos, etc.), y c) la terminología y la redacción apropiada, que refleje la solución propuesta sin necesidad de explicaciones complementarias. A veces creemos haber sido muy claros y precisos

⁵³ Real Academia Española. “Diccionario en línea de la Lengua”. <http://buscon.rae.es/draef/> (15 de abril de 2007).

en la redacción de una norma, pero su lectura por distintas personas nos devuelve distintas interpretaciones”⁵⁴

La unión de hecho, per se, es un concepto débil. La generalidad de personas asocia ésta institución como la simple acción o conducta de unirse en pareja, sin necesidad de declaración, esto como dije se llama convivencia de hecho. Partiendo de esa premisa, surge una pregunta interesante: entre el matrimonio y la unión de hecho ¿cuál de ellas reviste certeza jurídica? Ambas son erga omnes, es decir, oponibles frente a terceros. Sin embargo, el desconocimiento de la ley por parte de la generalidad, hace que la institución del matrimonio posea más fuerza y costumbre en las declaraciones legales de hacer vida en común.

Se ha encasillado a la unión de hecho como lo contrario al matrimonio y a los fines que persigue; los convivientes presuponen la disminución de la responsabilidad de observar los mismos derechos y obligaciones que la institución del matrimonio regula. Cuando hombre y mujer voluntariamente se han unido para hacer vida en común, prefieren contraer matrimonio no obstante la cohabitación existente por más de tres años, aún cuando también han procreado. El padre al haber reconocido voluntariamente al hijo, tiene todos los derechos y obligaciones como si estuviese en matrimonio, y en consecuencia la institución de la unión de hecho pierde eficacia. En cuanto a la conviviente, los efectos jurídicos son en detrimento para ella. Violentando los alcances de igualdad contenidos en el artículo 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Cuando los convivientes acuden a requerir los servicios profesionales del notario, y éste, cual función asesora y facilitadora, opera con acierto el matrimonio, para no hacer incurrir en gastos innecesarios a los requirentes, ya que la unión de hecho puede dar lugar al matrimonio a posteriori.

⁵⁴ FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel M. **Derecho de Familia**, pág. 22.

Vemos pues, que en la práctica notarial los casos de unión de hecho en el municipio de Guatemala son escasos; en ese ámbito, es posible que dicha unión esté reafirmada sentimentalmente, en el cual no hay lugar para el cese de la unión de hecho y por lo tanto la continuidad en ese estado.

La acción de los convivientes es potestativa al requerir los servicios profesionales del notario. Acción entendida como la simple conducta del individuo para producir efectos jurídicos, pero que en jurisdicción voluntaria se convierte en procesal y definida como el “derecho fundamental que le asiste a una persona de promover la actividad del órgano jurisdiccional para hacer valer sus pretensiones”.⁵⁵ Aunque la ley tiene carácter de generalidad y en consecuencia obligatoriedad. No existe sanción para el conviviente que incumpla declarar la unión de hecho. Ese órgano jurisdiccional, debe aclararse, es el notario.

El cese de la unión de hecho debe hacerse constar como se constituyó (para el caso de haberse declarado ante notario) es decir, en escritura pública o acta notarial. Razón por la cual presento un modelo de escritura pública y acta notarial de declaración del cese de unión de hecho, con la esperanza de ser mejorado en su redacción.

Escritura pública: UNO. En la ciudad de Guatemala, el día veinte de abril del año dos mil siete, ANTE MI: Luis Alfredo Pineda Loarca, Notario colegiado once mil. Comparecen los señores CARLOS RAFAEL MORALES LIQUEZ de treinta y tres años de edad, unido de hecho, guatemalteco, comerciante, domiciliado en el departamento de Escuintla, quien se identifica con cédula de vecindad con número de orden E-cinco y de registro ochocientos mil, extendida por el Alcalde Municipal de Escuintla del departamento de Escuintla y MARÍA DE LOS ÁNGELES ORTIZ CONTRERAS de veinticinco años de edad, unida de hecho, guatemalteca, domiciliada en el departamento de Guatemala, quien se identifica con cédula de vecindad con número de orden A-uno y de registro un millón cien mil, extendida por el Alcalde Municipal de Guatemala. Los comparecientes me aseguran ser de los datos de identificación

⁵⁵ CHACON CORADO, Mauro. **Los Conceptos de Acción, Pretensión y Excepción**, pág. 75.

consignados y hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, y que el objeto de la comparecencia es para hacer constar por medio de éste instrumento el CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, de conformidad con las cláusulas siguientes: PRIMERA: Manifiestan los comparecientes que con fecha dos de agosto del año dos mil, declararon el estado de la unión de hecho en que se encontraban; relación que fundamentan con certificación de la partida de unión de hecho, extendida con fecha diez de abril del año dos mil siete por la Registradora Civil de la Municipalidad de Guatemala, inscrita al número uno, folio uno del libro siete de uniones de hecho, documento que tengo a la vista que conforme a la ley y a mi juicio es suficiente para éste acto. SEGUNDA: Continúan manifestando los comparecientes que por mutuo acuerdo han decidido poner fin a la relación que los une y en consecuencia cesar la unión de hecho que fue declarada en su oportunidad, y que para el efecto convienen sobre los siguientes puntos: a) Que nuestros menores hijos Luis Fernando, Vilma Noemí, César Augusto, Saby Marisol y Elba Yolanda, todos de apellidos Morales Ortiz, quedan confiados y al cuidado de su progenitora Maria de los Ángeles Ortiz Contreras; b) Que los alimentos a que se refiere el artículo doscientos setenta y ocho del Código Civil, corresponderán conjuntamente por el padre Carlos Rafael Morales Liquez en un SETENTA POR CIENTO (70%) de la suma total de gastos, y por la madre Maria de los Ángeles Ortiz Contreras en un TREINTA POR CIENTO (30%) de la suma total de gastos; c) Que la señora Maria de los Ángeles Ortiz Contreras tendrá derecho a una pensión alimenticia de DOSCIENTOS QUETZALES mensuales, mientras observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio o unión de hecho con persona distinta; d) Que Carlos Rafael Morales Liquez tiene derecho de relacionarse con sus menores hijos Luis Fernando, Vilma Noemí, César Augusto, Saby Marisol y Elba Yolanda, todos de apellidos Morales Ortiz, ordinariamente los sábados y domingos de cada semana de cada año y en horas que sean adecuadas para visita, según lo considere Maria de los Ángeles Ortiz Contreras; y extraordinariamente cuando Carlos Rafael Morales Liquez lo solicite verbal o por teléfono a Maria de los Ángeles Ortiz Contreras, cuando a juicio de ésta no perjudique el estado emocional de los menores, en todo caso Maria de los Ángeles Ortiz Contreras no podrá negarse a dicha petición si el requerimiento fuese hecho por cualquiera de los hijos menores; e) Que para el

cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas, otorgamos garantía suficiente con los salarios presentes y futuros que por nuestro trabajo, profesión u oficio adquiramos, pudiendo demandar en juicio las obligaciones dejadas de cumplir. TERCERA: El infrascrito Notario hace saber a los comparecientes sobre los efectos legales del presente instrumento y de la obligación de presentar el testimonio y los avisos a los registros respectivos. DOY FE: a) de que el contenido de la presente me fue expuesto, b) de haber tenido a la vista las cédulas de vecindad relacionadas, así como la certificación de la partida de unión de hecho descrita en la cláusula primera de éste instrumento, c) de haber advertido a los comparecientes sobre los efectos legales del presente instrumento y de presentar los avisos a los registros respectivos, d) de haber leído a los comparecientes en viva voz el contenido de la presente, quienes bien enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la ratifican, aceptan y firman. (Debe dejarse el espacio necesario para las firmas de los otorgantes, precedidas de las palabras ANTE MÍ: con firma y sello del notario autorizante).

El Notario tiene las obligaciones posteriores de: extender testimonio regular para los otorgantes y especial para remitir al Archivo General de Protocolos, redactar los avisos para los registros civiles que corresponda o en su caso al Registro Nacional de las Personas.

Acta Notarial: En la ciudad de Guatemala, a los veinte días del mes de abril del año dos mil siete, siendo las once horas, constituido en la oficina que ocupa mi bufete profesional, situado en la sexta avenida, casa número veintiocho-veintiuno de la zona tres de ésta ciudad capital. Yo, Luis Alfredo Pineda Loarca, Notario. Soy requerido por los señores CARLOS RAFAEL MORALES LIQUEZ de treinta y tres años de edad, unido de hecho, guatemalteco, comerciante, domiciliado en el departamento de Escuintla, quien se identifica con cédula de vecindad con número de orden E-cinco y de registro ochocientos mil, extendida por el Alcalde Municipal de Escuintla del departamento de Escuintla y MARÍA DE LOS ÁNGELES ORTIZ CONTRERAS de veinticinco años de edad, unida de hecho, guatemalteca, domiciliada en el departamento de Guatemala, quien se identifica con cédula de vecindad con número de

orden A-uno y de registro un millón cien mil, extendida por el Alcalde Municipal de Guatemala. Los requirentes me aseguran ser de los datos de identificación consignados y hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, y que el objeto de la rogación es para hacer constar por medio de éste instrumento el CESE DE LA UNIÓN DE HECHO POR MUTUO ACUERDO, de conformidad con los puntos siguientes: PRIMERO: El infrascrito notario toma protesta a los requirentes de conformidad con la ley, quienes enterados sobre las penas relativas al delito de perjurio, bajo juramento declaran: que con fecha dos de agosto del año dos mil, declararon el estado de la unión de hecho en que se encontraban; relación que fundamentan con certificación de la partida de unión de hecho, extendida con fecha diez de abril del año dos mil siete por la Registradora Civil de la Municipalidad de Guatemala, inscrita al número uno, folio uno del libro siete de uniones de hecho, documento que tengo a la vista y es suficiente conforme la ley y a mi juicio para éste acto, el cual devuelvo en éste instante. SEGUNDO: Continúan manifestando los requirentes que por mutuo acuerdo han decidido poner fin a la relación que los une y en consecuencia cesar la unión de hecho que fue declarada en su oportunidad, y que para el efecto convienen sobre los siguientes puntos: a) Que nuestros menores hijos Luis Fernando, Vilma Noemí, César Augusto, Saby Marisol y Elba Yolanda, todos de apellidos Morales Ortiz, quedan confiados y al cuidado de su progenitora Maria de los Ángeles Ortiz Contreras; b) Que los alimentos a que se refiere el artículo doscientos setenta y ocho del Código Civil, corresponderán conjuntamente por el padre Carlos Rafael Morales Liquez en un SETENTA POR CIENTO (70%) de la suma total de gastos, y por la madre Maria de los Ángeles Ortiz Contreras en un TREINTA POR CIENTO (30%) de la suma total de gastos; c) Que la señora Maria de los Ángeles Ortiz Contreras tendrá derecho a una pensión alimenticia de DOSCIENTOS QUETZALES mensuales, mientras observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio o unión de hecho con persona distinta; d) Que Carlos Rafael Morales Liquez tiene derecho de relacionarse con sus menores hijos Luis Fernando, Vilma Noemí, César Augusto, Saby Marisol y Elba Yolanda, todos de apellidos Morales Ortiz, ordinariamente los sábados y domingos de cada semana de cada año y en horas que sean adecuadas para visita, según lo considere Maria de los Ángeles Ortiz Contreras; y extraordinariamente cuando Carlos Rafael Morales Liquez lo solicite verbal o por

teléfono a Maria de los Ángeles Ortiz Contreras, cuando a juicio de ésta no perjudique el estado emocional de los menores, en todo caso Maria de los Ángeles Ortiz Contreras no podrá negarse a dicha petición si el requerimiento fuese hecho por cualquiera de los hijos menores; e) Que para el cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas, otorgamos garantía suficiente con los salarios presentes y futuros que por nuestro trabajo, profesión u oficio adquiramos, pudiendo demandar en juicio las obligaciones dejadas de cumplir. TERCERO: El infrascrito Notario hace saber a los comparecientes sobre los efectos legales del presente instrumento, de la obligación de presentar copia legalizada del presente documento y los avisos a los registros respectivos. DOY FE: a) de que el contenido de la presente me fue expuesto, b) de haber tenido a la vista las cédulas de vecindad relacionadas, así como la certificación de la partida de unión de hecho descrita en el punto primero de éste instrumento, c) de haber advertido a los comparecientes sobre los efectos legales de ésta Acta Notarial y de presentar los avisos a los registros respectivos, d) de haber leído a los comparecientes en viva voz el contenido de la presente, quienes enterados de su contenido, objeto, validez y efectos legales, la ratifican, aceptan y firman treinta minutos después en el mismo lugar y fecha de su inicio, la cual consta de dos hojas de papel bond tamaño oficio impresas en ambos lados, a la que adhiero un timbre notarial de diez quetzales, número cien mil quince y un fiscal de cincuenta centavos sin número de registro. (Debe dejarse el espacio necesario para las firmas de los requirentes, precedidas de las palabras DOY FE: con firma y sello del notario autorizante).

El Notario tiene las obligaciones posteriores de: extender copia legalizada para los requirentes, redactar los avisos para los registros civiles que corresponda o en su caso al Registro Nacional de las Personas.

Con los Avisos que envía el notario, en ambos casos; se entiende que el Registro Civil, los opera en un libro especial de cese de uniones de hecho, sin embargo, pude establecer que en el Registro Civil de la Municipalidad de Guatemala no existe tal libro. Mismo que debiera ser adquirido a través de la Tipografía Nacional. En esa entidad no imprimen dicho libro o formulario. Si fuese anotada la inscripción del cese en

formulario autorizado no hay objeción alguna. Tampoco existen esos documentos. El registrador únicamente se circunscribe a realizar la anotación al margen de la partida en la cual se declaró en principio la unión de hecho. Obsérvese anexo uno.

CONCLUSIONES

1. El origen de la familia deviene de las relaciones humanas durante la historia y no del matrimonio como lo afirman la mayoría de autores. Familia y Matrimonio son conceptos e institutos distintos. La familia, como instituto principal, funda al matrimonio, así como funda la unión de hecho, la paternidad, etcétera. La familia, es entonces, el género y los conceptos del matrimonio y unión de hecho son la especie.
2. La familia guatemalteca sigue aún en desquiciamiento por los factores sociales y económicos como la paternidad irresponsable, violencia intrafamiliar (entre otros). Origina una ausencia de moralidad entre la pareja, que coadyuva en la actitud de los hijos, cuando éstos estén aptos para fundar una familia. Apareja la inexperiencia familiar de esos hijos, cuando deciden casarse o unirse de hecho legalmente.
3. La unión de hecho existió mucho antes que el derecho y la religión crearan el matrimonio, sólo ha sido modificada en su concepto; al inicio por Roma, como concubinato y luego en España, como barraganía, que se considera y define en forma similar. Guatemala no escapa a esa condición personal y estado de dos personas de sexo distinto, cohabitando por cierto tiempo y que persiguen los mismos fines que el matrimonio.
4. La generalidad de personas confunde: convivencia de hecho con unión de hecho. La primera es no declarada, más no ilegal y la segunda es declarada para sus efectos legales. Por ello, la institución de unión de hecho es débil frente al matrimonio, es decir, son pocos los casos de uniones de hecho legalmente declaradas, y al ser limitados éstos, su práctica notarial es inusual. Aún cuando sí existen uniones de hecho, no hay lugar para su cesación, factores como el amor entre los unidos, por ejemplo. Lo convierte entonces, en norma ineficaz o vigente no positiva.

5. Por no incluirse dentro del p nsu m de estudios, ni impartirse u omitir mencionar el cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo, en las aulas de las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, los Notarios egresados entienden que el Cese de la Unión de Hecho por mutuo acuerdo es por vía judicial, limitándose el campo de acción profesional como un asunto más de los que conoce el notario en jurisdicción voluntaria, o simplemente la errónea interpretación de la ley. De manera significativa, concluyo, que existe aún confusión entre los profesionales del derecho.

RECOMENDACIONES

1. Es menester, actualizar en las bibliotecas atinentes, la bibliografía de autores con respecto al instituto de la familia y su origen. Sirva el presente, para orientar e ilustrar a los estudiantes de las Universidades del país, profesionales y estudiosos del derecho a comprender que la familia y matrimonio son instituciones distintas e independientes una de la otra. La familia es el género y el matrimonio y unión de hecho son la especie.
2. Las entidades involucradas de los organismos del Estado, a saber: Ejecutivo: Secretaría de Bienestar Social de la Esposa del Presidente, Ministerio de Educación, etcétera. Judicial: Unidad de Psicología del Organismo Judicial. Legislativo: Comisión de la Niñez, Mujer y Familia del Congreso; deben coordinar, por medio de un representante nombrado por cada entidad, una política nacional de unidad familiar y paternidad responsable. Evitando así el desquiciamiento de la familia guatemalteca.
3. La Universidad de San Carlos de Guatemala, posee los recursos humanos y financieros para realizar una campaña de familiarización, es decir, hacer del conocimiento a la población sobre los efectos legales que tiene la unión de hecho legalmente declarada. Protegiendo así, a los más débiles del núcleo familiar, hasta ese momento inexistentes para el Estado e invitar a los convivientes a declarar ante funcionario autorizado esa unión.
4. Tomando en cuenta los principios procesales de: no contradicción, economía procesal, eficacia y eficiencia. Los jueces de familia, deben encomendar a un Notario que emita la declaración del cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo, ya que son ellos los que tienen la facultad de rechazar las solicitudes del cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo, con lo que rebajarían la carga de trabajo de los tribunales.

5. Que la investigación realizada, pueda aportar un significativo avance en la modernización de los conceptos e institutos. Que las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país aleccionan a los estudiantes de sus aulas, con la esperanza de modificar los cursos curriculares o pensum de estudios e incluir el Cese de la Unión de Hecho por Mutuo Acuerdo, como un asunto más de los que conoce el Notario en Jurisdicción Voluntaria. No dando lugar a confusión alguna sobre el procedimiento a utilizar.

ANEXO



República de Guatemala
Municipalidad de Guatemala
Registro Civil

Inscripción de Unión de Hecho

Datos del Varón:

LIBRO FOLIO PARTIDA

Eliseo Ruiz
Nombre del Varón

Apellido de la mujer

Datos de la Mujer:

Gladys Haydee Contreras Carabantes
Nombre de la Mujer

Apellido de la mujer

Datos de la Unión:

UNO de JULIO de UN MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE

Fecha de la Unión

DIEZ de OCTUBRE de DOS MIL UNO

Fecha del Documento

COMUNIDAD GANANCIALES

Régimen Económico

SI

Tienen Bienes

Integrado: Cuatro de Familia

Nombre de comunidad

Tomo 27 Folio Inicial 120 Folio Final 127

Documento de Referencia

VEINTICINCO de NOVIEMBRE de DOS MIL

Fecha de otorgamiento de la Unión de Hecho

Observaciones:

El señor Eliseo Ruiz único apellido, también se identifica con los nombres de: Eliseo Ruiz López, Eliseo López Ruiz y Eliseo López. Se registró el Registro de A. con el No. 1474 del 31 de Enero del 2002 y la emienda de fecha 26 de Marzo del 2002.

Hijos Procreados:

Hijo

| | Nombre | Sexo | Edad |
|---|-------------------------------|-----------|------|
| 1 | Lorena Yádira Ruiz Contreras | FEMENINO | |
| 2 | Zuzeth Maribel Ruiz Contreras | FEMENINO | |
| 3 | Walter Orlando Ruiz Contreras | MASCULINO | |
| 4 | Jaime Eliseo Ruiz Contreras | MASCULINO | |

Inscrito en la ciudad de Guatemala, el día **CUATROCE de MAYO de DOS MIL DOS**, ante el registrador Civil

ANULADO



MUELJALIA
24/05/2002 13:32:4
REGISTRO CIVIL

PUSI-MORTEN

ILUSTRACIÓN

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

El trabajo lo realicé por medio de la técnica estadística e investigación de campo, el cual fue dirigido a profesionales que ejercen como jueces en materia civil y de familia, notarios en ejercicio y catedráticos universitarios, por medio de formulario de encuesta y entrevista previamente aprobado por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

La encuesta y entrevista fue respondida por un total de 30 profesionales, dentro del territorio comprendido en el Municipio de Guatemala del Departamento de Guatemala, durante el periodo comprendido de noviembre a diciembre del año 2006 y enero de 2007.

Los resultados de la investigación de campo son los siguientes:

De las interrogantes I y II no se presentan resultados; su objetivo fue establecer el grado de experiencia de los encuestados, desde la fecha de su graduación.

A la interrogante número III: **¿Cuál es la función que ejerce regularmente?**
Respondieron así:

| Función en ejercicio | Profesionales |
|-----------------------|---------------|
| Juez de familia | 6 |
| Notario liberal | 16 |
| Docente universitario | 8 |
| Total | 30 |

A la interrogante número IV: **Dentro de esa función, mencione aproximadamente ¿Cuántos expedientes en jurisdicción voluntaria ha tramitado?**
Respondieron así:

| Función en ejercicio | Expedientes tramitados |
|-----------------------|------------------------|
| Juez de familia | 131 |
| Notario liberal | 440 |
| Docente universitario | 0 |
| Total | 571 |

A la interrogante número V: **¿Cuántas Uniones de Hecho ha autorizado?**
Respondieron así:

| Función en ejercicio | Expedientes tramitados |
|-----------------------|------------------------|
| Juez de familia | 48 |
| Notario liberal | 6 |
| Docente universitario | 0 |
| Total | 54 |

A la interrogante número VI: **¿En cuántas Uniones de Hecho ha autorizado el cese por mutuo acuerdo de los unidos?** Respondieron así:

| Función en ejercicio | Expedientes tramitados |
|-----------------------|------------------------|
| Juez de familia | 3 |
| Notario liberal | 0 |
| Docente universitario | 0 |
| Total | 3 |

A la primera interrogante número VII: **¿En qué vía o procedimiento los diligenció?** Respondieron así:

| Función en ejercicio | Procedimiento | |
|-----------------------|---------------|----------|
| | Judicial | Notarial |
| Juez de familia | 3 | 0 |
| Notario liberal | 0 | 0 |
| Docente universitario | 0 | 0 |
| Total | 3 | 0 |

A la segunda interrogante número VII: **En respuesta negativa a la interrogante anterior, diga ¿En qué vía o procedimiento se tramita?** Respondieron así:

| Función en ejercicio | Procedimiento | |
|-----------------------|---------------|----------|
| | Judicial | Notarial |
| Juez de familia | 1 | 5 |
| Notario liberal | 15 | 1 |
| Docente universitario | 8 | 0 |
| Total | 24 | 6 |

A la interrogante número VIII: **¿Cómo interpreta usted el artículo 183 del Decreto-Ley 106, Código Civil?** respondieron:

El promedio de profesionales concuerda que el cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo se realiza en jurisdicción voluntaria a través del procedimiento judicial, en virtud que al no existir procedimiento establecido en la ley, por analogía y por seguridad jurídica con el divorcio, el cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo se tramita ante juez de familia.

A la interrogante número IX: **¿Recuerda usted, si en la Universidad en la que se graduó, el Cese de la Unión de Hecho por mutuo acuerdo, fue aleccionado como asunto de jurisdicción voluntaria notarial?** Respondieron así:

| Función en ejercicio | Si | No |
|-----------------------|----|----|
| Juez de familia | 0 | 6 |
| Notario liberal | 0 | 16 |
| Docente universitario | 0 | 8 |
| Total | 0 | 30 |

De la interrogante número X no se presenta resultado, en virtud de haberse adecuado el tema principal.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RAMOS, José. **Estudio del Hombre**. 9ª. ed., reimp.; México. Fondo de Cultura Económica. 1972.
- BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de Derecho Civil**. 1t.; 4ª. ed.; Guatemala: (s.e.), 2001.
- BENEYTO PEREZ, Juan. **Instituciones de Derecho Histórico Español**. 1v. Ed. Bosch, Barcelona, 1930.
- BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. **Manual de Derecho de Familia**. 3ª. ed.; Argentina. Ed. Astrea, 1991.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de Derecho Civil**. 1ª. ed.; Guatemala. Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- BRAÑAS, Alfonso. Revista de la Fac. De Ciencias Jurídicas y Soc. USAC. **Estatuto de las Uniones de Hecho**. Época IV. Octubre, Noviembre y Diciembre de 1948. No.1. Impreso No.57. Imprenta Universitaria. Guatemala. 1948.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental** 12ª. ed.; Bs. As. Argentina. Ed. Heliasta S.R.L., 1997.
- CHACON CORADO, Mauro. **Los Conceptos de Acción, Pretensión y Excepción**. 2ª ed. Centro Editorial Vile. Guatemala. 2000.
- CHIOVENDA, José. **Principios de Derecho Procesal Civil**, 2t., (s.e.) México, 1989.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, 3ª. ed.; México. Ed. Nacional, S.A., 1981.
- COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**, 2t. 3ª ed. Ed. Desalma, Buenos Aires, 1998.
- ENGELS, Federico. **El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado**. ed., 9ª. reimp.; México, Ed. Quinto Sol, S.A., 1987.
- FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel M. **Derecho de Familia**. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **El Instrumento Público y el Documento Notarial**. 7ª ed.; Infoconsult Editores. Guatemala. 2001.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción Voluntaria Notarial**. 8ª. ed.; Infoconsult Editores. Guatemala. 2005.

Organismo Judicial, Corte Suprema de Justicia. **“La Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria en Guatemala”**. 1ª. ed.; Guatemala. Ed. F&G Editores, junio de 1999.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español**. 5t; Madrid. Ed. Pirámide, S.A., 1976.

RAMOS, Francisco. **Derecho Procesal Civil**, 2t., José María Bosch, editor S.A., Barcelona, España. 1990.

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. Ed. Espasa Calpe, S.A.; Madrid, 1956.

REDENTI, Enrico. **Derecho Procesal Civil**, traducido al español por Santiago Sentés M. y Mariano Oyerra R. 1t., Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1957.

Revista del Colegio de Abogados de Guatemala, **Digesto Constitucional**. Nos. 4-5-6-7, Julio-Diciembre 1976 — Enero-Junio 1977. Julio-Diciembre 1977 — Enero-Julio 1978. Guatemala. Serviprensa Centroamericana, 1978.

SANDOVAL de AQUECHE, María Eloisa. **Unión de Hecho**. Material de estudio para el curso de Derecho Civil, Fac. Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, 2000.

Fuentes Electrónicas:

BAÑARES, Juan Ignacio. **“Las Uniones de Hecho”**<http://www.arvo.net/pdf/LAS%20UNIONES%20DE%20HECHO.htm>. (10 de marzo de 2007).

“Exposición de Motivos”, proyecto de ley de modificación al Art. 242 del Código de Familia de Costa Rica. http://www.cipacdh.org/Proyecto_de_ley.pdf Proyecto de ley Costa Rica. (10 de marzo de 2007).

Fundación Eroski, Revista Consumer Eroski, **“Matrimonio y Uniones de Hecho, más que nada diferencias económicas”**, informe No. 53, marzo 2002. <http://revista.consumer.es/discapacitados/es/20020301/actualidad/informe1/>. <http://revista.consumer.es/web/es/20020301/pdf/informe.pdf>. (10 de marzo de 2007)

NAVARRO VALLS, Rafael. **“Parejas de Hecho y Parejas de Siempre”**. El Mundo, 25.III.97. <http://www.interrogantes.net/includes/documento.php?IdDoc=1406&IdSec=56>. (10 de marzo de 2007).

Real Academia Española. **“Diccionario en línea de la lengua”** <http://buscon.rae.es/drael/>. (15 de abril de 2007).

Tu Abogado Defensor. Asesoría Jurídica Profesional. http://www.tuabogadodefensor.com/01ecd193e40c12147/01ecd193e40c1424d/index1_unioneshecho.htm. (5 de febrero de 2007).

(s.a.) “**Uniones de Hecho**”, <http://www.derecho-familia.com/trabajo/parejasdehecho/carlos3.pdf>. (10 de marzo de 2007).

(s.a.) Supernotariado. https://snrportal.supernotariado.gov.co/portal/page?_pageid=113,970685&_dad=portal&_schema=PORTAL. (25 de abril de 2007).

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

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

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

Código de Trabajo, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1441, 1961.

Ley Contra la Delincuencia Organizada, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 21-2006, 2006.

Código de Derecho Internacional Privado, Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto número 1575, 1929.

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

Ley de Rectificación de Área, Jefe de Estado, Decreto Ley 125-83, 1983.

Ley del Registro Nacional de las Personas, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 90-2005, 2005.

Acuerdo Gubernativo No. 163-2001, 4 de mayo de 2001.

Estatuto de las Uniones de Hecho, Congreso de la República, Decreto número 444, 1947 (derogado).

Código Civil, Decreto 1932, (derogado).