

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CONSECUENCIAS JURIDICAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES
POSTERIORES DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACION DEL MATRIMONIO.

TESIS DE GRADO

CARLOS FRANCISCO MALDONADO BENITEZ
CARNET 15132-03

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2016
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CONSECUENCIAS JURIDICAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES
POSTERIORES DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACION DEL MATRIMONIO.

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

CARLOS FRANCISCO MALDONADO BENITEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2016
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. MARIA ALEJANDRA DE LEON BARRIENTOS

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
DRA. CLAUDIA EUGENIA CABALLEROS ORDOÑEZ DE BAQUIAX
LIC. GABRIEL ESTUARDO PÉREZ DELGADO

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTOR DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: P. JOSÉ MARÍA FERRERO MUÑIZ, S.J.

SUBDIRECTOR ACADÉMICO: ING. JORGE DERIK LIMA PAR

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 28 de octubre de 2008.

Licenciada:

Lilian Cifuentes de Santiago,
Directora Académica, Universidad Rafael Landívar,
Campus de Quetzaltenango.

Estimada Licenciada:

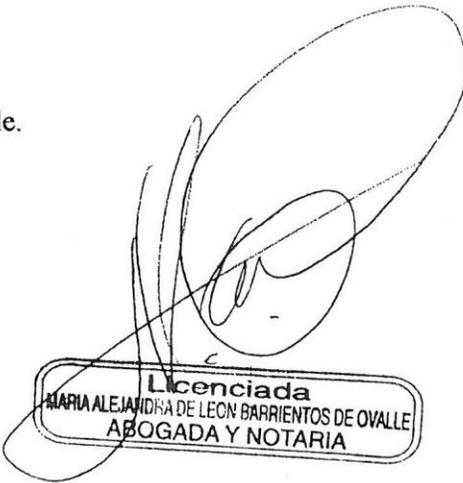
Por medio de la presente me dirijo a usted, de manera respetuosa, con el objeto de informarle que el estudiante CARLOS FRANCISCO MALDONADO BENITEZ, quien se identifica con el carné número 1513203, ha finalizado la elaboración de su trabajo de tesis, titulado "CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACIÓN DEL MATRIMONIO" en el que se desarrolla el tema con un enfoque original y profundo, debido al impacto que la omisión de los deberes del notario conlleva, puesto que de ello deriva un daño a la familia y a la sociedad en general. De manera sistemática y minuciosa, el autor analiza los efectos que provoca el ejercicio irresponsable de la profesión en el tema elegido.

El trabajo de tesis, a mi juicio, llena todos los requisitos necesarios tanto académicos como de investigación descriptiva, por lo que extiendo el presente dictamen favorable.

Sin otro particular, me suscribo agradeciendo su atención.

Atentamente,

Msc. María Alejandra de León Barrientos de Ovalle.
Abogada y Notaria.
Asesora de tesis.



Licenciada
MARIA ALEJANDRA DE LEON BARRIENTOS DE OVALLE
ABOGADA Y NOTARIA



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 07794-2009

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante CARLOS FRANCISCO MALDONADO BENITEZ, Carnet 15132-03 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 0731-2009 de fecha 6 de septiembre de 2009, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

CONSECUENCIAS JURIDICAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACION DEL MATRIMONIO.

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 19 días del mes de enero del año 2016.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Agradecimientos

A mí Casa de Estudios: Por ser parte no sólo de mi formación académica, pues ha llegado a ser parte de mi vida y de mis más gratos recuerdos, le agradezco a mi Casa de Estudios por brindarme toda la enseñanza, conocimiento y proporcionarme las herramientas necesarias para poder desempeñarme como un verdadero profesional.

A mis Catedráticos: Gracias por haberme brindado sus conocimientos, dedicación, enseñanza y sabios consejos en toda la carrera universitaria ya que ello ha servido para hacer de mí un verdadero Profesional, sin duda su aportación educativa ha hecho posible que nuestra Universidad sea reconocida como una de las mejores en todo Guatemala, debido al nivel académico de los Profesionales egresados de esta honorable Casa de Estudios, que Dios les bendiga y derrame muchas bendiciones.

A mis Amigos: Por estar conmigo en los buenos y malos momentos, por su apoyo y cariño, pues en el tiempo que tuve la oportunidad de compartir con ellos pudimos estrechar lazos fraternales que no se rompen con el tiempo, al contrario se hacen más fuertes, que Dios me los siga bendiciendo.

Dedicatoria

A Dios: Por darme la Vida y cuidar de mí, a él sea la gloria y honra. A ti señor, que me has dado todo cuanto pido en tu nombre, porque todo lo puedo en ti, mi Fortaleza, mi Roca. Tu Palabra, la guía de mi vida.

A mi Padre: Francisco Aroldo Maldonado Pérez, por ser siempre un ejemplo de esfuerzo y dedicación, por su constante apoyo y amor en todo momento, y por inculcar en mí principios y valores, con profundo amor y agradecimiento.

A mi Madre: Julia Amparo Benítez Bustamante, por amarme de una manera incondicional, por ser una mujer esforzada y valiente, me ha guiado en el camino de la fe, verdad e integridad, porque cada cosa que realizó y alcanzo en esta vida, las hizo pensando en nosotros sus hijos.

A mi Esposa: Con todo mi amor, por su paciencia y comprensión y por estar a mi lado en los momentos más importantes, hoy hemos alcanzado un triunfo más, porque somos uno. Gracias por todas tus palabras y sabios consejos.

A mis Hijos: José Julián y Luis Pedro, por ser no solo mi inspiración sino también una gran motivación en mi vida y fuente de felicidad. Yo sé que pronto los veré siguiendo mis pasos.

A mis Hermanos:

Maykol, Yuli, Shirley. Por todos los momentos inolvidables juntos. Porque son parte importante en mi vida, porque siempre me han alentado a seguir adelante y nunca ver hacia atrás, por brindarme su apoyo, cariño, comprensión y por formar parte importante en mi vida y más gratos recuerdos.

A mis Suegros y

Cuñadas(os):

Por verme como un hijo más, por todas sus atenciones, cuidados, amor y porque cada logro que he alcanzado lo celebran como suyo.

A mi Pastor

Percy Gobern:

Por sus palabras, instrucción y cariño, porque me ha visto como un hijo y siempre ha estado pendiente de mí y de los míos.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
1. LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO.....	4
1.1 Antecedentes.....	4
1.2. Etimología.....	6
1.3 Conceptos.....	6
1.4 Naturaleza jurídica del matrimonio.....	7
1.4.1 El matrimonio es un contrato.....	7
1.4.2 El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo.....	9
1.4.3 El matrimonio es una Institución.....	10
1.5 Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales.....	12
1.5.1 Sistema exclusivamente religioso.....	13
1.5.2 Sistema exclusivamente civil.....	13
1.5.3 Sistema mixto.....	14
1.6 Derechos y obligaciones que surgen del matrimonio.....	14
1.6.1 Generalidades.....	14
1.6.2 Deberes y derechos que nacen del matrimonio.....	15
1.6.3 Derechos y obligaciones de los conyugues.....	17
1.6.4 Efectos del matrimonio en el esposo y la esposa.....	18
1.7 Requisitos personales para la validez del matrimonio.....	22
1.7.1 Generalidades.....	22
1.7.2 Capacidad para contraer matrimonio.....	22
1.7.3 Impedimentos matrimoniales.....	24
1.7.4 Insubsistencia del matrimonio.....	25
1.7.5 Casos en que no puede autorizarse el matrimonio.....	26
1.7.6 Anulabilidad del matrimonio.....	29
1.7.6.1 Causas de anulabilidad del matrimonio.....	30
1.7.7 Consentimiento.....	32
1.7.7.1 Los vicios del consentimiento matrimonial.....	33

1.7.7.1.1	Error.....	34
1.7.7.1.2	Dolo.....	35
1.7.7.1.3	Coacción.....	35
1.7.7.2	La falta de consentimiento matrimonial.....	35
1.7.7.2.1	La simulación.....	35
1.7.7.2.2	La reserva mental.....	36
1.8	Requisitos formales y solemnes para la validez del matrimonio.....	36
1.8.1	Generalidades.....	36
1.9	Celebración del matrimonio y funcionario que lo autoriza.....	39
1.9.1	Generalidades.....	39
1.10	Principios que fundamentan el matrimonio.....	41
1.10.1	Generalidades.....	41
1.10.2	Principio de nulidad.....	42
1.10.3	Principio de voluntad mutua.....	42
1.10.4	Principio de verdad.....	42
1.10.5	Principio de defensa del vínculo matrimonial.....	42
1.10.6	Principio de respeto mutuo.....	42
1.10.7	Principio de responsabilidad.....	42
1.10.8	Principio de auxilio mutuo.....	42
CAPÍTULO II.....		43
2.	EL NOTARIO, LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL.....	43
2.1	Antecedentes.....	43
2.2	Definición de notario.....	45
2.3	Obligaciones generales del notario.....	47
2.4	La función notarial.....	49
2.5	La función notarial en la autorización del matrimonio.....	51
2.5.1	Función receptiva.....	51
2.5.2	Función directiva o asesora.....	51
2.5.3	Función legitimadora.....	53

2.5.4	Función modeladora.....	53
2.5.4.1	El acta notarial del matrimonio.....	53
2.5.4.2	Escritura del acta notarial.....	54
2.5.4.2.1	Rogación.....	54
2.5.4.2.2	Objeto de la rogación.....	55
2.5.4.2.3	Narración del hecho.....	55
2.5.4.2.4	Autorización notarial.....	55
2.5.4.3	Clases de actas notariales.....	56
2.5.4.3.1	Clasificación moderna.....	56
2.5.4.3.2	Clasificación tradicional.....	57
2.5.4.4	Definición de acta notarial de matrimonio.....	57
2.5.5	Función preventiva.....	58
2.5.6	Función autenticadora.....	58
2.5.6.1	Actas de protocolización.....	59
2.5.6.1.1	Generalidades.....	59
2.5.6.1.2	Definición.....	59
2.5.6.1.3	Diferencia entre protocolación y protocolización.....	60
2.5.6.1.4	Importancia de la protocolización.....	61
2.5.6.1.5	Documentos que deben protocolizarse.....	62
2.5.6.1.6	Requisitos del acta de protocolización.....	63
2.5.6.1.7	Efectos jurídicos del acta de protocolización.....	63
2.5.6.1.8	Forma en que se efectúa la protocolización.....	65
2.5.6.2	Envío de avisos registrales.....	65
2.5.6.2.1	Los avisos matrimoniales.....	65
2.5.6.2.2	Finalidad de los avisos matrimoniales.....	66
2.5.6.2.3	La inscripción del matrimonio.....	66
2.6	Responsabilidad del notario.....	66
2.6.1	Origen de la responsabilidad del notario.....	72
2.6.2	Teoría contractual.....	72
2.6.3	Teoría extracontractual.....	74
2.6.4	Definición de responsabilidad notarial.....	75

2.6.5	Clases de responsabilidad notarial.....	76
2.6.5.1	Responsabilidad civil.....	76
2.6.5.2	Responsabilidad penal.....	77
2.6.5.3	Responsabilidad administrativa.....	82
2.6.5.4	Responsabilidad disciplinaria	83
 CAPÍTULO III.....		85
3. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACIÓN DEL MATRIMONIO		85
3.1	Consecuencias jurídicas por la falta de protocolización del acta notarial de matrimonio.....	85
3.1.1	Generalidades.....	85
3.2	Consecuencias jurídicas por la omisión del envío de los avisos registrales.....	88
3.2.1	Consecuencias de la responsabilidad administrativa.....	88
3.2.2	Consecuencias de la responsabilidad civil.....	89
3.2.3	Consecuencias de la responsabilidad disciplinaria.....	92
 CAPÍTULO FINAL.....		99
ANÁLISIS, PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....		99
PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....		99
CONCLUSIONES.....		106
RECOMENDACIONES.....		108
REFERENCIAS.....		110
ANEXOS.....		113

Resumen

La presente investigación está conformada por conceptos, doctrinas, principios que estudian las causas fundamentales del incumplimiento de las obligaciones posteriores del notario en la autorización del matrimonio, debido a la inobservancia en general de la ley por parte de este, quien muchas veces omite cumplir a cabalidad con sus obligaciones, y consecuentemente causa daños y perjuicios a los cónyuges, pues estos ignoran el proceso a seguir después de la celebración del matrimonio, ya que se quedan con la idea que con la certificación que el notario les entrega después de la celebración del matrimonio, si es que lo hace, el matrimonio ya nació a la vida jurídica, cuando la realidad no es esa, ocasionando con ello problemas de tipo familiar, social, civil, penal y patrimonial. Por lo que surge la necesidad no sólo de investigar a profundidad dichas obligaciones y consecuencias, sino también es necesaria una reforma a la normativa civil que regula lo referente a las sanciones económicas y con esto presionar al notario a cumplir con sus obligaciones posteriores a la celebración del matrimonio. Esta presión es necesaria ya que el notario dota de certeza y seguridad jurídica todas sus actuaciones, especialmente al hablar del matrimonio que fundamenta la familia, base de la sociedad. La Metodología empleada en este trabajo fue Jurídico Descriptiva, realizándose una investigación de campo mediante entrevistas claves, para poder aportar posibles soluciones y recomendaciones a las causas que originan esta problemática y así revestir a esta Institución fundamental, El Matrimonio.

INTRODUCCIÓN

La legislación civil guatemalteca establece que: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a los hijos y auxiliarse entre si.” Es decir, que el matrimonio en la legislación civil acepta la doctrina de la institución social fundamentándola en la serie de normas a las cuales debe de sujetarse por lo que las partes en ese preciso momento se limitan a su voluntad y por ello constituye una verdadera institución, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los cónyuges, pero siguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Se debe resaltar que el matrimonio civil es una institución social, que para ser autorizado debe de llenar una serie de solemnidades y por lo tanto el notario debe cumplir con su función para que el mismo sea válido y registrado a donde corresponda, para que surta todos sus efectos jurídicos. Por lo que, al referirse a las obligaciones posteriores del notario hay que hablar de la protocolización del acta notarial del matrimonio y del envío de los avisos al Registro Nacional de las Personas.

Por otra parte, el artículo 92 del Código Civil regula: “El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión.”

En la actualidad es muy común que se requiera del servicio profesional del notario para la celebración del matrimonio; pero también ha venido generando una serie de problemas a los cónyuges, como consecuencia del ejercicio profesional de algunos notarios, en cuanto a cumplir con las obligaciones posteriores que la ley establece para celebrar el matrimonio civil.

El notario en el ejercicio de su profesión está sujeto por su misma y anterior calidad de ser humano, a cometer errores, siendo el centro forjador del derecho al dirigir el tráfico jurídico, pero a la vez es susceptible a equivocarse, y está constantemente poniendo en juego su

responsabilidad en todo aspecto, por lo que debe tener mucho cuidado para no perjudicarse asimismo y a las personas que acuden a él en busca de consejo, ayuda y orientación profesional. Su prestigio, su profesión, libertad y patrimonio están en constante riesgo y por esa razón el notario debe poner todo su empeño y capacidad, sus conocimientos y cuidado en toda actuación en la cual intervenga.

Se han dado casos de personas que han celebrado su matrimonio por notario y con el paso de los años deciden divorciarse, por lo que acuden al Registro Nacional de las Personas correspondiente con la finalidad de obtener la certificación en donde conste el mismo, mas sin embargo el notario omitió dar los avisos de ley y en consecuencia no aparece registrado; en tal virtud se piensa que su matrimonio nunca se efectuó en forma legal y contraen matrimonio con otra persona sin haber disuelto el matrimonio anterior, ocasionando con esto serios problemas de tipo familiar, social, civil, penal y sobre todo patrimonial. Al momento de que la parte interesada se avoca al notario que autorizó el matrimonio y al requerirle, el testimonio del acta del instrumento de protocolación, y éste no ha cumplido con protocolizarla y muy probablemente ha extraviado el acta notarial de matrimonio que lo contiene, el problema se agrava.

Es necesario observar que a la mayoría de notarios se les presenta la oportunidad de celebrar un matrimonio civil y estos cumplen con las obligaciones previas y simultaneas, pero con las obligaciones posteriores algunos notarios no las efectúan, por lo que vienen a causar inconvenientes a los cónyuges.

Por lo que surge la interrogante ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las obligaciones del notario en la autorización del matrimonio?

Para responder a dicha inquietud es necesario mencionar que la respuesta está contenida en el cumplimiento de los objetivos trazados en desarrollo de la presente tesis, por lo que haciendo uso del objetivo general, se puede decir que las consecuencias jurídicas son mas bien aplicables al notario porque existen sanciones de tipo administrativo, penal y civil en contra de él por la omisión de sus obligaciones.

Con respecto a los objetivos específicos se pudo determinar las posibles causas de la omisión de las obligaciones del notario es debido a que las sanciones que están contempladas en la ley, se encuentran vigentes mas ya no son positivas; es decir, ya no se adaptan a la realidad económica y legal en la cual se vive y desenvuelve actualmente el notario.

Así mismo se determinó que los contrayentes al verse afectados deben accionar frente al notario para que éste les compense por los daños causados por la falta de responsabilidad y poca ética profesional que tienen al incumplir con las disposiciones legales que hacen que una institución tan importante como la del matrimonio sea resguardada por el Estado.

CAPITULO I

1. LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO:

1.1 Antecedentes

La familia, institución que aparece en la historia como una comunidad creada por el matrimonio y compuesta por progenitores y procreados, además de otras personas convivientes o no, unidas por lazos de sangre o por sumisión a una misma autoridad; es el eje social primario donde el individuo comienza a girar en torno a los demás.

El matrimonio se considera un concepto importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas (generalmente) no cercanas en línea de sangre. Una de sus funciones ampliamente reconocidas es la reproducción y socialización de los hijos, así como la de regular el nexo entre los individuos y su descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus.

En las sociedades de influencia occidental se suele distinguir entre matrimonio religioso y matrimonio civil, siendo el primero una institución cultural derivada de los preceptos de una religión, y el segundo una forma jurídica que implica un reconocimiento y un conjunto de deberes y derechos legal y culturalmente definidos.

Por lo que Modestino, citado por Guillermo Cabanellas definió el matrimonio así: “Basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas como la unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del derecho humano y del divino”.¹

Por la importancia que tiene con respecto a la sociedad y la familia ha sido llamada "célula social", ya que entre ambas existe la misma relación. Dentro de la sociedad constituye la pieza esencial y uno de los cimientos que la sostiene; por eso se ha dicho que las especies animales que no tienen familia también carecen de sociedad. De ahí que configure un fenómeno social tan antiguo como la humanidad misma, y que la filosofía cristiana sitúe su origen en los

¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV, pagina 339.

albores de la humanidad, en la primera pareja creada por Dios, la cual, multiplicándose, ha llenado la tierra.

Aunque el matrimonio es en esencia una relación de personas que da origen al hecho de la familia; el derecho se ocupa por igual de regular aquellas uniones estables de hecho que constituyen un hogar, obedeciendo costumbres e idiosincrasias, siendo una realidad social más frecuente que el legislador ha empezado a tratar, pero que aún no han sido objeto de un estudio serio y riguroso en el actual ordenamiento jurídico.

Federico Puig Peña escribe al respecto diciendo: “No han faltado, sin embargo a través de la historia esplendidos apuntes de justa consideración. La concepción cristiana con su doctrina de libertad y de respeto a la dignidad del ser humano, determina las reformas de Justiniano, la concesión de la patria potestad a la madre en Bizancio y las disposiciones medievales admitiendo la plena capacidad de la mujer en el derecho logrando incluso que durante el período renacentista se respete la personalidad de la mujer y la autoridad materna”.²

Ante un contexto tan enraizado que va incrementándose día tras día, resulta forzosa y hasta perentoria una regulación legal integral, buscando la formalización de las relaciones nacidas dentro de estas uniones, tendiente sobre todo a proteger más aún los intereses de las partes, afianzando su seguridad, considerando que se trata de una alternativa cultural al matrimonio, procurando que surta los mismos efectos de un enlace civil.

Según la revista de Derecho Privado, de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicada en México en el año 2002, el matrimonio debe tratarse como acto jurídico y como institución; o si se prefiere, como sacramento y como institución. Lo cual proporciona otro enfoque sobre cómo debe estudiarse el tema.

² Puig Peña, Federico, Compendio de derecho Civil Español, Tomo I, Editorial Pirámide-Madrid, España. 1976. Pagina 263.

1.2 Etimología

"Es un criterio casi general hacer deducir la palabra matrimonio (y la latina matrimonium) de las voces matris y munium (madre y carga o gravamen), dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos.³

1.3 Conceptos

El Diccionario de la Real Academia Española⁴ establece que matrimonio es: "Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales".

En un sentido amplio, Hervada⁵ citado en el Diccionario Jurídico Espasa define el matrimonio como: "unión del varón y de la mujer formando una unidad en la naturaleza".

En el examen de este concepto, se pueden destacar los siguientes aspectos:

1. Se trata de una unión que tiene su causa eficiente en el consentimiento libremente manifestado. Se emite en el momento inicial del matrimonio y despliega su eficacia a lo largo de la vida conyugal; en este sentido se afirma: "la voluntad humana es sólo la causa de que entre un varón y una mujer concretos nazca el vínculo. Pero en qué consiste ese vínculo -su fuerza, su contenido- es algo predeterminado por la naturaleza y el sentido de la distinción sexual".

2. Unión del varón y de la mujer. El vínculo jurídico, al unir a los cónyuges, no lo hace a través de sus cualidades, ni de su amor, ni de su psicología, ni de su temperamento. Une -y con ello produce la más fuerte unión que puede existir entre dos seres humanos- las potencias relacionadas con la distinción sexual; por ello, la heterosexualidad es requisito necesario del Matrimonio. "El consentimiento, actualiza entre un varón y una mujer concretos, lo que está potencialmente contenido en la estructura misma de la persona en cuanto varón o mujer".

De acuerdo con el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal,⁶ citado por la Revista de Derecho Privado de la Universidad Nacional Autónoma de México se define a la

³ Puig Peña, Federico, Op. Cit. Pagina 264.

⁴ Diccionario de la Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, 2006.

⁵ Diccionario Jurídico Espasa-Calpe S.A. 2000.

institución del matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer con el propósito de realizar comunidad de vida, con respeto entre ambos, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos”.

La doctora Estela Maris Biocca, citada por el Licenciado Carlos Larios Ochaita,⁷ en forma precisa define el Matrimonio como “un acto jurídico bilateral, constitutivo de estado”.

Así mismo lo recoge el Código Civil guatemalteco en su artículo 78, que establece “el Matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre si.”

Por lo que luego de establecer una diversidad de conceptos de matrimonio, se concluye diciendo que el Matrimonio es una institución jurídica, que reviste de especial importancia dentro del mundo y diversidad jurídica del Estado, pues sobre él se organiza el eje supremo, la familia, que es la base de la sociedad y de ésta depende la solidez de un Estado.

1.4 Naturaleza jurídica del matrimonio

Nadie discute la importancia del matrimonio como centro principal generador y coordinador de la familia. Ahora bien, respecto a su naturaleza jurídica, no existe unidad de criterio entre los diversos tratadistas que han estudiado esta institución, por razón de los diversos e importantes aspectos que presenta, y que son, en una u otra forma, determinantes de su regulación legal. He aquí, sintéticamente expuestos, los principales criterios que se han enunciado para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio.

1.4.1. El Matrimonio es un contrato

Es tesis de origen canónico, del derecho de la Iglesia, la cual, a fines del imperio romano, en lucha contra la posibilidad de proliferación de la bigamia, hizo obligatorias las proclamas de

⁶Revista de derecho privado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
<http://www.juridicas.unam.mx> numero 1 enero-abril2002, consultada el 25 de agosto de 2007.

⁷Larios Ochaita, Carlos. Derecho Internacional Privado, Talleres de la Facultad de ciencias Jurídicas y sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala; 1985, Pagina 128.

matrimonio, y más tarde (Concilio de Trento, 1563) obligó a la celebración pública del mismo, ante párroco y en presencia de dos testigos (concepción del matrimonio como un contrato solemne, idea acogida por canonistas y civilistas, adoptada en la revolución francesa; se trata, dicen sus seguidores, de un contrato especialísimo, en el que es un elemento básico el consentimiento). "Esta doctrina -escribe Puig Peña- se injerta en la tesis de los canonistas, quienes siempre han sostenido que el matrimonio es en todo caso un contrato, y además e inseparablemente, cuando se trata del matrimonio de los bautizados, un sacramento. Pero, si bien tiene ese entronque canónico la tesis contractualista, lo cierto y verdad es que la doctrina de la naturaleza contractual del matrimonio en su aspecto estrictamente jurídico ha sido precisamente defendida por los teorizantes del liberalismo, que apoyándose en esta naturaleza, han propugnado siempre la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial. Consecuencia de la consideración del matrimonio como un contrato ha sido, en primer término, la reafirmación de la tesis del matrimonio civil y en segundo lugar, la doctrina del divorcio *quod vinculum*, pues que si las nupcias han sido contraídas por el consentimiento de las partes, lógicamente el disenso de ellas puede destruirlas." ⁸

Refiriéndose a las críticas que ha sido y aún es objeto la tesis contractual, se dice que estas no se dan propiamente en el matrimonio las características fundamentales de los contratos (el matrimonio genera substancialmente obligaciones morales, no patrimoniales; la entrega recíproca de dos personas no puede ser objeto de contrato); y Espín Cánovas expone que contra la tesis contractual se aduce que no basta el acuerdo de voluntades para caracterizar el matrimonio como contrato, pues el contenido de la relación matrimonial está substraído a la libre voluntad de los contrayentes, y no cabe destruir el vínculo por el mutuo disenso, como acontece en los contratos. ⁹

Esa opinión, si bien interesante y atractiva, no resiste las críticas que se han hecho a la tesis contractual, toda vez que, en efecto, sería de todas maneras considerar el matrimonio como un contrato, cuando probado está que su esencia no puede descansar en el ámbito de lo contractual, y menos aún en una forma de contrato que se basa en la exteriorización de la

⁸ Puig Peña, Federico. Op. Cit. Tomo II, Volumen I, Pagina 31.

⁹ Espín Canovas, Diego. Manual de Derecho civil Español. Editorial Revistas de Derecho Privado, Madrid, 1959.

voluntad de una de las partes previamente a la formalización del mismo mediante la voluntad de la otra.

1.4.2 El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo

Esta es la opinión que acepta el civilista hondureño Gautama Fonseca, quien la expone en los siguientes términos: "Se distinguen en el Derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales, y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Alcalde municipal. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues se puede decir que si se omitiese en el acto respectivo la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico."¹⁰

El criterio anteriormente transcrito tiene en cierto aspecto un fondo de verdad, pero adolece, dígase por su generalidad, de poca precisión, especialmente si se toma en cuenta que el matrimonio, considerado nada más como negocio jurídico complejo, quedaría unido a una serie de actos de esa clase, más sin haberse penetrado realmente en el fondo de su naturaleza jurídica, de su esencia. Se trata de un criterio, por otra parte, esencialmente formalista.

Por lo que si se abandona la concepción contractualista, se tiene que considerar el matrimonio como un negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un acto puramente administrativo o un acto público, lo prueba la necesidad de que concurra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario público representante del Estado.

¹⁰ Fonseca, Gautama. Curso de derecho de Familia. Imprenta López, Tegucigalpa, Honduras. 1995.

1.4.3 El matrimonio es una institución

Un numeroso sector doctrinario sustenta esta opinión “con arreglo a ella escribe Puig Peña, el matrimonio, como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, y al cual las partes no tienen más que adherirse. Una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente, y los efectos de la institución se producen de modo automático.”¹¹

Rojina Villegas opina que el matrimonio "constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración; al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas."¹²

Debe partirse de un punto de vista: el matrimonio como institución, o, dicho en otra forma, la institución del matrimonio, no constituye una persona jurídica del tipo institucional. La palabra institución se emplea, respecto al matrimonio, en el sentido de una situación o estado regido por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado.

Desde dos puntos de vista se ha intentado explicar el matrimonio como institución. Según el primero, el matrimonio es una institución por cuanto el Derecho Positivo lo configura como un conjunto de reglas que tienen como finalidad exclusiva regir la organización social de los sexos y por cuya virtud se constituye un hogar, se forma una familia, o lo que es lo mismo, un estado permanente de vida. Para sus sostenedores, el matrimonio es, pues, algo creado por el Estado, inmodificable por voluntad de los futuros esposos; una organización cuyos elementos y efectos esenciales están más allá de todo cambio, quedando, por consiguiente limitada la libertad de los contrayentes a prestar o no su adhesión. Este primer punto de vista, que parte de la base, de que la institución es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad, cuenta con numerosos partidarios dentro de la doctrina moderna, aunque, sí bien se ve, no ofrece una explicación integral del matrimonio

¹¹ Puig Peña, Federico. Op. Cit. Tomo II, Volumen I, pagina 33.

¹² Rojina Villegas, Rafael. Derecho Mexicano. Antigua Librería Robredo, México 1959.

sino que sólo lo aprecia desde el ángulo de su estructura legal. El segundo punto de vista se apoya en las ideas sobre la institución. Antes se ha dicho que la institución “es una idea de obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos”.

Aplicada esta tesis al matrimonio, se ve que en él concurren todos y cada uno de los elementos que la integran. La idea de obra que, como toda idea comienza siendo subjetiva, se exterioriza en el medio social gracias a la acción común de los contrayentes, encaminada a establecer una plena comunidad de vida entre ambos, esto es, a constituir una familia. Luego de celebrado el matrimonio, para desarrollarse ordenadamente necesita obrar bajo un poder único cuya misión fundamental radica no solo en representarlo sino, sobre todo en mantener su cohesión y alcanzar sus fines.

La explicación que posibilita la tesis de Hauriou acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio es bastante satisfactoria, puesto que no se agota en el aspecto formal de la celebración del acto, sino que también analiza su estructura normativa, es decir, las interioridades del estado que deriva del matrimonio.

Nótese que la primera tesis arriba inserta no es en realidad puramente formalista, apreciativa del problema nada más desde el ángulo de su estructura legal. Nótese, también, que el criterio descansa, a manera de los criterios organicistas, en establecer similitudes no siempre favorecidas por la objetividad.

Conforme a la legislación de Guatemala, el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. Por lo tanto, configuran la institución matrimonial: el hecho de que el hombre y mujer se unan legalmente (es decir, cumplidos los requisitos de ley y sancionada la unión por funcionario competente), con ánimo de permanencia (elemento subjetivo no sujeto a comprobación sino a simple manifestación) y

con los fines enumerados por la ley (elemento teleológico, que se cumple o no a través de las circunstancias en que se desarrolle la unión matrimonial, y cuya no realización puede tener singular importancia en la estabilidad y durabilidad de la misma).

1.5 Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales

El autor Rafael Rojina Villegas establece un estudio el cual contiene un criterio sociológico, “en el estudio de la evolución del matrimonio generalmente se distinguen: el matrimonio por grupos (miembros de una tribu uniéndose con mujeres de diferente tribu), el matrimonio por raptó (la mujer, botín de guerra, adquirida en propiedad por el vencedor; o, el raptor asociado con otros para raptar a una mujer de distinta tribu), el matrimonio por compra (el marido con derecho de propiedad *sobre la mujer*) y el matrimonio consensual (unión de hombre y mujer para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie”.¹³

Dentro de la concepción cristiano católica, se considera como principales clases: el matrimonio canónico, (celebrado ante el sacerdote y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación eclesiástica), el matrimonio rato (no seguido de la unión de cuerpos entre los contrayentes), el matrimonio solemne (celebrado ante la autoridad correspondiente, con las formalidades y requisitos del caso), el matrimonio no solemne o secreto o de conciencia (celebrado por razones muy especiales, reservadamente, permaneciendo así hasta que los cónyuges quieran darle publicidad), el matrimonio igual (celebrado entre personas de igual condición social), y el matrimonio morganático (de origen germánico, supone el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con pacto de no participar el inferior, ni los hijos, de los títulos y bienes del superior).

Las anteriores clases de matrimonio, muy sucintamente relacionadas, no tienen, para Guatemala, a excepción del matrimonio canónico, ninguna significación actual.

Sí la tienen, preponderantemente, las clases de matrimonio que se denominan: matrimonio religioso (celebrado ante el sacerdote o ministro de otro culto no católico) y matrimonio civil

¹³ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Tomo II, Volumen II, pagina 245.

(celebrado ante la autoridad facultada para ello, y que obligatoriamente debe ser previo al religioso, por disposición de la ley).

Es necesario señalar, en cuanto al matrimonio religioso, que generalmente el consenso social da suma importancia a su celebración, aunque no tiene relevancia legal, siempre que sea realizada dentro de las ritualidades de una religión arraigada en las doctrinas cristianas, o que sea profesada, si no tiene esa base, por un conglomerado que acepte la monogamia como fundamento del matrimonio.

De esas dos clases de matrimonio (civil y religioso), han surgido los distintos sistemas matrimoniales, que pueden ser agrupados así:

1.5.1 Sistema exclusivamente religioso

Que sólo admite el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica, o por lo menos sólo al mismo reconoce efectos.

1.5.2 Sistema exclusivamente civil

Surgido de la revolución francesa, que establece la obligatoriedad del matrimonio civil (debe celebrarse antes que el religioso, sin ser éste de ninguna manera obligatorio; otra variedad admite que pueda celebrarse después del religioso).¹⁴

Al referirse a la historia del matrimonio civil, se dice: "La concepción del matrimonio como un acto civil, regulado exclusivamente por las leyes seculares, fue ya preparada por la reforma protestante al negar al matrimonio su cualidad de sacramento. En 1580 se introdujo por vez primera el matrimonio civil en Holanda, al obligarse a todos los católicos y a los que no profesasen la religión calvinista, a celebrar el matrimonio, o en presencia del ministro o ante el oficial civil. El ejemplo de Holanda fue seguido por Inglaterra, que en 1652 promulgó una ley de matrimonio civil obligatorio, que estuvo en vigor hasta la vuelta de los Estuardos en 1660. Más tarde, la tendencia secularizadora de la revolución francesa facilitó la difusión del

¹⁴ Criterio expuesto por Puig Peña, Op. Cit. Tomo II, Volumen I, página 47.

matrimonio civil. La Constitución francesa de 1791 estableció que "la ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil."

Generalmente se considera que el sistema de la celebración del matrimonio civil previamente a la del religioso, es una manifestación de la supremacía estatal respecto a la Iglesia, y que el sistema de su celebración después del religioso, lo es de la independencia del Estado y de la Iglesia.

1.5.3 Sistema mixto

Surgido como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que, en casos determinados, uno u otro surtan plenos efectos. Las variedades de este sistema, son: el sistema del matrimonio civil facultativo (varón y mujer pueden casarse a su elección ante un ministro religioso o ante un funcionario del Estado) y el sistema del matrimonio civil por necesidad cuando admite el matrimonio civil solamente para las personas que no profesan la religión del Estado, la religión oficial por supuesto, en aquellos países que oficialmente conocen una religión.

1.6 Derechos y obligaciones que surgen del matrimonio

1.6.1 Generalidades

Además de la unión entre los cónyuges, el matrimonio produce diversos y muy importantes efectos personales, ya en relación a aquellos, ya en relación a los hijos y a terceras personas. Generalmente se les denomina derechos y obligaciones emergentes del matrimonio. Sobre este particular, los civilistas se muestran acordes en el sentido que se trata de relaciones jurídicas las más de las veces de muy difícil exigencia por la vía coercitiva, deberes en realidad.

A diferencia de las relaciones patrimoniales o económicas escribe Castán,¹⁵ que son de pronunciado carácter jurídico, las relaciones personales entre los cónyuges tienen fundamentalmente carácter moral y sólo son incorporadas al Derecho en la limitada medida que es posible lograr su sanción y efectividad por los medios legales. Se suelen desdoblar estas

¹⁵ Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Editorial Reus. Madrid, España 1962.

relaciones personales, o lo que es lo mismo, los efectos del matrimonio relativos a las personas de los conyuges, en derechos y obligaciones comunes a ambos cónyuges, y en derechos y obligaciones especiales de cada uno de ellos.

En todo caso, debe tenerse presente que las normas reguladoras de los derechos y obligaciones entre marido y mujer tienen como característica esencial la de ser normas de orden público en su gran mayoría, de inexcusable observancia. El cumplimiento de las mismas no queda a la simple voluntad de uno o de ambos cónyuges, y son, además, irrenunciables. Esto es lógico dada la importancia de la institución matrimonial, que si bien es cierto pertenece por su esencia al campo del derecho privado, su misma señalada importancia obliga al legislador a precisar los principios generales en que se funda, y que los esposos deben acatar inexorablemente.

En cuanto a numerosos efectos legales de la unión conyugal, la libertad personal de decisión del hombre y de la mujer termina en el momento en que el matrimonio fue celebrado; en adelante, su conducta queda normada en gran manera por reglas de observancia obligatoria mientras subsista el vínculo matrimonial.

1.6.2 Deberes y derechos que nacen del matrimonio

Señala el código como unos y otros, o sea como deberes y derechos que nacen del Matrimonio, en su orden:

1. El derecho de la mujer a agregar a su propio apellido el de su cónyuge y el de conservarlo hasta que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio. Artículo 108 del Código Civil.

2. La representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar, de común acuerdo fijaran el lugar de su residencia y arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar. En caso de divergencia entre los conyuges, el juez de familia decidirá a quien le corresponde. Artículo 109 del Código Civil.

La razón de ser de éste precepto es la de no quebrantar el principio de la igualdad contemplado en la Carta Magna por lo que cualquiera de los cónyuges puede representar los intereses del matrimonio en cualquier momento o circunstancia que así lo amerite o lo requiera.

La representación conyugal será asumida por la mujer cuando por cualquier motivo deje de ejercerla el marido y especialmente en los casos siguientes: si se declara la interdicción del marido; si éste abandona voluntariamente el hogar, o se declara su ausencia; y si fuere condenado a prisión, por el tiempo que ésta dure.

3. El marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas. Artículo 110, primera parte, Código Civil.

En lo que respecta al sostenimiento del hogar, ese principio queda atenuado por lo dispuesto en el artículo 111, conforme al cual la mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; y aún más, dispone dicho artículo que si el marido estuviese imposibilitado para trabajar y careciera de bienes propios, la mujer cubrirá todos los gastos con los ingresos que reciba.

4. Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la minoría de edad. Artículo 110 segunda parte, Código Civil.

Esta disposición otorga tanto al padre como a la madre la obligación de atender y cuidar a sus hijos menores. No debe entenderse en términos absolutos. El artículo 109 y el 166, por ejemplo, atenúan ese principio de igualdad, toda vez que el juez en algún momento podría determinar a quién de los padres es más conveniente el cuidado de los hijos.

5. La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos del marido, por las cantidades que correspondan para alimentos de ella y de sus hijos menores de edad.

De igual forma le compete al marido en los casos en que la mujer tenga la obligación de contribuir con todo o en parte con los gastos de la familia. Artículo 112 del Código Civil.

1.6.3 Derechos y obligaciones de los cónyuges

Siendo la celebración y autorización del matrimonio civil una cuestión tan importante y esencial de la sociedad, el código desarrolla el contenido total de esta institución, enunciando la importancia de los derechos y obligaciones como recíproco de los cónyuges y de su descendencia, en relación con las normas específicas que regulan la patria potestad.

Los artículos del 108 al 115 del Código Civil enumeran los derechos y deberes de los cónyuges. En estas disposiciones se traduce la igualdad de forma equivalente, de manera que cada uno tiene los mismos derechos y los mismos deberes en igual medida. Los derechos y deberes nombrados en los artículos del 112 al 119 determinan el contenido de la relación matrimonial.

Estos derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, tienen características genéricas, las cuales son:

- a) Fundamentalmente son de carácter moral y solo son incorporadas al derecho en la limitada medida en la que es posible una sanción y efectividad por los medios legales.
- b) Son normas de orden público, en su gran mayoría de inexcusable importancia.
- c) Son recíprocos.
- d) Son irrenunciables.
- e) Son de carácter positivo.
- f) Son de marcado carácter ético.

Los derechos y obligaciones de los cónyuges son indisponibles, de modo que no puede existir un pacto sobre ellos que, o bien suprimiera alguno los deberes enumerados, a los desequilibrará, de modo que uno de los cónyuges no asumiera ninguna obligación por el hecho de contraer matrimonio.

Los concretos deberes mutuos son los siguientes:

a) El deber de ayuda y socorro mutuo: Esta establecido en el artículo 78 del Código Civil, debe entenderse como referido al ámbito de la convivencia, de modo que cada cónyuge debe aportar lo que se necesite, dentro de lo que es normal, de acuerdo con la posición de la familia. Consecuencia de este deber es la obligación de alimentos entre cónyuges, artículo 283 del Código Civil.

El incumplimiento de estos deberes es causa de separación o divorcio cuando sea grave y reiterado, artículo 155 incisos 4° y 7° del Código Civil.

b) El deber de respeto: Aunque se considera reiterativo con el anterior, puede decirse que su ámbito se concreta a la esfera puramente personal de cada cónyuge, como pueden ser las ideas religiosas de cada uno. El deber de respeto al prójimo que se proyecta en la dimensión física y moral de cada cónyuge como persona individual y en la vez en su condición de casada.

El incumplimiento constituye la conducta vejatoria e injuriosa, que es causa de separación o divorcio, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 155 inciso 2° del Código Civil.

c) El deber de guardarse fidelidad: Este enlazado básicamente a la fidelidad de carácter sexual. Su incumplimiento puede ser causa de separación o divorcio, de acuerdo con el artículo 155 inciso 1° del Código civil.

d) El domicilio conyugal: Como consecuencia de la obligación de convivencia, establecida en el artículo 78 del Código Civil, establece la necesidad de que los cónyuges fijen de común

acuerdo el lugar de su domicilio, en caso de discrepancia entre ambos el juez podría determinar tal extremo en beneficio de la familia.

e) La actuación en interés de la familia: Este deber no es recíproco sino paralelo, ambos cónyuges deben de completar como guía de su conducta el bienestar de la familia, dejando muchas veces a un lado los intereses particulares sobre los familiares, es decir el tamiz por el que deben pasar las decisiones de los cónyuges en un momento determinado ya sea de forma conjunta o separado.

1.6.4 Efectos del matrimonio en el esposa y la esposo

Los derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges han de entenderse como reflejados a manera de derechos respecto a uno y obligaciones respecto al otro. La misma naturaleza del matrimonio, basada en la igualdad de los contrayentes ante la ley, así lo impone. Aquello que es derecho para el varón, es a la vez obligación para la mujer, y viceversa.

El matrimonio comporta como consecuencia la creación de una relación jurídica, de naturaleza completa, que tiene su reflejo en esta esfera personal y patrimonial de los cónyuges. Los artículos 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 79 del Código Civil al proclamar la igualdad entre los cónyuges, determinan el contenido de los efectos del matrimonio, por lo que afecta la esfera personal. En la esfera patrimonial, la consecuencia más importante es la imposición a los cónyuges del denominado régimen económico matrimonial.

En todo caso, el principio por el que deben regirse estos efectos, tanto personales como patrimoniales, es el de la igualdad. La igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges fue reconocida en nuestro país desde el año de 1933, por el artículo 83 del Código Civil. Las Constituciones de la República de 1,945 y 1,956 contemplaron este principio como fundamento del matrimonio y la Constitución de 1965 declara que el estado debe promover la organización de la familia sobre la base jurídica de dicha institución.

El artículo 79 del código civil vigente establece que el hombre y la mujer tienen con el matrimonio plena igualdad jurídica. Por tanto, el principio general de igualdad actúa como informador de toda la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges.

El principio de igualdad se proyecta en tres formas diversas en las normativas reguladoras de los efectos del matrimonio:

a) En la esfera personal de cada uno los cónyuges, el principio de igualdad provoca que no se modifique la situación personal anterior al matrimonio. Por ello el artículo 109 del Código Civil establece que la representación conyugal corresponde a ambos. Los cónyuges, en consecuencia, pueden relacionarse económicamente con terceros, de la misma forma que lo hacía antes de contraer matrimonio, porque el matrimonio no restringe en ningún caso de la capacidad de obrar.

b) En la esfera familiar, el matrimonio produce como consecuencia la necesidad de actuar en interés de la familia.

c) En la esfera patrimonial, existe una libertad de pacto que se concreta y fundamenta en los artículos 116 y 117 del Código Civil, que sin embargo prohíbe cualquier estipulación contraria o limitativa a la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge.

El artículo 108 del Código Civil, indica el derecho que tiene la mujer casada de agregar a su propio nombre el apellido su esposo, conservando ésta sus apellidos, y pierde ese derecho cuando el matrimonio se disuelve por nulidad o divorcio.

El artículo 109 del Código Civil, reformado por el decreto 80-98 del Congreso de la República declara que la representación de la comunidad conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, sin quebrantar el principio de igualdad para ambos, es necesario enfatizar que fijarán de común acuerdo en lugar de la residencia y sobretodo arreglarán lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y la economía familiar, si existiera divergencia entre ellos, el juez de familia decidirá sobre el particular.

De esa cuenta, dice el artículo 110 del Código Civil, que para que se logre ese cometido, corresponde obligar al marido a suministrar todo lo necesario para el sostenimiento del hogar, según sus posibilidades económicas; empero, también se obliga la mujer, en el artículo 111 del mismo Código Civil a coadyuvar en el hogar cuando ésta tuviera bienes propios o desempeñara algún empleo, profesión, oficio o comercio, es natural que sus ingresos coadyuven también para los gastos domésticos, de manera proporcional y equitativa y, ahora bien, si el marido estuviera imposibilitado para el trabajo y careciera de bienes productivos, la mujer debe cargar con todos los egresos domésticos.

Se debe también indicar que el artículo 132 del Código Civil, manifiesta que cualesquiera de los cónyuges puede oponerse a que el otro realice actos que redunden en perjuicio del patrimonio familiar y, también pueden solicitar que cese la administración del otro cónyuge, así que se modifique el régimen económico del matrimonio por separación de bienes, cuando su notoria negligencia, incapacidad o imprudente administración, amenaza arruinar el patrimonio común, o no planifique un adecuado mantenimiento de la familia. Asimismo, el artículo 269 también del Código Civil nos dice que, si el marido, en este caso, disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración esto se disminuyen o deprecian, también dará lugar para ser separado de la administración.

El artículo 112 del Código Civil da derecho preferente a la mujer sobre el sueldo, salario o ingresos marido hasta la cantidad necesaria de alimentos de ella y de sus hijos menores. Recíprocamente, tal derecho lo ejercitar el esposo en el caso de la mujer quede obligada con sus bienes o sus ingresos.

Es el cuidado y educación de los hijos lo que se protege, en cuya realización deben estar igualmente empeñados el padre y la madre, es la conservación del hogar lo que se persigue, pues el abandono material implica el abandono moral aflojando los lazos que deben unir a los esposos y a sus hijos.

1.7 Requisitos personales para la validez del matrimonio

1.7.1 Generalidades

Algunos autores distinguen, como requisitos del matrimonio, los requisitos de existencia tales como la diversidad de sexo, consentimiento, intervención de funcionario competente y los requisitos de validez tales como capacidad, consentimiento, y demás formalidades, dando a cada uno de los distintos elementos integrales de unos y otros requisitos, distinta proyección según en lo que incidan en la existencia o en la validez del acto matrimonial.¹⁶ Otros distinguen entre elementos esenciales la manifestación de voluntad de los contrayentes y del funcionario competente y elementos de validez la capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, observancia de las formalidades legales, licitud en el objeto del acto.¹⁷

El estudio de los requisitos personales para la validez del matrimonio tiene necesaria e íntima relación con los requisitos para su celebración. En realidad, son o deberían ser determinantes de ésta, aunque en la práctica pueda no suceder así, sin perjuicio de los efectos anulatorios posteriores.

1.7.2. Capacidad para contraer matrimonio

La primera condición necesaria para la validez del matrimonio es la capacidad de las partes, es decir, que tanto el hombre como la mujer cuenten con la aptitud física, intelectual y moral indispensable para alcanzar los fines de la unión conyugal. La exigencia de aptitud física - fundamentalmente de orden sexual- se justifica porque de otra manera no se podría alcanzar uno de los objetivos básicos del matrimonio, como es la procreación; la aptitud intelectual, porque el matrimonio supone un estado permanente de responsabilidades y deberes que sólo encontrándose en el pleno goce de las facultades intelectivas es posible atender y comprender; y la de aptitud moral, porque hallándose el matrimonio, como casi ningún otro acto jurídico, directamente vinculado con la sociedad, debe siempre responder a la moralidad media que priva en aquella y respetar sus reglas y sus valores.

¹⁶ Fonseca, Gautama. Op. Cit. Caps. 5.

¹⁷ Rojina Villegas. Op. Cit. Tomo II, Volumen I, pagina 286.

La aptitud para contraer matrimonio está determinada por la mayoría de edad (artículo 81 del Código Civil), es decir, por el hecho que los contrayentes hubiesen cumplido dieciocho años de edad, sin obstar que pueden contraerlo el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización conjunta del padre y de la madre, o de quien de ellos ejerza la patria potestad; o bien, del adoptante si se trata de hijo adoptivo; y en su caso, a falta de padres la autorización del tutor (Artículos 81 y 82 del Código Civil).

En el caso de no poder obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de ellos; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez (Artículo 83 del Código Civil). Si existe desacuerdo entre los padres, o negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren razonables (Artículo 84 del Código Civil). Por supuesto, la apreciación del juez deviene subjetiva, puesto que él está, diríase, alejado e ignorante de situaciones o circunstancias que a su juicio pueden resultar irrelevantes, pero que a los directamente interesados resultan de especial trascendencia.

Siguiendo un criterio esencialmente romanista, el Código Civil, según se infiere de las disposiciones referidas, si bien fija la mayoría de edad como punto de partida a efecto de precisar la aptitud legal para contraer matrimonio, a manera de excepción dispone que pueden celebrarlo, (capacitación específica) el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, correspondiente autorización, o sea, el código adiciona dos años a la edad que en el derecho romano determinaba la pubertad del hombre y de la mujer.

La ley, entonces, da primordial importancia a la aptitud física -posibilidad de engendrar- como determinante para la celebración del matrimonio, es decir, de la aptitud para contraer matrimonio. Este criterio es discutible. En efecto, para el buen suceso de la unión conyugal es innegable que otros factores o circunstancias, sereno discernimiento, medios económicos razonables para el sostenimiento del hogar, experiencia, concurren, o deben concurrir, en la estabilidad de la unión, más, podría decirse que la tradición romana y el código tratan de facilitar fundamentalmente, que, dada la aptitud física de engendrar, si esto ocurre la nueva familia pueda surgir bajo la protección del marco legal de un matrimonio.

1.7.3 Impedimentos matrimoniales

Toda vez que el objeto primordial de la institución matrimonial es el establecimiento de una nueva familia, resulta lógico que la ley deje previstos, a manera de prohibiciones, aquellos casos en que no proceda su autorización. Generalmente, a esas prohibiciones se les denomina impedimentos matrimoniales, con terminología originaria del derecho canónico. La teoría de los impedimentos matrimoniales tuvo su origen y mayor desarrollo en el Derecho Canónico, el cual hizo de los mismos una clasificación que alcanzó aceptación universal. Conforme a dicha clasificación, los impedimentos se dividen en dos grandes categorías: los llamados impedimentos dirimentes (de dirimunt, anular), constituidos por aquellas prohibiciones cuya violación produce la nulidad del matrimonio, y los impedimentos impeditivos, formados también por prohibiciones, pero cuya contravención no afecta la validez del acto, aunque si da origen a la aplicación de sanciones penales a los contraventores. La misma legislación canónica, tomando en cuenta las diversas situaciones en que pueden encontrarse las personas que adolecen de alguna ineptitud de las que dan origen a un impedimento dirimente, dividió éstos en absolutos y relativos. Impedimentos dirimentes absolutos son aquellos que colocan a una persona en la imposibilidad de celebrar matrimonio con cualquier otra e impedimentos dirimentes relativos aquellos que impiden a una persona contraer matrimonio con otra persona determinada. La difusión que alcanzó la teoría de los impedimentos hizo que ella pasase del Derecho Canónico a la legislación de casi todos los países, aunque no sin sufrir importantes cambios. Estos consistieron, fundamentalmente, en el rechazo de que fueron objeto algunos de los impedimentos señalados por aquél, tales como los derivados del bautismo o de la confirmación, de la disparidad de cultos, de los votos solemnes, etc., y en la supresión de ciertas clasificaciones que las leyes civiles no consideraron necesarias, como las que distinguían entre impedimentos de grado mayor y menor o secretos y públicos.

Espín Cánovas opina que la edad, la enfermedad mental, la impotencia, la ordenación sagrada y profesión religiosa con voto solemne (esto no aplicable a la legislación de Guatemala), así como el ligamen o vínculo matrimonial, son factores determinantes de impedimentos dirimentes absolutos; que la consanguinidad, la afinidad, el parentesco legal o adoptivo y el delito, lo son de impedimentos dirimentes relativos; y que por razón de licencia familiar o de

anterior matrimonio o de rendición de cuentas, estableciendo así los muy conocidos los impedimentos impedientes.¹⁸

La terminología utilizada para referirse a los impedimentos matrimoniales -la canónica- en el derecho civil (impedimentos dirimentes -de *dirimunt*, anular-; e impedimentos impedientes) que impiden la celebración del matrimonio, pero no con intensos efectos de nulidad si se celebra, parece poco comprensible si no se acude a la fuente etimológica. En realidad, procede utilizar la palabra impedimentos si se juzga la situación personal y familiar de las personas ante la ley, previamente a la celebración del matrimonio. Si se celebra, a pesar de los impedimentos, éstos pasan inmediatamente a ser causas de nulidad, absoluta o relativa, del acto.

La razón de la importancia que se da a los impedimentos radica en la circunstancia de que la ley trata los motivos de nulidad del matrimonio, precisamente no como tales sino como razones que deben impedir la celebración del mismo, dada la naturaleza e importancia de la institución matrimonial. Es decir, no procura la ley determinar en qué casos es ineficaz el matrimonio; precisa claramente en qué casos no debe celebrarse, y si aún así se celebra, fija la intensidad del vicio que afecta al acto, graduándola según las características concurrentes.

El Código Civil no sigue fielmente el criterio tradicional distintivo de los impedimentos dirimentes e impedientes a la manera del Derecho Canónico y de aquellos inspirados en éste, por cuya razón es aconsejable atenerse a la terminología legal en esta materia, sobre todo para facilidad en la relación y comparación de preceptos, y no obstante la falta de adecuada sistematización de la materia en el código.

1.7.4 Insubsistencia del matrimonio

Según el Código Civil, en enumeración tipificante de casos de insubsistencia del matrimonio, tienen impedimento para contraer matrimonio (Artículo 88 del Código Civil):

1°. Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medios hermanos.

¹⁸ Espín Cánovas, Op. Cit. Volumen IV Pagina 62.

2°. Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad.

La justificación de este precepto es dudosa; sólo puede encontrarse en razones de orden moral. A su respecto, la exposición de motivos del proyecto de Código Civil no es clara al decir que “no puede reconocerse existencia de vínculo matrimonial en ningún caso, ni aún alegándose prescripción, del matrimonio celebrado de buena o de mala fe, entre ascendientes y descendientes, que hayan estado ligados por afinidad como entre suegra y yerno, o entre suegro y nuera”.

Aunque en Guatemala el impedimento para contraer matrimonio es absoluto entre descendientes o ascendientes que hayan estado ligados por afinidad, no importando si el vínculo matrimonial se extinguió por divorcio o por fallecimiento.

3°. Las personas casadas; y las unidas de hecho, con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

Esta disposición no requiere comentario alguno. Admitir lo contrario a tal precepto sería admitir la bigamia dentro de un ordenamiento jurídico que la rechaza.

1.7.5 Casos en que no puede autorizarse el matrimonio

El Código Civil trata de los casos en que no podrá ser celebrado el matrimonio. Nótese la diferencia. Los casos de insubsistencia están referidos a la relación parental entre las personas que pretenden contraer matrimonio, en los casos anteriores expuestos. Las de prohibición de que el matrimonio sea celebrado, inciden en responsabilidad del funcionario que autorice el acto, no obstante la existencia del impedimento, y de las personas culpables de la infracción, según lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil.

Este artículo dispone que no podrá ser celebrado el matrimonio:

1°. Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor.

Si se observa que el artículo 82 del Código Civil requiere que la autorización al menor de edad deberá ser otorgada conjuntamente por el padre y la madre, o por quien de ellos ejerza

solo la patria potestad, es indudable que la expresión del artículo 90, inciso 1° "consentimiento expreso de sus padres", parece excluir la previsión del artículo 82. Sin embargo, debe estarse a lo dispuesto en éste por tratarse de una norma específica que determina la aptitud para contraer matrimonio.

2°. Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

Las edades señaladas en este inciso pueden considerarse como aquellas que para el legislador determinan la aptitud para la procreación, habilitante en cierta forma a los efectos de la celebración del matrimonio. La falta del pleno desarrollo físico y de las plenas facultades para el eficaz suceso de la unión conyugal, obstáculo que la ley permite superar en el caso de la menor que hubiese concebido, a fin de que el hijo nazca dentro del matrimonio, siempre que para la realización del matrimonio medie la correspondiente autorización de las personas que se indican.

Refiriéndose a otro aspecto del problema, Fonseca escribe: "En la actualidad ninguna legislación fija un límite máximo de edad para que las personas puedan contraer matrimonio y puede decirse que tampoco ha sido ésta una práctica en el pasado, ya que con excepción del Código Civil ruso, anterior a la revolución, que prohibía el matrimonio a quienes hubieran cumplido noventa años, no se encuentran precedentes en tal sentido. La inexistencia de la referida prohibición se justifica porque, como se ha dicho, la procreación no es la única finalidad del matrimonio, toda vez que éste puede motivarse en la necesidad que sientan un hombre y una mujer de vivir juntos para auxiliarse mutuamente".¹⁹

3°. De la mujer, antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho o desde que se declara nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuge haya estado

¹⁹ Fonseca, Gautama. Op. Cit. pagina 65.

materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno.

Este denominado impedimento especial de la mujer que vuelve a casarse, por el denominado plazo de viudedad (la ley francesa contempla expresamente el caso de muerte del marido) o de segundas nupcias, en los siguientes términos: "Tiene por motivo el deseo de evitar una confusión de parto, es decir, la incertidumbre sobre el verdadero padre del hijo que puede nacer. En efecto, la ley, para determinar la paternidad legítima ha tenido que calcular el término posible del embarazo de una manera un poco amplia, de tal suerte que comprenda los casos extremos de duración o de brevedad; le asigna un término de 300 días cuando más y de 180 días cuando menos. Se obtiene de este modo un intervalo de 121 días, durante el cual se coloca necesariamente la concepción.

4°. Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela o protutela.

5°. Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o protutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración.

La disposición legal vigente referida, tiene por objeto evitar que quien ejerza la tutoría se aproveche y valga de su posición y de la inexperiencia de la persona menor de edad, para, en uno de los supuestos, liberarse de la obligación de rendir cuentas de su administración, o bien pasar a ejercerla indefinidamente por razón del matrimonio.

6°. Del que teniendo hijos bajo su patria potestad no hiciere inventario judicial de los bienes de aquellos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona.

Esta norma tiene su raíz, y la redacción es idéntica, en el Código Civil de 1933, artículo 95, inciso 5° persigue, evidentemente, garantizar los bienes de las personas sujetas a la patria

potestad, o sea de los hijos, contra los posibles malos manejos de la persona extraña o contra su influencia en ese sentido.

7°. Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

Nótese que la ley, como es lógico, no obliga al funcionario que autorizará el matrimonio a cerciorarse, previamente y en forma que no induzca a duda, que los futuros contrayentes están libres de cualquier impedimento. Lo contrario hubiese sido darle funciones de pesquisidor. Lejos de eso, la propia ley impone a quienes deseen contraer matrimonio la obligación de declarar bajo juramento, entre otras circunstancias, la de no tener impedimento legal para el efecto (Artículo 93 del Código Civil). El código sólo exige al funcionario cerciorarse de la capacidad de los contrayentes (Artículo 98 del Código Civil). En recto criterio, las disposiciones del artículo 90 del Código Civil, en lo que conciernen al funcionario autorizante, deben aplicarse únicamente en el caso de que el mismo hubiese procedido a sabiendas de la existencia del impedimento.

1.7.6 Anulabilidad del matrimonio

La legislación mediante el Código Civil contempló lo relativo a los actos nulos (nulidad absoluta) y anulables (nulidad relativa). Cuando el codificador denomina en el título de nulidades, acto nulo o anulable, ésta desde luego refiriéndose a actos inválidos, pero al mismo tiempo, está significando una particularidad del acto, consistente en el modo de actuar la causa de invalidez. Así la presencia notoria o visible en el acto de la causa de invalidez, sin necesidad de una comprobación ulterior, provoca la nulidad manifiesta del acto, que entonces se denomina acto nulo. Por el contrario, cuando el acto, aparentemente, no adolece de ninguna irregularidad, pero en realidad, encierra en su interior, una falla fundamental, que puesta en evidencia mediante comprobaciones pertinentes, lo torna ineficaz, dicho acto se denomina acto anulable y a la índole de su ineficacia, nulidad no manifiesta o dependiente de juzgamiento.

Está es una figura totalmente distinta a la insubsistencia o nulidad absoluta del matrimonio. En efecto, la anulabilidad o nulidad relativa se configura cuando celebrado el matrimonio, puede adolecer de algún vicio que lo invalida, pero mientras no se dicte sentencia que sea

firme y declare la anulación, el matrimonio surten sus efectos jurídicos; y si no se ejerce la acción dentro del término señalado en la ley, la prescripción borra el vicio y el matrimonio queda revalidado.

En la anulabilidad del matrimonio se trata de nulidades de protección, dictadas para defender un interés particular. Por regla general las nulidades relativas se caracterizan por el hecho de que sólo pueden ser invocadas por las personas a las que tienden a proteger, por ejemplo, el cónyuge cuyo consentimiento ha sido viciado.

1.7.6.1 Causas de anulabilidad del matrimonio

El artículo 145 del Código Civil contempla las causas de anulabilidad del matrimonio, siendo las siguientes:

1°. Cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción.

En este supuesto el consentimiento no se ha manifestado de una forma libre y consciente.

El matrimonio supone la integridad del consentimiento; pero a diferencia del derecho común, el carácter institucional del matrimonio ha justificado una concepción restrictiva de los vicios del consentimiento a fin de evitar la consecución demasiado fácil de un anulación; de esa manera el dolo, la coacción o error provocados es muy difícil que se configuren y se logran probar en la práctica judicial en este contexto, el error sobre la identidad de una persona no se admite. El error sobre la identidad física prácticamente no tiene ejemplos; es decir el error sobre la identidad civil, sobre la situación de la familia, sobre el nombre, sobre la nacionalidad o la edad y su admisión depende básicamente de cada caso en concreto. Lo que constituirá un complejo problema en la práctica sería acreditar el error sobre las cualidades de la persona.

2°. Del que adolezca de impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio.

En principio hay necesidad de distinguir entre la imposibilidad de realizar el acto sexual y la imposibilidad degenerados, procrear o tener descendencia, representada por la esterilidad o infertilidad.

Es indudable, a los fines de la nulidad del acto, que la impotencia debe haber sido anterior a la celebración del matrimonio; por ello, si la impotencia es por causas sobrevinientes a la celebración del matrimonio, la misma no podrá ser invocada para demandar la nulidad relativa del matrimonio.

La invocación del impotencia como causal para obtener la anulabilidad el matrimonio, no es válida bajo lo establecido por el derecho constitucional, en virtud de que los fines del matrimonio no están reducidos únicamente a satisfacer necesidades de índole sexual sino más bien asumir un proyecto de matrimonio, basado en la unión familiar y no en la unión sexual. En tal virtud podríamos ejemplificar lo que sucedería con dos ancianos, extinguido ya su vigor sexual, deseen unir sus vidas con fines de compañía y asistencia recíproca, por lo que no habría ninguna razón para impedir este matrimonio.

3°. De cualquier persona que padezca incapacidad mental al celebrar el matrimonio.

El código contempla como causal de nulidad relativa a la incapacidad mental para celebrar el matrimonio, importando que al momento en la celebración del matrimonio, hubiere estado privado de razón, quedando comprendida tanto la persona declarada judicialmente, como aquella que he hecho se encontrare en ese estado.

La locura es el estado del trastorno mental, que quita a quien lo padece, el uso de la razón. Evidentemente es que por implicar el matrimonio un negocio jurídico, es decir, la existencia de la voluntad, consentimiento expreso, se necesita que quien lo verifica este en el libre ejercicio de sus facultades mentales, puesto que solo de esta forma la voluntad es susceptible de crear el vínculo de derecho.

Este tipo de nulidad puede ser demandada por el cónyuge capaz, por el padre o madre del incapacitado y por la Procuraduría General de la Nación, dentro de 60 días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio, artículo 150 del Código Civil.

4°. Del autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, con el cónyuge sobreviviente.

Este supuesto guarda estrecha relación con lo estipulado en el artículo 149 del Código Civil.

Las situaciones contempladas en el artículo 145 producen la anulación del matrimonio, en los casos en los incisos primero y segundo, la acción es privativa del que incurrió en error o fue engañado, u obligado a casarse con violencia o amenazas; o si se trata de impotencia, si esté relativa, la acción corresponde cualquiera de los cónyuges y, si es absoluta, al cónyuge sano.

Esta acción no puede ser iniciada por los herederos, si no ha sido utilizada dentro del plazo legal por el causante. En cambio la anulación del matrimonio contraído por un incapaz, declarado en estado de interdicción, o el autor, cómplice o encubridor de la muerte de uno los consortes, físicas y con el sobreviviente, corresponde la acción no sólo a otras personas interesadas sino también a la Procuraduría General de la Nación, tomando en consideración que existe una falta absoluta del consentimiento en el primer caso y sobre todo la responsabilidad penal que motivó el segundo; acción que, a diferencia de la anterior, puede iniciar los herederos, siempre que se ejerciten dentro del plazo perentorio de seis meses.

1.7.7 Consentimiento

El principio consensual tiene sus orígenes en el derecho canónico, pero su precedente civil es el artículo 146 del Código Civil francés de 1804 (no hay matrimonio si falta el consentimiento) que da lugar al inicio de la concepción moderna del matrimonio como contrato.

Es evidente que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, de tal forma que se puede declarar la nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento matrimonial.

El consentimiento tiene relevancia en diferentes ámbitos:

A) En la formación del negocio matrimonial, de modo que se exigen unos requisitos relacionados con el consentimiento en el sentido de que se excluirá el prestado con vicios. Artículos 93, 98, 99 del Código Civil.

B) En la ordenación del contenido de la relación matrimonial, aunque la autonomía de la voluntad se halla muy limitada por razones de orden público y aunque hoy no pueda sostenerse la categorización del matrimonio como un contrato, ciertos efectos del matrimonio podrán ser estructurados de acuerdo con la voluntad de los contrayentes. Así, incluso puede decirse que el matrimonio no es vinculante, porque su disolución por divorcio puede producirse por la voluntad de los cónyuges. Ésta posibilidad es irrenunciable previamente, ya que también se trata de una norma de orden público.

Ahora bien, en este tema es posible confundir dos cuestiones distintas: la primera, para que exista matrimonio, es necesario que exista consentimiento matrimonial; la segunda, que el consentimiento exigido no permite el ejercicio de la llamada autonomía de la voluntad, puesto que las normas matrimoniales son imperativas. Por ello el matrimonio considerado como negocio jurídico, excluye la predeterminación de un contenido normativo distinto del establecido legalmente y así, se prohíbe someterlo a condición: el matrimonio es un negocio jurídico puro por naturaleza.

Tampoco pueden excluirse efectos previstos legalmente. Ahora bien, la denominada autonomía de voluntad se aplica a los aspectos patrimoniales, cuando los cónyuges quieran estructurar sus relaciones del modo más conveniente para sus intereses. Y se recupera la autonomía negocial en los casos de separación y divorcio.

1.7.7.1 Los vicios del consentimiento matrimonial

El acto matrimonial implica la expresión de voluntad, la cual no puede estar condicionada por circunstancias extrañas al querer interno de los contrayentes.

Aparentemente, no existe un sistema específico de vicios del consentimiento matrimonial, puesto que se hallan encuadrados en el sistema de anulabilidad, artículo 145 del Código Civil. Ahora bien, al analizar éste artículo, se deducen dos consecuencias: que los vicios del consentimiento se definen con relación a la institución a la que afectan y por ello sólo se tienen en consideración el error y la coacción o miedo grave. En segundo lugar, que estos vicios están tratados con mayor rigor.

1.7.7.1.1 Error

El artículo 146 del Código Civil establece: "el error que hace anulable el matrimonio es el que recae sobre la identidad personal del otro contrayente, o se produce por la ignorancia de algún defecto sustancial del mismo, de tal gravedad, que se haga insoportable la vida en común o constituya un peligro para la prole. La acción de nulidad que nace del error o dolo, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado, dentro de 30 días de haberse dado cuenta del error o dolo."

Se puede observar que este precepto, sólo tienen en consideración como vicios del consentimiento matrimonial, el error en la persona. Dentro de este error, existen dos modalidades: A) se trataría de una sustitución de persona, como por ejemplo, creer casarse con una persona y en realidad se casa con otra, y por consiguiente puede ser considerado como un tipo error obstructivo; B) El que recae sobre las cualidades personales que hubieran dado lugar a la prestación del consentimiento y que puede ser calificado como un supuesto de error de vicio.

De los errores expuestos anteriormente existe mayor importancia en el segundo caso ya que las cualidades esenciales de una persona la determinan como tal y por lo tanto es determinante en el consentimiento matrimonial, por lo que se puede exigir la valoración del juez en este caso.

Este error es puramente subjetivo, porque depende la persona que lo sufre y relativo, porque se refiere un matrimonio concreto y a unas personas concretas. Estas circunstancias han de ser

anteriores o contemporáneas a la celebración del matrimonio; las posteriores podrán ser causas de separación o divorcio.

1.7.7.1.2 Dolo

El dolo es toda maquinación, engaño o artificio que tienda a inducir a error a alguno de los cónyuges sobre un hecho sustancial que de haberse conocido con exactitud, el matrimonio no se hubiera celebrado.

La diferencia entre el error y el dolo, a los efectos de la validez del matrimonio, radica en que para que existe el primero (error) debe emerger su causa de la falta de correcta apreciación, por parte de uno o de ambos contrayentes, de las circunstancias previstas en la ley como determinantes de la anulabilidad del acto, sin mediar deliberado propósito de engaño, maquinación o artificio, lo cual si debe existir y manifestarse en la concurrencia del dolo.

1.7.7.1.3 Coacción

La coacción debe entenderse entonces como toda acción u omisión que cree un estado anímico en la persona impidiéndole la libre expresión del consentimiento, cabe resaltar que debe de tener como objetivo precisamente alcanzar un consentimiento en apariencia libre para contraer matrimonio pero que en realidad no es así.

El Código Civil considera que la coacción puede presentarse en forma de violencia, amenaza o intimidación y hace especial referencia del matrimonio del raptor con la raptada, artículo 147.

1.7.7.2 La falta de consentimiento matrimonial

1.7.7.2.1 La simulación

Existe simulación cuando se exterioriza un consentimiento matrimonial en una de las formas válidas para ello, pero existe entre los aparentes contrayentes un acuerdo previo o contemporáneo dirigido a excluir la producción de los efectos del matrimonio que aparentan contraer.

En cualquier caso, se trata de una simulación absoluta, puesto que se usa el matrimonio para obtener un efecto distinto que únicamente deriva del matrimonio; cómo podría ser la obtención de una determinada nacionalidad de forma más rápida, por lo que se esconde un fraude a la ley.

Pero la simulación requiere de un acuerdo predeterminado entre los aparentes contrayentes y debe destacarse que ambos consienten de mala fe, omitiendo por completo la finalidad del matrimonio como la institución que representa.

1.7.7.2.2 La reserva mental

En este caso el contrayente quiere emitir la declaración de voluntad, pero pretende excluir los efectos jurídicos del matrimonio. Afecta sólo a uno de los contrayentes por lo que puede afirmarse que aquí existe también un defecto del consentimiento matrimonial, que si en algún momento puede ser probado causa la nulidad en el matrimonio por la misma razón de la simulación, pero lo que provoca la nulidad en este caso es un contrayente de mala fe.

La reserva mental no podría ser invocada por el contrayente que incurrió en ella, pues, estaría invocando su propia ineptitud. Artículo 146 del Código Civil.

1.8 Requisitos formales y solemnes para la validez del matrimonio

1.8.1 Generalidades

Después de determinarse los requisitos personales, y que la ley regula expresamente, con el objeto de lograr garantía en el acto, procede la realización del mismo cumpliendo necesariamente con los requisitos formales previamente para la celebración del acto matrimonial. Esto quiere decir que se da inicio al expediente respectivo ante el funcionario autorizante, para que la manifestación de voluntad de los contrayentes quede por escrito y constituya la prueba documental que la demuestre.

Gautama Fonseca, citado por Alfonso Brañas dice: "Las formalidades cumplen en el matrimonio un papel principalísimo, porque facilitan la prueba del acto; porque impiden que

éste se realice en forma precipitada, esto es, sin tomar en cuenta todas sus consecuencias y porque fijan de modo preciso toda la gama de supuestos o requisitos que deben concurrir para que surja el vínculo conyugal, y producen el efecto de que hacen cierta su concurrencia tanto en relación al tiempo como a las personas. Si bien es cierto que en la actualidad se advierte en muchas legislaciones una atenuación del rigor formal que siempre ha caracterizado al matrimonio, no puede negarse que por amplias que sean las concesiones a la libertad individual que tal hecho implique, el connubio continúa siendo un acto jurídico esencialmente solemne".²⁰

En la formación del expediente intervienen los contrayentes, el funcionario autorizante, testigos si los hubiere, como elementos personales; y todos los documentos como elementos materiales. Ambos son de significativa importancia para la realización del acto del matrimonio.

El artículo 93 del (Decreto-Ley 106) Código Civil, establece las formalidades para la celebración del matrimonio, el cual indica: "Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia o de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes, que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre si que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales, y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona."

En los artículos 94, 95, 96 y 97 del Código Civil, se establece la forma de proceder en el caso de un menor de edad que pretenda contraer matrimonio, o una persona que hubiese sido casada, o sea extranjero o guatemalteco naturalizado, así como la obligatoriedad para ambos cónyuges de presentar la constancia de sanidad a efecto de acreditar que no padecen de

²⁰ Alfonso Brañas. Manual de Derecho Civil. Editorial Fenix. Guatemala 2003. Página 97.

enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o que no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación.

El artículo 8 del (Decreto-Ley 106) Código Civil preceptúa: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley."

El artículo 81 del Código Civil establece: "La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14 años, siempre que medie la autorización que determinan los artículos siguientes."

Quien no puede prestar consentimiento se halla desprovisto de capacidad matrimonial. Es decir, a los que no pueden consentir, no a los que tienen posibilidad de hacerlo, pero que presten un consentimiento viciado. Los primeros son, en verdad incapaces, los segundos, poseen capacidad para celebrar el acto, pero éste resulta inválido por un vicio que afecta el consentimiento.

Así un niño sin discernimiento, un loco, no pueden consentir, y carecen plenamente de capacidad matrimonial. Por el contrario, un mayor de edad en estado normal puede consentir plenamente, pero si lo hace sin libertad y de un modo viciado, por violencia, error o por dolo, tendrá en principio, capacidad de consentir perfectamente el matrimonio; pero no es válido por el vicio del consentimiento y anula el acto, pero no convierte por ello en ineficaz al sujeto que lo celebró.

Esta diferencia entre la capacidad de consentir los vicios del consentimiento, prestado por persona capaz tiene positiva importancia en la doctrina de las nulidades.

Todas las legislaciones, sin distinción, reconocen esta causa de incapacidad, fundada en la imposibilidad absoluta de consentir.

1.9 Celebración del matrimonio y funcionario que lo autoriza

1.9.1 Generalidades

Habiéndose cumplido con todos los requisitos formales que establece la ley, así como con los requisitos personales relativos a la capacidad y aptitud de los contrayentes, el funcionario señalará a solicitud de los interesados, día y hora para la celebración del matrimonio, o procederá inmediatamente a su celebración.

Planiol-Ripert citados por Alfonso Brañas, "enfatan el carácter solemne del acto resaltando que la autoridad interviniente no da fe del matrimonio, sino que lo celebra, en el lugar y según las formalidades prescritas por la ley".²¹

En el antiguo derecho, la Iglesia Católica había establecido la solemnidad del matrimonio. El derecho moderno de casi todos los países la ha considerado. Nada señala mejor el carácter de institución civil del matrimonio que esa intervención de la autoridad pública y la palabra celebración que ha sido conservada. Se puede observar también que la ley civil otorga en la ceremonia un papel más importante al oficial de estado civil (Alcalde, Notario o Ministro Religioso, en la legislación guatemalteca) que el Derecho Canónico al Sacerdote. El Sacerdote no es sino un testigo de calidad en el sacramento de que son ministros los esposos, y tan sólo otorga la bendición nupcial.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, existen cuatro funcionarios que pueden autorizar el matrimonio, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, que en el artículo 49 establece: "el matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente."

Asimismo, el Artículo 92 del Código Civil establece: "El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el

²¹ Alfonso Brañas. Op. Cit. Página 98.

ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el Ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde."

Conforme a la legislación, para la celebración del matrimonio civil, el funcionario autorizante, dará lectura ante los contrayentes, a los artículos 78, 108 al 113 del Código Civil; recibe de cada uno de los contrayentes su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer, y en seguida los declara unidos en matrimonio (Artículo 99 del Código Civil).

El funcionario encargado de la celebración del matrimonio levantará el acta respectiva, la que deben aceptar y firmar los contrayentes y los testigos si los hubiere, los que no sepan o no puedan firmar dejarán la impresión digital, además del funcionario autorizante, quien debe entregar inmediatamente constancia del acto a los contrayentes, y razonará las cédulas de vecindad y demás documentos de identificación que se le presenten, (artículos 99 y 100 del Código Civil).

Los alcaldes o concejales que hagan sus veces, deben asentar las actas de matrimonio en un libro especial que deberán llevar las municipalidades; los notarios harán constar el matrimonio en acta notarial que deben protocolizar, y los ministros de los cultos, en libros autorizados por el Ministerio de Gobernación (artículo 101 del Código Civil).

En cuanto a la libre voluntad para consentir el matrimonio, algunos autores consideran que el consentimiento matrimonial es más que el acto de voluntad por virtud del cual el hombre y la mujer convienen en que surja entre ellos el estado matrimonial con todas las consecuencias que ello produce.

Quien no puede prestar consentimiento se haya desprovisto de capacidad matrimonial. Entiéndase que se refiere a los que no pueden consentir, no a los que tienen posibilidad de hacerlo, pero que presten un consentimiento viciado. Los primeros son en verdad incapaces, los segundos poseen capacidad para celebrar el acto, pero este resulta inválido por un vicio que afecta el consentimiento.

Esta diferencia entre la capacidad de consentir los vicios del consentimiento, prestado por persona capaz, tiene positiva importancia en la doctrina de las nulidades.

1.10 Principios que fundamentan el matrimonio

1.10.1 Generalidades

Los principios que fundamentan la institución social del matrimonio son aquellos criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que los rige, expresados en reglas y aforismos, tiene virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas en el plano positivo.

Su carácter de criterios fundamentales deriva de expresar principios de justicia, de valor elemental y naturaleza objetiva. Y su condición de fuente informativa del ordenamiento explica que pueden adoptar peculiaridades que, sin romper su teoría general y abstracta, disciplinan la estructura jurídica de un determinado grupo humano y social. No son ciertamente, verdades absolutas, pero su más pura esencia responde a una general aspiración que se traduce, en la órbita jurídica, en una política de desenvolvimiento y realización de su contenido, que es lo que les da utilidad.

Su independencia respecto de las normas concretas positivas hace que informen al ordenamiento sin necesidad de que sean matizados. Singularmente, cuando el legislador se apresta a la labor de organizar normativamente la vida de un país, responde en su esquema y parte siempre de unos principios. Y realizada la legislación, ahí y aún quedan principios, que sirven para enriquecer y actualizar, completando, la norma concreta.

Los principios que fundamentan el matrimonio serán aquellos que se visualizan para que dicha institución social llene los requisitos y legalidades formales para que durante el tiempo que persista éste no se disuelva, y los cónyuges puedan tener la certeza de su unión.

Entre los principios que fundamentan el matrimonio será necesario estudiar los siguientes:

1.10.2 Principio de nulidad

Con relación a este principio, se manifiesta que, es la reducción de todas las causas de nulidad matrimonial a defecto o vicio de la voluntad negocial del matrimonio.

1.10.3 Principio de voluntad mutua

El matrimonio se rige por el principio de voluntades, es decir; que debe existir un acuerdo entre los cónyuges para que éste se realice, si uno de los contrayentes está en desacuerdo no puede autorizarse el matrimonio.

1.10.4 Principio de la verdad

El matrimonio se efectúa por la verdad entre las partes, valiéndose para el efecto de la juramentación para que en el transcurso de la diligencia las partes actúen con la verdad, por lo que la verdad quedará reglamentada con la juramentación y la advertencia de las penas relativas al perjurio, que en el futuro el matrimonio no pueda ser disuelto por nulidad.

1.10.5 Principio de defensa del vínculo matrimonial

Lo que busca este principio es que el matrimonio prevalezca en el tiempo y que no sea disuelto, reglamentándose las inconveniencias que puedan existir durante su duración.

1.10.6 Principio de respeto mutuo

Mediante este principio, las partes tienen que guardarse respeto para el mejor desenvolvimiento del mismo.

1.10.7 Principio de responsabilidad

Ambos contrayentes tienen la responsabilidad de procrear, alimentar y educar a sus hijos durante la menor edad, y en la mayoría de edad si éstos fueren incapaces o hayan sido declarados en estado de interdicción.

1.10.8 Principio de auxilio mutuo

En el matrimonio ambos contrayentes tienen la obligación de prestarse mutuo auxilio, según las necesidades del caso.

CAPITULO II

2.1 EL NOTARIO, LA FUNCION NOTARIAL Y LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL

2.1 Antecedentes

En el ambiente jurídico-social, las personas confían los actos y contratos que celebran con sus semejantes, al notario, con la certeza y seguridad de que es él, como conocedor del Derecho, la persona autorizada y que los garantiza por las facultades de que está investido.

En la actualidad existen dificultades en el campo del derecho notarial, en lo que al concepto del notario se refiere. Ni la doctrina, ni las legislaciones mas avanzadas, se han puesto de acuerdo en unificar sus criterios para asentar y dar definitivamente un concepto general y concreto del notario, el cual abarque toda la magnitud de lo que este se refiere. Para unos autores es el notario, un profesional del Derecho, para otros es simplemente un funcionario público.

De todas maneras antes de citar algunos conceptos, es necesario mencionar que la legislación guatemalteca notarial, no contiene una definición del notario; pero la ley sustantiva de la materia, acorde con el moderno derecho notarial latinoamericano, lo conceptúa como un profesional del Derecho.

Nery Roberto Muñoz hace mención de lo establecido en el Congreso de la Unión Internacional del Notario celebrado en Buenos Aires Argentina en 1948, en el cual se estipuló que el “Notario es el profesional de Derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndole autenticidad, conservando los originales de estos, y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos.”²²

²² Muñoz, Nery Roberto. Introducción al Estudio del derecho Notarial. Infoconsult Editores 2006. Pagina 41

El notario en su trabajo debe poner en juego constantemente toda su capacidad científica, su habilidad práctica y probidad; en determinado momento, en forma espontánea o inesperada, debe actuar y dar algún consejo, dirigir a sus clientes e informales de sus pretensiones, los particulares confían en él y en su pericia, en su capacidad y conocimientos. Y como lo establece Mario Aguirre Godoy “la formación del notario debe comprender una formación humana y técnica la cual abarca dos sentidos importantes: un saber hacer por repetición mecánica y un saber hacer conociendo el porqué de esa actitud y sus causas inmediatas.”²³

En la doctrina se dice que el notario hace una elaboración notarial del Derecho, para prevenir los conflictos futuros de intereses, asesora y aconseja, dirige y guía las pretensiones de los particulares para darle forma legal al negocio jurídico. Allí pues, descansa la responsabilidad del notario, superficialmente parece un concepto muy sutil pero en el fondo corresponde a un gran porcentaje del ejercicio de la profesión, de suma importancia y de gran trascendencia en la vida del funcionario público que es el notario.

Al respecto de la responsabilidad notarial el notario guatemalteco Antonio Rivera Toledo sostiene “que el fundamento de la responsabilidad notarial, descansa en la garantía de la actuación correcta del Notario para seguridad de quienes recurren a él en busca de orientación profesional”.²⁴

En las diversas concepciones que existen del notario se habla de certeza y autenticidad, las cuales realiza en el ejercicio liberal de la profesión, pero esto lo logra cuando encuadra su funcionamiento en la investidura de fe pública otorgada por el Estado, esto con dos fines primordiales: a) la realización normal del derecho; y b) la necesidad que tiene la sociedad de dotar las relaciones jurídicas de certeza.

Al respecto Enrique Giménez Arnau expone que “la fe pública al igual que todas las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen

²³ Aguirre Godoy, Mario. La Capacitación Jurídica del Notario. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. 1972

²⁴ Rivera Toledo, Antonio. Introducción al Estudio del derecho Notarial Guatemalteco. 1965 Tomo II Pagina 495.

fatalmente en la sociedad para la realización normal del derecho que es uno de los fines del Estado”.²⁵

En Guatemala el derecho notarial va en desarrollo, el notario es un profesional que no es nombrado por el Estado para ejercer la profesión en bien de la comunidad, necesita de una autorización del Presidente del Organismo Judicial, que también lo es de la Corte Suprema de Justicia. Por ello se le considera como un Magistrado de Paz que desempeña un cargo técnico y no uno político.

En Guatemala se ejercen, conjuntamente las profesiones de Abogado y Notario; debido a que una bondadosa legislación lo permite. Para algunos y con razón, resulta contradictorio, que se puede ejercer conjuntamente dichas profesiones. Ambas abarcan el campo jurídico, pero debe, tomarse en cuenta la vocación que la persona tiene para ser Abogado o Notario y que las dos profesiones son distintas.

Desde luego el ejercicio del notariado es mucho más delicado, tampoco se puede pasar por alto lo relativo a la imparcialidad del Notario con las partes y la parcialidad del Abogado con su cliente.

En el artículo publicado por Nery Roberto Muñoz en la pagina web del Instituto guatemalteco de Derecho Notarial indica que: “El Notario al ejercer su función debe ser imparcial, no debe tomar partido, no importando quien lo haya requerido, ni mucho menos quien paga los honorarios. Como tal tiene el deber de imparcialidad, no favoreciendo a ninguna de las partes en detrimento de la otra, sino ser objetivo, ser respetuoso de la verdad y la ley.”²⁶

2.2 Definición de notario

A) Para Francisco Martínez Segovia citado por Víctor Raúl Roca Chavarría : "Notario es un jurista facultado por la ley para interpretar y configurar, autenticar, autorizar y resguardar

²⁵ Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. España 1976.

²⁶[http://: www.igdnotarial.org](http://www.igdnotarial.org) Artículo publicado por Nery Roberto Muñoz en el boletín 19, fecha de consulta el diez de septiembre de 2007.

tanto el documento notarial (o medio objetivo) como el objeto material (o contenido) de la función notarial, siendo el órgano de dicha función.²⁷

La anterior definición muestra al notario en una de sus facetas en el campo del notariado pero no en toda la actividad que conlleva el útil mundo de lo notarial.

B) José María Mengual y Mengual también citado por Víctor Raúl Roca Chavarría expresa: "El Notario es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo al estudio, explicación y aplicación del derecho positivo a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en las cuales interviene. O en los términos más breves; es el funcionario público, que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el derecho en su estado normal cuando a ellos es requerido por las personas jurídicas."²⁸

C) Sin lugar a duda el tratadista más fecundo y que ha logrado formular una definición lo más completa que ha sido posible es Enrique Giménez Arnau al expresar: "El Notario es un profesional del derecho que ejerce una función publica para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas estan sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria."²⁹

D) Para el abogado y notario Víctor Raúl Roca Chavarria, notario es: "El Profesional del derecho que previo haber obtenido el titulo facultativo o llenado todos los requisitos con arreglo de la ley y que esta lo dota de fe pública notarial para que los actos o hechos que a

²⁷ Roca Chavarría, Víctor Raúl. Las Actas Notariales en el derecho Guatemalteco, Necesidad de su Protocolización. Tesis Profesional. Pagina 36

²⁸ Ibidem. Paginas 36 y 37

²⁹ Giménez Arnau, Enrique. Op. Cit. Pagina 44.

requerimiento por disposición de la ley y que actúa en la fase normal del derecho en la que aconseja, asesora, instruye, concilia y coordina voluntades; y modela el acto jurídico dotándolo de forma legal y los inviste de una presunción de veracidad que los hace valederos y que solamente puede ser atacados por nulidad.”

En la definición anterior se observan dos características esenciales del Notario, como son la de profesional del Derecho que le esta encomendada la asistencia a los particulares, para la realización pacifica del derecho, y a cuyo alcance la ley es un conjunto de reglas, medios y procedimientos técnicos que utiliza para lograr aquel fin y es precisamente su condición de profesional del Derecho que ha ayudado a exaltar la profesión al alto nivel que se encuentra en la actualidad.

2.3 Obligaciones generales del notario

Entre las obligaciones que el notario tiene para con su cliente, las principales derivan del propio ejercicio de la función, conforme a la ley; y otras de carácter secundario, que tienen su fundamento en el acuerdo voluntario de las partes. La sola habilitación del notario implica una obligación genérica de desempeñar la función conforme a Derecho; pero esta obligación se concreta y se individualiza, por consecuencia del requerimiento. En si, la habilitación es el reconocimiento más o menos liberal, casi siempre basado en la reciprocidad y concertado expresamente, para poder ejercer en el país la profesión para la cual habilita o faculta el titulo, en este caso el de notario. Y por su parte la inhabilitación del notario significa aquella declaración que decreta el órgano que puede efectuarlo en la cual se declara que alguien no puede, por causas naturales, morales o de otra índole desempeñar la profesión de notario. En Guatemala los órganos que pueden decretar la inhabilitación del notario son: 1. Los Juzgados de Primera Instancia. 2. Las Salas de las Cortes de Apelaciones. 3. La Corte Suprema de Justicia y 4. El Colegio de Abogados y Notarios.

Según la doctrina la inhabilitación puede ser: a) Voluntaria, cuando se produce de un acto libre determinado por el Notario. B) Obligatoria: si se origina de un órgano externo cuyas resoluciones tenga fuerza vinculante para el Notario. La obligación fundamental del notario ante su cliente es desempeñar bien y fielmente la función notarial. Con esto queda dicho que

para determinar el contenido de esta obligación es preciso tener en cuenta, por principio general, el contenido de la función notarial, sin perjuicio de ajustarlo en cada caso a los límites de requerimiento.

El notario en Guatemala jura respetar las leyes y aún cuando no lo hiciera estaría obligado a ello, en términos en lo que esta cualquier individuo, pero la particular y expresa afirmación del principio "profesional del Derecho", tiene el sentido de acentuar el deber genérico, asignándole el carácter de una obligación inherente a la Profesión, con todas las consecuencias que de ello deriva en el plano de la responsabilidad.

De otra parte, el elemento confianza, característico de la función notarial, también proyecta sus consecuencias en este plano, y obliga al notario conforme a los principios del secreto profesional o sigilo profesional.

Por confianza se debe entender: La esperanza firme en una persona. La confianza es base de numerosos contratos. Razón por la cual tales relaciones ofrecen modalidades para su ampliación. También es depositar en alguien, en este caso al notario, fundándose en la buena fe ajena, los bienes propios o los secretos. El notario está obligado a guardar el secreto o sigilo profesional, sobre los aspectos y confidencias que sus clientes a él le confía y de ellos se recibe, ya que en él depositan la confianza y lo recibe en calidad de notario.

Las obligaciones del notario se pueden dividir en obligaciones previas y obligaciones posteriores a la autorización del instrumento público; las obligaciones que el notario debe cumplir, se pueden ubicar unas, dentro del campo técnico legal y otras, en la esfera de la ética. Entre las primeras se tiene aquella que obligan al estricto cumplimiento de los preceptos legales. Así por ejemplo para la autorización de los instrumentos públicos, es obligación del notario cumplir estrictamente con las formalidades generales y particularmente, con las esenciales, ya que su inobservancia, incumplimiento u omisión, da acción a la parte interesada para demandar la nulidad del instrumento. Si esas omisiones o errores no son esenciales hacen incurrir al notario en una multa de cinco a cincuenta quetzales en su caso. Esto se encuentra debidamente regulado en los artículos 32 Y 33 del Código de Notariado.

El cumplimiento de las obligaciones del notario tiene una importancia de carácter ético, cuando todos y cada una de las personas que ejercen la función notarial, se preocupan con mayor diligencia en observar todos los preceptos legales relacionados con el caso concreto, orientar y guiar a los requirentes para que se adquiera los caracteres legales deseados y se sirva fiel y cumplidamente al cliente.

Las obligaciones previas: son aquellas en las cuales el notario debe de tener presente antes de la autorización del instrumento público, para evitar su nulidad o de incurrir en una multa, según sea el caso. Por ejemplo: la protocolización del acta notarial de matrimonio.

Mientras que las obligaciones posteriores: son aquellas que debe realizar el notario después de la autorización del instrumento público y que sirven para darle eficacia jurídica y legal al instrumento público que se ha autorizado. Por ejemplo: los avisos notariales después de haber autorizado un matrimonio.

2.4 La función notarial

La función que ejerce el notario no puede confundirse con otras funciones públicas, pues posee características peculiares y además al estar investido con fe pública y por disciplina del Estado, a preceptos administrativos.

El que hacer del notario. Se mencionan once aspectos:

- 1) El notario es profesional del derecho, debido a que requiere de una preparación universitaria que culmina con el título profesional de notario.

- 2) Encargado de una función pública, consistente en fe pública notarial, la que se puede apreciar desde dos puntos de vista: como la investidura que se da a todos los notarios en el momento de su graduación profesional, ya que cuando le confieren su título de notario, lo están invistiendo con la fe pública, a partir de ese momento es un notario, existen teorías que explican la naturaleza de la función notarial, entre las que se pueden mencionar: la funcionarista, la profesionalista, la ecléctica y la autonomista.

- 3) El notario recibe la voluntad de las partes, a esto se le conoce en doctrina como la actividad o función receptiva.
- 4) El notario interpreta la voluntad de las partes, a esto se le conoce como función directiva o asesora.
- 5) El notario da forma legal a la voluntad de las partes, o función modeladora, esta se da cuando el notario está adecuando mentalmente la voluntad de las partes, a las normas que regulan el negocio que se pretende celebrar, antes de plasmarlo en el instrumento.
- 6) El notario redacta los instrumentos adecuados a ese fin.
- 7) El notario confiere autenticidad a los instrumentos que labora, función llamada autenticadora.
- 8) El notario conserva los originales de los instrumentos públicos, en el protocolo a su cargo, que es la colección ordenada de las escrituras matrices, actas de protocolización y razones de legalización que el notario autoriza de conformidad con la ley.
- 9) Expide copias que dan fe del contenido, que pueden ser testimonios o primeros testimonios, testimonios especiales y copias simples legalizadas.
- 10) Autenticación de hechos, el notario también está facultado para levantar (faccionar o autorizar) actas notariales, en las cuales hace constar hechos que presencia o circunstancias que le constan.
- 11) Conoce, tramita y resuelve algunos asuntos de jurisdicción voluntaria, asuntos no contenciosos, donde no existe litis.

2.5 La función notarial en la autorización del matrimonio

2.5.1 Función receptiva

El día del requerimiento el profesional del derecho guatemalteco en el campo notarial, como principio ya reconocido, tiene una función rogada, vale decir, que su actividad tiene como fundamento la solicitud previa del interesado para que se acredite un hecho de relevancia jurídica.

De manera sencilla, este principio se encuentra en el artículo 1° del Código de Notariado, el cual indica que el notario no puede actuar de oficio y que necesariamente debe darse el requerimiento o la rogación. Por lo que el cliente del notario es el emisor y el notario es el receptor de una petición, que muchas veces es la redacción de un instrumento público.

Es decir el día que los contrayentes solicitan que el notario, investido con fe pública, autorice su matrimonio, sin este paso el notario no podría cumplir tal función.

2.5.2 Función directiva

En esta fase el notario aconseja, asesora, instruye como perito en derecho y concilia y coordina voluntades.

Véase lo que debe establecer el notario al ser requerido y qué documentos deben solicitarles a los futuros contrayentes:

a) Identificar a los contrayentes por medio de la cédula de vecindad, por lo que hay que requerirlos este documento de identificación, según artículo 10 del Decreto número 1735 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala que regula: Se crea la Cédula de Vecindad obligatoria para todos los guatemaltecos y extranjeros domiciliados en la República, comprendidos entre las edades de 18 y 60 años". Si uno de los contrayentes fuere extranjero se deberá solicitar el pasaporte vigente. Recordando si los contrayentes no portan documentos de identificación, puede ser identificado por medio de dos testigos de conocimiento. Artículo 29, numeral 4 del Código de Notariado.

b) Establecer la capacidad para contraer matrimonio, es decir, para poder celebrar el matrimonio debe concurrir la condición de la capacidad de ejercicio, la cual deviene del atributo personal que se adquiere con la mayoría de edad. Sin embargo, en la legislación se contempla excepciones a esa regla, por lo que un menor de edad puede contraer matrimonio siempre y cuando otorguen su consentimiento los que ejerzan la patria potestad o tutela o bien obteniendo la autorización judicial (dispensa judicial). Artículos 18, 81,82, 83 y 94 del Código Civil; 425 del Código Procesal Civil y Mercantil.

c) Solicitarles las certificaciones de las partidas de nacimiento de los contrayentes. Si uno de ellos es extranjero, la certificación deberá contar con los registros consulares de ley. Y sometido al tratamiento de un documento proveniente del extranjero, según artículo 37 de la Ley del Organismo Judicial. No se requiere protocolización de la certificación, por no ser exigido por la ley su presentación al Registro Civil. Las certificaciones deben ser recientes, la ley no indica, en cuanto tiempo pierda su eficacia una certificación registral como la de nacimiento. Además una declaración jurada de libertad de estado, artículo 95 del Código Civil.

d) Constancia de sanidad o certificado médico del contrayente varón y también de la mujer en forma obligatoria para ambos. Excepciones: las personas que residen en lugares que carecen de facultativo y las que al solicitar el Matrimonio, ya hubiere tenido relaciones de hecho que haga innecesario dicho certificado. Artículo 97 del Código Civil.

e) Establecer si hay obligación de otorgar capitulaciones matrimoniales, según el artículo 118 del Código Civil que establece cuándo son obligatorias las mismas. Deberá constar en escritura pública o en el acta notarial de matrimonio. Artículos 119,116 al 143 del Código Civil.

f) Establecer si hay algún requisito excepcional que cumplir, como autorización de los padres o en su defecto diligenciar la dispensa judicial, inventarios, publicación de edictos. Artículos 82, 83, 95 y 96, respectivamente.

g) Establecer si hay o no impedimentos para contraer matrimonio, así como tener muy en cuenta los casos en que no puede ser autorizado el matrimonio según el artículo 89 del Código Civil.

h) Fijar día y hora para la autorización del acta de matrimonio, según el artículo 89 del Código Civil, debiendo instruir a los requirentes que deben preparar un escritorio o mesa y dos sillas, así como la forma en que debe conducirse durante la ceremonia.

2.5.3 Función legitimadora

Esta se da cuando legitima a las partes que requieren sus servicios, por un lado que sean las personas que efectivamente dicen ser, por medio de la cedula de vecindad, pero esta fase se da sucesivamente con la anterior, ya que el notario le pide a los contrayentes su respectiva cedula de vecindad y con esta quedan identificados plenamente.

2.5.4 Función modeladora

El notario modela el acto jurídico dotándolo de forma legal, para ello, califica la naturaleza y legalidad del acto; admite este a su intervención al tenerse por requerido por las partes, o bien lo rechaza, si la calificación es adversa; y por fin lo redacta. Esta función de redacción la ejerce con entera libertad, sin más coordinación o limitación que la de no traicionar la voluntad de las partes dentro de las normas del derecho y observando las prescripciones de la Ley de Notariado.

El acta notarial de matrimonio se redacta en el momento de la celebración del matrimonio, pero antes de esta celebración hubo un requerimiento en donde el notario establece si los futuros contrayentes cumplen con los requisitos que requiere la ley y solicitarles ciertos documentos.

2.5.4.1 El acta notarial de matrimonio

Según Guillermo Cabanellas, citado por el autor guatemalteco Nery Roberto Muñoz, acta notarial: “Es el instrumento autorizado, a instancia de parte, por un notario o escribano, debe

de se consignan las circunstancias, manifestaciones y hechos que presencian y les constan, de los cuales dan fe y que; por su naturaleza, no sean materia de contrato.”³⁰

El Código de Notariado en su artículo 60, regula: "El notario, en los actos en que intervengan por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar: los hechos que presencie y circunstancias que le consten". Como se ve la legislación no da una definición legal, pero sí su contenido: hechos que presencia y circunstancias que le consten. De acuerdo a las definiciones doctrinarias y lo que la legislación regula, se puede definir el acta notarial como el documento público autorizado por notario, por disposición de la ley o a requerimiento de parte, fuera del registro notarial a su cargo, donde se consignan las circunstancias y hechos que presencian y constan, de las cuales da fe, cumpliendo con los requisitos de forma que establece la ley y que, por su naturaleza, no sean materia de contratos.

2.5.4.2 Escritura del acta notarial

De conformidad con el autor Nery Roberto Muñoz "En forma simple el acta notarial se divide en: (a) Rogación; (b) Objeto de la rogación; C) Narración del hecho; y (d) Autorización notarial."³¹

Si bien es cierto que el notario goza de una amplia esfera de libertad, para la redacción de las actas notariales, pero, para que sea técnica debe seguir el orden de los elementos que dicho autor proporciona: Por lo que a continuación se dará una breve explicación de cada uno de esos elementos:

2.5.4.2.1 Rogación

Es la petición que se hace al notario como un acto preliminar para que ponga en marcha su actividad profesional, se integra por:

³⁰ Muñoz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Editorial Infoconsult, Guatemala. 2006 Pagina 63.

³¹ IBidem Pagina 78.

a) Lugar, fecha y hora de la diligencia, aunque la ley (artículo 61 Código de Notariado) establece la formalidad del sitio, donde se redacta el acta notarial, sin embargo, debe consignarse, para establecer fehacientemente el espacio físico donde se extiende la diligencia.

b) Nombre del requirente, el cual debe consignarse de conformidad con el artículo 4 del Código Civil, establecer o consignar de una vez si tiene un solo apellido. Se sostiene que el notario no está obligado a hacer constar la fe de conocimiento o bien que el requirente se identifique con los medios legales establecidos en el artículo 29 numeral 4, del Código de Notariado, ni la personería del requirente. Sin embargo, en algunas actas notariales como la del matrimonio (artículo 93 del Código civil) y la del inventario (artículo 558 del Código Procesal Civil y Mercantil), debe consignarse los datos de identificación personal de los requirentes e identificados o dar fe ser conocidos. En cuanto a la personería en el caso del acta notarial de protesto por ejemplo, cuando el beneficiario del título valor, sea una persona jurídica, notarialmente el requirente será su representante legal y por ende debe acreditar la personería.

2.5.4.2.2 Objeto de la rogación

En esta fase el notario debe indicar la finalidad que los requirentes necesitan que se hagan constar, lo que va a constituir lo principal del acta.

2.5.4.2.3 Narración del hecho

Es la descripción que el notario debe expresar los hechos principales que él o los requirentes necesitan se deja constancia de ello. El notario describe en forma pormenorizada los hechos circunstancias que él o los rogantes necesitan que perduren en el tiempo y en el espacio. Se redacta por puntos.

2.5.4.2.4 Autorización notarial

Constituye la fase final del acta notarial, es la sanción pública que consiste en la firma notarial, la que es formalmente expresada con la firma y sello del notario. Así también y antes de la firma del notario debe firmar él o los requirentes, los testigos y demás intervinientes; pero si se niega a firmar o no puede o si no sabe hacerlo, debe el notario

hacerlo constar, así bastando la fe pública y la firma del notario para la perfección del documento, y para que adquiriera toda su eficacia probatoria; salvo que la firma del requirente o requirentes, sea un requisito esencial de validez, ejemplo el acta notarial de matrimonio, de inventario, de sobrevivencia, casos en los cuales debe aplicarse la norma del artículo 29 numeral 12 del Código de Notariado. Un aspecto de importancia lo constituye que, si el requirente o requirentes firman en el acta notarial debe consignarse las palabras ANTE MÍ, si no firman, por no querer hacerlo no se consigna las palabras ANTE MÍ, sino la expresión: DOY FE. Y se consigna las palabras POR MÍ Y ANTE MÍ, cuando el notario es el propio otorgante o cuando no hay requirente. En esta fase del acta notarial ya no se redacta por puntos.

2.5.4.3 Clases de actas notariales

En cuanto a la clasificación de las actas notariales, se pone mayor énfasis a la clasificación tradicional y moderna, por lo que se desarrolla a continuación:

2.5.4.3.1 Clasificación moderna

Según el autor guatemalteco Nery Roberto Muñoz: "en los últimos años, se ha conocido modernas clasificaciones, entre ellas la estudiada en la III Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Palma de Mallorca, España, en junio de 1987, así:

- a) Las actas de mera percepción, en las cuales se limita a expresar los pensamientos que ha adquirido por su propia percepción sensorial el notario.
- b) Las actas especiales, entre las cuales menciona los actos de control y legalidad, como ejemplo típico las actas de sorteo, las de determinación de saldos, las de juntas y las subastas.
- c) Actos de hechos propios del notario, incluyendo en este grupo las actas de notificación y requerimiento.
- d) Actas de calificaciones jurídicas, que tienen como momento esencial la expresión por el notario de su propio juicio, ejemplo: las actas de notoriedad.

e) Actas de manifestaciones: que se refieren a las declaraciones de terceros o actos referenciales".³²

2.5.4.3.2 Clasificación tradicional

a) Actas de presencia: consiste en que los hechos o circunstancias narrados en el acta notarial, fueron percibidas y establecidas por el notario.

b) Actas de referencia: en ellas el notario consigna información que no le consta personalmente, ejemplo, cuando recibe declaraciones testimoniales en diligencias de jurisdicción voluntaria tramitadas en sede notarial.

c) Actas de requerimiento: son aquellos que se autorizan para solicitar el cumplimiento de una obligación o bien que se haga o se deja de hacer algo, ejemplo, la interpelación (moral), protesto.

d) Actas de notificación: son los autorizados para hacer del conocimiento de una persona el contenido de una resolución, ejemplo, cuando la notificación judicial la efectúa un notario, la notificación de una donación, la revocatoria de un mandato o de una donación.

e) Actas de notoriedad: son las autorizadas para la comprobación de hechos notorios sobre las cuales se fundarán y declararán derechos y cualidades jurídicas ejemplo la identificación de tercero, artículo 442 del Código Procesal Civil.

En el medio guatemalteco no existe una clasificación taxativa o rígida que haya legislado el organismo correspondiente, en la práctica se aplica la clasificación tradicional.

2.5.4.4 Definición de acta notarial de matrimonio

El licenciado Mario René Casasola Lemus, la define "como el documento público, que a requerimiento de los contrayentes, facciona el notario, y en la cual quedan contenidas las

³² Ibid. Pagina 69.

diligencias y declaraciones previas a la celebración del matrimonio, cumplidos los requisitos que para el efecto prescriben las leyes respectivas.”³³

EL acta notarial de matrimonio es el documento público autorizado por notario, por disposición de la ley, cumpliendo con los requisitos respectivos, en donde se declara solemne y legalmente unidos en matrimonio civil a dos personas de diferente sexo, dando fe de ello.

En dicha acta de matrimonio debe cumplirse con las obligaciones tributarias siguientes:

a) Timbre Fiscal de valor de cincuenta centavos (Q0.50) por cada hoja del acta notarial de matrimonio, artículo 5 numeral 6 del decreto número 37-92 del Congreso de la República de Guatemala.

b) Timbre Notarial de valor de diez quetzales (Q10.00) que deberá adherirse en la primera hoja del acta notarial del matrimonio, artículo 3, romanos II literal c, del Decreto número 82-96 del Congreso de la República de Guatemala.

2.5.5 Función preventiva

Esta se da cuando el notario previene problemas, se adelanta a ellos, cuando previene cualquier posible dificultad que pueda sobrevenir, o evitando un conflicto posterior, y todo esto lo realiza el notario en las fases anteriores, donde detenidamente encuadra los requerimientos de las personas a la ley, es decir encuadra el hecho en la ley. Es decir en conclusión que el notario previene problemas, como podría ser en este caso la declaración de anulabilidad del matrimonio.

2.5.6 Fase autenticadora

Es esta la de mayor trascendencia pública. Consiste en investir los actos notariales de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por si mismos en las relaciones jurídicas, para ser impuestos por el poder coactivo del Estado.

³³ Casasola Lemus, Mario Rene. La Función Notarial en la Autorización del Matrimonio. Paginas 16 y 17.

Una diversidad de autores concluye que en esta fase el notario autentica al momento de estampar su respectiva firma y sello en el documento, pero sobre todo también en cumplir con las obligaciones posteriores que es este caso comprendería las siguientes:

A) Protocolizar el acta notarial de matrimonio. Artículo 101 del Código Civil y 63 numeral 1 del Código de Notariado.

2.5.6.1 El acta de protocolización

2.5.6.1.1 Generalidades

Pérez Fernández del Castillo, citado por Nery Muñoz afirma: “La protocolización de documentos es una de las actuaciones notariales más frecuentes que por su nombre provoca confusión.”³⁴

Históricamente la protocolización es una reminiscencia del derecho español, cuando el notario encuadernaba como parte del protocolo los expedientes instruidos ante la autoridad judicial”.³⁵

Siempre se ha sabido, al menos en Guatemala, que las actas se redactan fuera del protocolo y las escrituras en el protocolo. Ahora se está ante un acta que se redacta dentro del protocolo: el acta de protocolización.

Esa es la diferencia entre un acta notarial y un acta de protocolización, que ésta última se redacta en el protocolo y la otra no, por lo tanto no es acta notarial.

Sería mucho más adecuado que se denomine escritura de protocolización, pero mientras no se de una modificación legislativa, se seguirá llamando así.

2.5.6.1.2 Definición

"Las actas de protocolización, documentan una declaración del notario respecto a una actividad «activa» suya: el recibo del documento y una incorporación al protocolo”³⁶

³⁴ Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento público y El Documento Notarial. Pagina 51

³⁵ Idid. Pagina 51

³⁶ Giménez Arnau, Enrique. Op. Cit. Pagina 767

Sirven para incorporar al protocolo uno o más documentos públicos o privados, o de una y otra clase a la vez, bien sea por disposición de la ley, mandamiento judicial o administrativo o rogación de los particulares.

Es la incorporación material y jurídica que hace un notario en el protocolo a su cargo de un documento público o privado, por mandato legal, a solicitud de parte interesada o por orden de un tribunal competente.

La incorporación es material, debido a que el documento pasa materialmente a formar parte en uno o más folios del protocolo; y jurídica, debido a que esa incorporación se hace a través de un acta (más bien escritura) de protocolización. Si únicamente se hiciera en forma material, no habría una explicación del porqué se interrumpió la numeración fiscal del papel sellado de protocolo y parecería o sería un atestado, que según la ley guatemalteca, debe ir al final y no entre los instrumentos.

La protocolización es el acto mediante el cual el notario incorpora en el protocolo un documento privado o publico, ya sea por mandato legal o a solicitud de parte interesada.

2.5.6.1.3 Diferencia entre protocolación y protocolización

En el diccionario de la Real Academia Española no se encuentra la palabra protocolización pero si protocolar.

Ambos términos se utilizan como sinónimos, incluso por la ley guatemalteca.

El autor Argentino I. Neri, citado por Nery Muñoz expresa con respecto de la palabra protocolización: "deriva del verbo protocolizar, y éste a su vez, del sustantivo protocolo, y como vocablo según la acepción académica equivale a la acción y efecto de protocolizar, lo cual significa, estrictamente, operar en el protocolo y para el protocolo. Empero, es forzoso decirlo, "protocolización" es un signo gramatical cuya idea, al menos en el mundo del derecho notarial, todavía no ha podido ser concretada debido a la dualidad de concepto que le viene siendo atribuida. Desde luego, la palabra reviste un valor académico, y entonces parece que es

artificial, por no decir pretenciosa, la voluntad de hacerla participar de otra idea que no sea la genuinamente le ha sido adjudicada por la academia. La verdad es que en determinados ámbitos, y por criterio de mentalidades jurídicas, el vocablo "protocolización" ha sido justipreciado en otro sentido, y en su virtud ha pasado a adquirir otro concepto, diametralmente, diríase, opuesto al admitido por los académicos. Así: 1) para los naturales, para los puramente académicos, la protocolización es acción y efecto de protocolizar; a su vez, protocolizar es incorporar al protocolo una escritura matriz u otro documento que requiera esta formalidad; y 2) para los preternaturales, esto es, para los que están fuera de la realidad, protocolización es acción y efecto de incorporar una acta que refiera enunciativamente al instrumento, pero cuyo instrumento, en vez de estar refundido en el protocolo, ha de quedar tan sólo agregado.³⁷

En más apropiado utilizar el término protocolización o protocolizar. Aunque no se coincida estrictamente con la doctrina, aclaro además que en nuestro medio no se hacen protocolizaciones por transcripción, sino únicamente por incorporación.

La palabra protocolar significa la agregación simple al protocolo del documento con fines de conservación, ya que en tal caso los atestados de protocolo (documentos que el notario conserva y que acredita su intervención notarial) quedarían protocolados, lo que carece de fundamentación legal y significación jurídica.

2.5.6.1.4 Importancia de la protocolización

Los instrumentos públicos originales que deben de quedar en el poder del notario interesa que se conserve de una manera metódica y ordenada, a fin de que siempre sea fácil la búsqueda de documentos y expedición de copias, formando asilo que el decreto 314, en el Artículo 8 define como protocolo: Es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad a esta ley.

³⁷ Muñoz, Nery Roberto. Op. Cit. Páginas 59 y 60.

El protocolo es de gran importancia y conveniencia porque mediante el, se conserva en un lugar seguro los instrumentos públicos y no sufren el riesgo en manos de los particulares, de perderse, y con la pérdida del documento, muchas veces la pérdida de los derechos o un perjuicio irreparable. El protocolo es pues, una garantía que presta el Estado para la perdurabilidad y constancia de que existen los actos jurídicos.

2.5.6.1.5 Documentos que deben protocolizarse

2.5.6.1.5.1 Por mandato legal

A) Acta de matrimonio (artículo 101 del Código Civil)

B) Acta de unión de hecho (artículo 174 del Código Civil)

C) Acta de protesto de cheque y letra de cambio (artículo 480 del Código de Comercio)

D) División de la cosa común (artículo 222 del Código Procesal Civil y Mercantil)

E) Partición de la herencia aprobado por el juez (artículo 512 del Código Procesal Civil y Mercantil)

F) Inventario de aportaciones no dinerarias (artículo 27 del Código de Comercio)

G) Documentos provenientes del extranjero cuando deba inscribirse en los registros (artículo 38 de la Ley del Organismo Judicial)

H) Los documentos que contienen actos y contratos autorizados por notario guatemalteco en el extranjero (artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial)

2.5.6.1.5.2 A solicitud de parte interesada

En cuanto a los documentos privados, los susceptibles de protocolización son aquellos cuyas firmas hubieren sido previamente legalizadas; pero también pueden serlo los documentos sin

reconocimiento o legalización de firmas. En el primer caso basta la comparecencia de la persona a cuyo favor se suscriba y en el segundo caso es necesaria la presencia de todos los signatarios. (Artículo 63 del Código de Notariado).

En cuanto a lo prescrito en el Artículo 64 del Código de Notariado: "cuando en una escritura pública se convenga en la protocolación de documentos o diligencias relacionadas con ella, la cláusula respectiva contendrá los requisitos pertinentes a los artículos anteriores y hará las veces de acta: este artículo se interpreta que el notario, dentro de una escritura por ejemplo de compra-venta de bien inmueble urbano y se acuerda la protocolización de los planos, esta se redacta dentro de una cláusula del contrato, cumpliendo los requisitos que conlleva el acta de protocolización.

2.5.6.1.6 Requisitos del acta de protocolización

Los requisitos del acta de protocolización están contemplados en el Artículo 64 del Código de Notariado, el que preceptúa lo siguiente: "El acta de protocolación contendrá:

- 1) El número de orden del instrumento.

- 2) El lugar y la fecha.

- 3) Los nombres de los solicitantes, o transcripción en su caso, del mandato judicial.
- 4) Mención del documento o diligencia, indicando el número de hojas que contiene, y el lugar que ocupa en el protocolo, según la foliación, y los números que correspondan a la primera y última hoja.

- 5) La firma de los solicitantes, en su caso, y la del notario.

2.5.6.1.7 Efectos jurídicos del acta de protocolización

Al respecto el tratadista Oscar Salas establece: "En el acta de protocolización de un documento privado las partes no deben hacer ningún tipo de declaración. Por tanto, no cabe la posibilidad de que planteen problemas de trascendencia acerca del valor probatorio o constitutivo del

instrumento público. El único efecto jurídico notarial que se produce es la fecha cierta y determinada que adquiere el documento; porque desde el punto de vista procesal-notarial, continúa siendo un documento privado. La protocolización de un documento privado no lo convierte en instrumento público, sólo le confiere una presunción de certeza en cuanto a la fecha de protocolización, a partir de la cual podrán surtir efectos contra terceros, lo que en Centro América se conoce como fecha cierta."³⁸

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, citado Nery Muñoz expresa lo siguiente: "Es frecuente que se piense que el protocolizar un contrato privado de compra-venta se le está dando la forma de escritura pública. Ya reiteradamente se ha planteado cuales son los requisitos para otorgar una escritura pública ante notario solo da fe de la existencia del contrato y de haberse agregado al apéndice, sin que le conste la identidad y capacidad de las partes, ni la legalidad y circunstancia de realización del contrato."³⁹

El acta de protocolización tiene por fin inmediato acreditar la entrega de uno o varios documentos para que los conserve mediante su incorporación al protocolo. Pueden ser también protocolizados los expedientes judiciales, cuando la ley ordena su protocolización, objetos gráficos cuya naturaleza lo consienta (impresos, planos, fotograbados, fotografías o cualquiera, otros) y, finalmente documentos privados... la finalidad y el alcance de la simple protocolización de documentos privados, pues claro se trata, de una parte, de asegurar la conservación del documento y de otra, de dar autenticidad a su fecha... el documento privado protocolizado por acta sigue siendo pues un documento privado. En consecuencia, si la ley impone la forma pública instrumental para la validez (o para la eficacia en algún aspecto) del negocio jurídico contenido en el documento, el negocio seguirá siendo nulo e ineficaz. Igualmente y en tanto la forma pública produce de suyo ciertos efectos especiales, estos efectos no producirán por el mero hecho de protocolización (por ejemplo los efectos ejecutivos)... Es necesario distinguir con precisión la simple protocolización de un documento privado a la elevación a público, de un documento de aquella clase, aunque esta elevación presuponga también la protocolización del documento. "

³⁸ Salas, A. Oscar. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. Pagina 243.

³⁹ Muñoz, Nery Roberto. Op. Cit. Pagina 60.

2.5.6.1.8 Forma en que se efectúa la protocolización

Para efectuar la protocolización se incorpora o inserta el documento, que puede estar constituido por una o varias hojas; entre dos hojas de papel de protocolo, poniéndole a cada hoja el número correlativo de la foliación del protocolo.

Previamente, el notario tiene que autorizar el instrumento público de protocolización, mediante la cual da fe que el documento quedo incorporado en el protocolo. Este instrumento público debe redactarse en la hoja de papel protocolo, entre las que va a quedar insertado el documento, identificando con los números de orden y de registro, la primera y ultima hoja de papel de protocolo en que queda comprendido el documento protocolizado.

b) Remitir los avisos al Registro Civil jurisdiccional al lugar donde se autorizó el matrimonio, así como a los registros civiles donde está inscrito el nacimiento de los contrayentes, así como remitir avisos a la oficina del Registro de Cédulas de Vecindad para que se hagan las anotaciones correspondientes. Artículo 102 del Código Civil.

Dichos avisos se deberán enviar dentro de los 15 días siguientes a la autorización del matrimonio.

2.5.6.2. Los avisos registrales

2.5.6.2.1 Los avisos matrimoniales

En lo que respecta a lo que es un aviso, “Aviso es noticia dada a alguien. Anuncio”, por lo que se define al aviso, como el conjunto de palabras con las que se anuncia o comunica algo, entre las personas en forma individual y a la colectividad. También puede ser hacia el Estado por medio de sus instituciones. Los avisos dados al Registro Civil, son aquellos por medio de los cuales en forma verbal o escrita, se pone en conocimiento directamente con el interesado o por terceras personas el acontecimiento de un o acto o hecho del hombre que atañe el estado civil de las personas, para que sean inscritos en los libros respectivos de la institución siempre y cuando llenen los requisitos legales. Se deduce de lo anterior, que el aviso que se da después de la celebración de un matrimonio, como obligación posterior del mismo se ubica en los

diferentes puntos de vista que por su contenido se trata de un aviso de actos del hombre, desde la forma de darlo es un aviso por escrito, desde su punto de origen se trata de un aviso dado por notario y desde el punto de vista de la clase de documentos es un aviso circunstanciado.

2.5.6.2.2 Finalidad de los avisos matrimoniales

La finalidad de estos avisos es hacer del conocimiento de Registrador Civil de las Personas, todos los hechos o actos que suceden en el hombre y afectan su estado civil, para que sean inscritos en el Registro Civil de las Personas. La obligación de dar los avisos en su debida oportunidad que la ley estipula, reviste de especial importancia, en el desempeño de la función notarial; los avisos tienen por objeto además de informar a las oficinas administrativas del la realización de un acto y en virtud de esto se modifica el estado civil de las personas y en general para lograr el encuadramiento dentro del orden jurídico preestablecido.

2.5.6.2.3 La inscripción del matrimonio

La inscripción del matrimonio la hará el Registrador Civil de las Personas inmediatamente que reciba la certificación del acta de su celebración o el aviso respectivo".

Esto significa que el Registrador Civil de las personas no puede hacer la inscripción de una partida de matrimonio si no se le presenta como requisito esencial, y de conformidad con el artículo 102 del Código Civil: a) la certificación del acta de celebración del matrimonio emitida por la municipalidad cuando el acto fuere autorizado por el Alcalde Municipal, o, b) el aviso circunstanciado que envía el notario o el ministro de culto que autorice el acto.

2.5.6.2.3.1 El Registro Nacional de Personas

2.5.6.2.3.1.1 Definición

El diccionario de la Real Academia Española define al Registro Civil como el registro en que se hacen constar por autoridades competentes los nacimientos, matrimonios, defunciones y demás hechos relativos al estado civil de las personas.⁴⁰

⁴⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa-Calpe. España 1970.

El Registro Civil es, según Planiol, “la colección de actas debidamente autorizadas, destinadas a proporcionar una prueba cierta del estado de las personas”.⁴¹

Guillermo Cabanellas dice que Registro Civil “es la oficina encargada de llevar los asientos de los nacimientos, matrimonios y defunciones de las personas”.⁴²

Para Cabanellas aunque el Registro Civil también debe llevar asientos sobre reconocimientos, rectificaciones, etc. Los cuales son consecuencia ya sea del nacimiento o del matrimonio de las personas, y es por eso que en su definición de Registro Civil no los menciona.

Dentro de la legislación guatemalteca, se estipula que es la entidad encargada de velar, coordinar, organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales, inscribir los hechos y actos relativos al estado civil, capacidad civil y demás datos de identificación desde su nacimiento hasta la muerte; es el Registro Nacional de las Personas esta entidad fue creada mediante el Decreto número 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala.

Todos los actos que hacen relación el estado civil de las personas, tales como nacimientos, adopciones, reconocimientos de hijos, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, insubsistencia y nulidad del matrimonio, uniones de hecho, divorcios, separación reconciliación posterior, tutelas, pro-tutelas y guardas, defunciones, inscripción de extranjeros y de guatemaltecos naturalizados y personas jurídicas, deben constar en este registro.

A criterio del autor de la presente tesis, el Registro Nacional de las Personas es una institución de orden público, en donde se hacen constar los actos relativos al estado civil de las personas; con el fin de que las certificaciones de las actas de los mismos, sean prueba del estado civil de cada persona.

⁴¹ Marcel Planiol. Op. Cit. Pagina 212.

⁴² Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pagina 412.

2.5.6.2.3.1.2 Clases de registro

Dentro de la doctrina existen varios tipos de clasificaciones, se cree que según naturaleza y finalidad, se admite la siguiente clasificación:

2.5.6.2.3.1.1.1 Personales y reales

Se puede decir que los primeros tienen fundamentalmente en miras al sujeto y no al objeto de la registración. Se señala que “es personal cuando su eje es el sujeto titular”. Y que los reales son aquellos que se refieren al objeto de la registración generalmente las cosas, sean éstas muebles o inmuebles.

2.5.6.2.3.1.1.2 De transcripción y de inscripción

Se puede decir que en los primeros, la registración se efectúa mediante la transcripción literal e íntegra del documento, o por medio de la incorporación de una copia. Esto es propio de los registros de documentos. Como ejemplo se puede citar el Registro de Mandatos.

En el registro de inscripción, se expresa que el asiento se practica realizando un extracto de las constancias que, según la ley, deben ser publicadas; las que, tratándose de derechos reales, son las llamadas constancias de trascendencia real.

2.5.6.2.3.1.1.3 Declarativos y constitutivos

La distinción entre ambos radica en cuanto a sí el acto que se inscribe existe o no como tal, antes de practicarse la correspondiente inscripción. En los llamados registros declarativos, el derecho existe antes que ingrese el documento. La inscripción hace que ese derecho existente extra-registrablemente, pase a ser oponible a ciertos terceros. La inscripción es constitutiva cuando el derecho nace con ella.

2.5.6.2.3.1.3 Naturaleza jurídica del registro civil de las personas

En lo que a la naturaleza jurídica del Registro Civil de las personas respecta, la legislación establece claramente que es una institución pública con un funcionario al frente llamado Registrador Civil de las Personas, quien da fe de los actos inscritos en el mismo, conforme sus atribuciones.

En cuanto a la naturaleza pública también se establece en la legislación el artículo 67 y 68 del decreto número 90-2005, que el Registro Civil de las personas es público, pudiendo cualquier persona obtener certificaciones de los actos y constancias que contengan, mediante los honorarios correspondientes.

Las inscripciones que en el Registro Civil de las personas se hacen, son gratuitas, y sobre todo de vital importancia que las certificaciones de las actas del Registro prueban el estado civil de las personas.

Asimismo la naturaleza jurídica del Registro Civil de las personas conlleva la certidumbre y seguridad jurídica, de las que no podría tener ninguna influencia en el orden personal, si no se contara con una institución que reflejase exactamente quiénes son las personas que integran el cuerpo político y sus más trascendentales líneas de situación. Pues no sólo la adquisición de los derechos y el ejercicio de los adquiridos dependen de la precisión capacitación jurídica de los sujetos (precisión capacitación que sólo puede encontrar su verdadero punto de apoyo en una institución con el Registro), sino que todo el trasfondo del tráfico en general está engarzado con este instituto.

Se puede decir entonces que la naturaleza del Registro Civil de las personas es el de una institución pública en la que constan de manera fehaciente los actos concernientes al estado civil de las personas produciendo una certeza y seguridad jurídica de lo que en él consta; siendo estas constancias un reflejo del mundo real.

2.5.6.2.3.1.4 Actos que se inscriben en el registro civil de las personas

El Registro Civil de las personas, es el sistema que logró dar seguridad jurídica a numerosos e importantes actos y hechos de la vida privada de las personas, a la colectividad en general y al Estado en forma especial.

El objeto del registro Civil de las personas son los hechos relativos al estado civil de las personas, los hechos y actos que se inscriben en el Registro civil, son aquellos que originan,

modifican o extinguen cualidades y condiciones, cuya unidad constituye calificación concreta de la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones en cada individuo.

A continuación se enumeran las inscripciones que deben efectuarse en el Registro Civil de las personas y son los siguientes:

- a) Nacimientos;
- b) Adopciones;
- c) Reconocimientos de hijos;
- d) Matrimonios;
- e) Capitulaciones matrimoniales;
- f) Insubsistencia y nulidad del matrimonio;
- g) Uniones de hecho;
- h) Divorcios;
- i) Separación y reconciliación posterior;
- j) Tutelas;
- k) Pro tutelas y guardas;
- l) Defunciones;
- m) Inscripción de extranjeros y de guatemaltecos naturalizados; y,
- n) Personas jurídicas.

2.5.6.2.3.1.5 Regulación legal

Las disposiciones legales relativas al Registro Civil de las personas, se encuentra contenido en el decreto 90-2005 del Congreso de la República, el cual crea el Registro Nacional de Personas y su respectivo reglamento.

A partir del artículo 33, se encuentran las disposiciones que se refieren al Registrador Civil.

Del artículo 67 al 85, es decir el capítulo X, del decreto 90-2005 del congreso de la República, establece cómo debe hacerse la inscripción de cada uno de los diferentes actos y hechos inscribibles en el Registro Civil, y en que momento.

2.5.6.2.3.1.6 Función probatoria del registro civil

La función del Registro Civil de las personas consiste en la inscripción de los hechos o actos relativos al estado civil de las personas, pero es necesario determinar cuál es el valor de esta inscripción. Las certificaciones de las actas del Registro civil prueban el estado civil de las personas. La eficacia probatoria del Registro Civil de las personas se basa en el principio de fe pública, en virtud del cual el Registro Civil se presume exacto, es decir, se estima que su contenido concuerda exactamente con la realidad, lo que hace prevalecer sobre cualquier otro medio de prueba.

Así mismo la ley prevee lo referente a cuando una inscripción no se hubiere hecho o no apareciera en el libro que debiera encontrarse, o estuviere ilegible, o faltaran las que hojas que se pueda suponer que se encontraba en el acta, podrá establecerse el estado civil de las personas ante juez competente, por cualquier otro medio legal de prueba, incluyendo las certificaciones de las partidas eclesiásticas.

Dada la naturaleza declarativa de las inscripciones, la prueba de un hecho tendrá eficacia ante terceros desde el momento de su inscripción, pero los efectos de este hecho se retrotraen a su fecha de ocurrencia. Por ejemplo, celebrado el Matrimonio, éste únicamente podrá probarse frente a terceros en cuanto este inscrito en el Registro Civil, pero aunque la inscripción se promueve después de transcurrido determinado tiempo, los efectos del matrimonio surten desde la fecha de su celebración.

En cuanto a los hechos y actos jurídicos realizados por guatemaltecos en el extranjero se llevarán a cabo en un Registro especial los agentes consulares, remitiendo copia certificada al

registro civil de la capital de la republica, por medio del Ministerio de Relaciones exteriores, dentro de los ocho días siguientes para que se hagan las inscripciones que correspondan.

2.6 Responsabilidad del notario

2.6.1 Origen de la responsabilidad del notario

Con relación al origen de la responsabilidad, no se sabe exactamente cuando empezó a tener sentido; sin embargo, se sabe que los primeros pueblos que formaron los antiguos núcleos sociales, no obstante tener instintos bárbaros, distinguieron el daño, tanto en el hombre como en las cosas, pero el concepto de daño no era como actualmente se concibe, sino que fue en un principio muy rudo, porque quién ocasionaba un daño era sancionado haciéndole sufrir el mismo daño causado. Imperaba la Ley de Talión o sea que la pena era igual a la ofensa inferida; quién causaba la muerte a otro era sancionado con la muerte (Ojo por ojo y diente por diente)."

Fue el pueblo Hebreo uno de los primeros que conoció el concepto de daño y, como consecuencia, surgió la Ley del Talión, utilizada posteriormente por el pueblo Griego y Romano.

Estos pueblos hicieron uso de la ley del Talión, no solo como medio de represión, sino para lograr la tranquilidad y seguridad social, obteniendo con la aplicación de la misma un resarcimiento por el daño causado.

Así el concepto de responsabilidad ha evolucionado, y muchos años han pasado para que el agraviado obtuviere una reparación por el daño sufrido, sin que sea necesario que infiera a su ofensor el mismo daño.

Por lo anterior, se puede decir, lógicamente que el concepto de responsabilidad debió de seguir en su larga sedimentación a la evolución del concepto de culpa. Ya que no podía pretenderse en los orígenes del concepto notarial que el notario tuviese tratamiento privilegiado en los hechos delictivos que cometiera.

En otro orden de ideas, se dice que la doctrina, ha discutido sobre si la responsabilidad del notario se origina de un acto contractual o extracontractual. Los que opinan sobre la teoría contractual, indican que la función notarial supone la existencia de un contrato de servicios profesionales y que dicho contrato genera una acción u omisión típicamente antijurídica, la responsabilidad del notario; por otro lado, los que se refieren a la tesis respecto a la responsabilidad extracontractual, caracterizada por considerar al escribano un funcionario público y como consecuencia indican que el notario esta responsabilizado extracontractualmente.

2.6.2 Teoría contractual

Responsabilidad contractual: Es la procedente de la infracción de un contrato válido. La que surge de lo estipulado penalmente por las partes contratantes. Esta responsabilidad se contrapone a la responsabilidad extracontractual; aunque ambas coinciden en el concepto básico de la reparación de un daño y el resarcimiento de un perjuicio por el causante de una u otra, a favor de la víctima de tales actos u omisiones o de los derechos habientes del perjudicado. La fuente de la primera es la voluntad de los particulares; de la segunda, la ley, cabe pactar y aún renunciar (como en la evicción) a la responsabilidad contractual, mientras se estima contraria al orden público jurídico la renuncia previa a la exigencia de la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, el Código Civil en el Artículo 1534 establece: "Los que celebren un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo." También se debe tener presente lo que establece el Artículo 1574 del mismo cuerpo legal: "Toda persona puede contratar y obligarse: 1°._ Por escritura pública; 2°,_ Por documento privado o acta levantada ante el alcalde del lugar; 3°._ Por correspondencia; y 4°,_ verbalmente." Pero ambas coinciden en el concepto básico de la reparación de un daño y el resarcimiento de un perjuicio.

La fuente de la responsabilidad contractual es la voluntad, en virtud de que "hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación." (Artículo 1517 del Código Civil).

2.6.3 Teoría extracontractual

Guillermo Cabanellas define la responsabilidad extracontractual, de la siguiente forma: "La exigible por culpa de tercero, cuando medie dolo o culpa, y aún por declaración legal sin acto ilícito ni negligencia del declarado responsable. Fundándose en un criterio de relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual va evolucionando del criterio antiguo subjetivo, aún sin culpa, sin mas que el hecho de ser el autor del daño o perjuicio."⁴³

La responsabilidad extracontractual en nuestro medio se base en el criterio moderno de que es la que se exige por culpa y aún sin culpa, sin más que el hecho de ser el autor del daño o perjuicio, por Ignorancia, impericia o negligencias. El Código Civil estipula: Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, esta obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la victima: (Artículo 1645 del Código Civil). En el mismo cuerpo de ley citado se establece en que consiste la culpa y dice en el artículo 1424 "La culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurra por ignorancia, Impericia o negligencias, pero sin propósito de dañar".

El problema de la responsabilidad contractual y extracontractual no es solamente teórico ya que puede tener influjo nada menos que en la medida de la responsabilidad y en la fijación de las normas que regulan;... "Las dos expresiones responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, son técnicamente equivocadas. Puede hacer creer que se refieren, respectivamente, a responsabilidad originada del contrato o fuera de toda previa relación contractual. Pero el criterio para la diferenciación no es este, sino el de la existencia o inexistencia de cualquier relación jurídica previa de obligaciones que vincule a las partes, con ocasión de cuyo cumplimiento, suya la responsabilidad. Esta previa relación de obligaciones no precisa que sea de naturaleza contractual. Puede tratarse de obligaciones legales.

Como se anotó en el capítulo anterior, el notario es un profesional del derecho, que ejerce una función especial, en virtud de que actúa por disposición de la ley o a requerimiento de parte; por consiguiente, celebra con su cliente un contrato de servicios profesionales y recibe

⁴³ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit.

también un mandato tácito para la consumación de un acto o negocio jurídico determinado y como tal, las faltas o delitos que cometa en ese evento darán lugar a la responsabilidad.

2.6.4 Definición de responsabilidad notarial

Antes de definir la responsabilidad notarial, es importante que se tenga presente que es la responsabilidad en sentido general, y para el efecto se define como: Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una Culpa o de otra Causa Legal.

Por su parte Guillermo Cabanellas define la Responsabilidad así: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado, deuda, deuda moral, cargo de conciencia por error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto conciente y voluntario."⁴⁴

La responsabilidad es la situación jurídica concreta en que se encuentra un sujeto a cuyo cargo y costa se puede (o se debe) hacer efectiva una sanción.

El notario es un profesional del derecho que tiene diversas facultades, las cuales ejerce libremente sin dar cuenta a ningún superior jerárquico y por ello, la ley ha previsto que debe responder Civil, Penal, Administrativa Y Disciplinariamente de sus actos, y eso mediante un juicio. De esa manera se tutela los intereses de todas aquellas personas que depositan su confianza en él.

La función notarial tiende a la producción del documento público, el cual lleva implícito una serie de actos realizados por el notario para lograr un fin. De tal manera, el notario debe de estar capacitado intelectual y moralmente para el desarrollo de su función, sin perjudicar los intereses económicos y sociales de los particulares.

⁴⁴ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pagina 574.

2.6.5 Clases de responsabilidad notarial

Existen diversas clasificaciones de la responsabilidad notarial, para algunos autores, solo hay dos clases: la penal y la civil, mientras para otros autores, la responsabilidad en que incurre el notario puede ser: Civil, Penal, Administrativa y Disciplinaria. Siguiendo los lineamientos de la doctrina notarial moderna, se puede sostener que el notario guatemalteco esta sujeto a cuatro Clases de Responsabilidad: Civil, Penal, Administrativa y Disciplinaria. En forma sucinta se estudiara cada una de ellas, a la luz de la legislación nacional.

2.6.5.1 Responsabilidad civil

Oscar Salas citado por Nery Roberto Muñoz, define la responsabilidad civil así: "La responsabilidad civil consiste en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados de un acto ilícito, que se impone a quién lo comete, o del no cumplimiento de un deber legal que corresponde a una persona determinada. Supone la Inobservancia de una norma por parte del sujeto obligado."⁴⁵

La responsabilidad civil cuenta con tres elementos dentro de los cuales hay violación de un deber legal, por acción u omisión del notario; que haya culpa o negligencia de parte del notario; y, que se cause un perjuicio. Para el efecto el Código de Notariado contenido en el Decreto 314 del Congreso de la República en el artículo 35 establece lo siguiente con relación a la responsabilidad civil del Notario: "Para que proceda la responsabilidad civil de daños y perjuicios contra el notario por nulidad del instrumento, es necesario que haya sido citado y oído en el juicio respectivo, en lo concerniente a la causa de nulidad."

Por su parte el Código Civil contenido en el Decreto Ley 106 en los artículos 1645 y 1668 establecen lo siguiente:

"Artículo 1645. Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

⁴⁵ Muñoz, Nery Roberto. Op. Cit. Pagina 134.

La norma jurídica antes descrita, establece como principio general de responsabilidad para todo acto en el cual se cause daño o perjuicio a otra persona, especialmente en la actividad que ejerce el notario, ya que éste es responsable directamente de los actos que formaliza a través de instrumentos públicos.

“Artículo 1668. El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusables, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión.”

La norma jurídica antes descrita, establece dos presupuestos por los cuales el profesional de cualquier rama y en especial el del derecho, es responsable por los daños y perjuicios que cause por ignorancia o negligencia en cuanto al conocimiento, existencia y aplicación de normas jurídicas vigentes, ya que esto es una obligación del profesional, además responde cuando revele secretos de su cliente.

De todo lo anterior se concluye, que la responsabilidad civil del Notario surge cuando éste incumple con los deberes que la ley le impone y cuando con ese incumplimiento ocasiona daño o perjuicio a alguien originando como consecuencia la necesidad de repararlos, porque toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o por imprudencia, está obligado a repararlo, pero también porque el profesional es responsable de los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusables, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo a su profesión, misma que debe cumplir con diligencia y dedicación y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable por los daños y perjuicios que cause.

2.6.5.2 Responsabilidad penal

En esta clase de responsabilidad incurre el notario cuando en el ejercicio de sus funciones comete un delito o falta; ya que si comete el delito como persona particular, no incurre en responsabilidad notarial.

Dante Marinelli, citado por Nery Roberto Muñoz, define la responsabilidad notarial Penal así: "Es la responsabilidad que tiene el notario al faccionar los instrumentos públicos, por incurrir en falsedad y otro delito conexo, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existe o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo así mismo, derivada, en algunos casos de Responsabilidad Civil; o bien esta Responsabilidad (La Penal), genera Responsabilidad Civil; es la Responsabilidad que nace de la comisión de un delito, encontrándose la misma en el ámbito del Derecho Público."⁴⁶

Dentro de los delitos regulados en el Código Penal vigente, en que puede incurrir el Notario se encuentran los siguientes:

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

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

Casos especiales de Estafa, de conformidad con el Código Penal a continuación se mencionan los siguientes:

1º. Quien defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias.

⁴⁶ Ibid. Página 136.

2°. Quien defraudare a otro con supuesta remuneración, a funcionarios, autoridades, agentes de ésta o empleados públicos, o como recompensa de su mediación para obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa, sin perjuicio de las acciones de calumnia que a éstos corresponda.

3°. Quien cometiere alguna defraudación, abusando de firma de otro en blanco o extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.

4°. Quien defraudare a otro haciéndole suscribir, con engaño, algún documento.

5°. Quien cometiere defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro escrito.

6°. Quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, gravare o dispusiere de ella, en cualquier otra forma.

7. Quien dispusiere de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado o sujeto a otra clase de limitaciones y quien, con su enajenación o gravamen, impidiere, con ánimo de lucro, el ejercicio de tales derechos.

8. Quien enajena separadamente una cosa a dos o más personas, con perjuicio de cualquiera de ellas o de tercero.

9. Quien otorgare, en perjuicio de otro, un contrato simulado.

10. Quien, a sabiendas, adquiere o recibiere, en cualquier forma, bienes de quien no fuere su dueño o no tuviere derecho para disponer de ellos.

11. Quien, con perjuicio de otro, ejerciere un derecho de cualquier naturaleza a sabiendas de que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme.

12. Quien destruyere o deteriorare, total o parcialmente, bienes que le pertenezcan, afectos a derechos de un tercero, con el propósito de defraudar a éste.

13. Quien comprare a plazos un bien y lo enajenare posteriormente o dispusiere de él, en cualquier otra forma, sin haber pagado la totalidad del precio.

14. Quien negare su firma en cualquier documento de obligación o descargo.

15. Quien, con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, celebrare, dolosamente, contratos basados en dichos datos o antecedentes.

16. Quien, sin autorización o haciendo uso indebido de ésta, mediante colectas o recaudaciones, defraudare a otros. Si la recaudación o colecta se hace sin autorización y sin propósito de defraudar, o estando autorizada no se cumple con los requisitos legales correspondientes, la sanción será de multa de veinte a doscientos quetzales.

17. Quien defraudare valiéndose de la inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones de un menor o incapacitado.

18. Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores. *Artículo 264 del Código Penal.*

Falsedad Material. Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años. *Artículo 321 del Código Penal.*

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

Supresión, Ocultación o Destrucción de Documentos. Quien destruya, oculte o suprima, en todo o en parte, un documento verdadero, de la naturaleza de los especificados en este capítulo, será sancionado con las penas señaladas en los artículos anteriores, en sus respectivos casos. En igual sanción incurrirá quien, con ánimo de evadir la acción de la justicia, realizare los hechos a que se refiere el párrafo anterior sobre documentos u objetos que constituyan medios de prueba. Artículo 327 del Código Penal.

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

Violación de Sellos. El funcionario o empleado público que ordenare abrir, abriere o consintiere que otra abra papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales. Artículo 434 del Código Penal.

Responsabilidad del Funcionarios al Autorizar un Matrimonio. El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que autorizare un matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento que cause su nulidad absoluta, será sancionado con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial por el término que el tribunal fije, el que no podrá exceder de seis años. Si el funcionario o ministro de culto hubiese obrado culposamente será sancionado solamente con multa de doscientos quetzales. Artículo 437 del Código Penal.

Inobservancia de Formalidad al Autorizar un Matrimonio. El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado las formalidades exigidas por la ley, aunque no produzca nulidad, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales. *Artículo 438 del Código Penal.*

En los delitos antes mencionados puede variar el sujeto pasivo, pudiendo ser éste los particulares, el estado, la sociedad, un tercero, sin embargo, el sujeto activo será el Notario.

Como se pudo observar, la actividad del Notario, para que sea digna e irreprochable, es menester que la ejercite con dedicación, lealtad velando porque no se transgreda la ley.

Con respecto a la responsabilidad penal, el notario de conformidad con la normativa legal establece o enuncia algunos delitos que puede cometer el notario y/o funcionario público, en el ejercicio de la función notarial; sin embargo, es importante mencionar que, adicionalmente a ligar al responsable a un proceso penal también puede ser sancionado con inhabilitaciones, generalmente la de carácter especial, ya que esta conlleva a la suspensión temporal o definitiva para el ejercicio de la función notarial.

2.6.5.3 Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa se origina por la relación que existe entre el notario y los órganos administrativos, sobre todo con aquellos en los que se lleva un control de los contribuyentes así como también lo relacionado al Registro Civil, al de la Propiedad y Mercantil, según el caso. Y del control de los documentos protocolizados provenientes del exterior para no citar sino lo más relevantes.

Se refiere a las acciones realizadas por el notario ante la Administración Pública y específicamente en relación con los Registros, por los efectos que conlleva el respectivo registro de los contratos o actos en que ha intervenido.

Actividades cuya omisión conlleva responsabilidad administrativa:

1. Pago de apertura de protocolo. Art. 11 del código de notariado.
2. Depósito de protocolo. Art. 27 del código de notariado.
3. Cerrar el protocolo y redactar el índice. Art. 12 y 15 del código de notariado.
4. Relativa a entrega de testimonios especiales. Arts. 66 a 76 del código de notariado.
5. Extender testimonios a los clientes. Art. 73 del código de notariado.

6. Avisos correspondientes.

7. Tomar razón de las actas de legalización de firmas. Art. 59 del código de notariado.

8. Protocolizar actas. (Como la de matrimonio). Arts. 63, 64 y 65 del código de notariado.

En efecto, al autorizar actos y contratos, el Notario adquiere ciertas obligaciones las cuales tienen relación con la administración pública, tales serian por ejemplo, remitir testimonios especiales, enviar avisos de traspaso de bienes inmuebles, extender testimonios a los interesados entre otros. Las mismas se encuentran reguladas en el Código Notariado, así como las sanciones a aplicar en caso de incumplimiento, estas disposiciones se encuentran reguladas en el cuerpo legal mencionado anteriormente.

2.6.5.4 Responsabilidad disciplinaria

En esta clase de responsabilidad incurre el notario, cuando atenta contra el prestigio y decoro de la profesión. Con relación a la responsabilidad disciplinaria es la que emerge del incumplimiento por parte de los notarios de los deberes regulados por la ley, en su reglamentación de las disposiciones que se dictare o de los principios de ética profesional, en cuanto esas transgresiones afecten la institución notarial, los servicios que le son propios al decoro del cuerpo.

La responsabilidad disciplinaria es la que emerge del incumplimiento por parte de los Notarios de los deberes regulados por la ley, en su reglamentación de las disposiciones que se dictaren o de los principios de ética profesional, en cuanto esas transgresiones afecten la institución notarial, los servicios que le son propios o el decoro del cuerpo.

Esta opera mediante una acción que tiene por objeto reprimir una falta a los deberes de la profesión reglamentada; por fin el mantenimiento de la disciplina necesaria en interés moral de la profesión cuyas normas de ejercicio ha sido violadas; y por medio las medidas o penas a infringir por una jurisdicción instituida con ese propósito. El notario incurre en

responsabilidad disciplinaria, cuando falta a la Ética Profesional o atenta en contra del prestigio y decoro de la profesión.

En Guatemala, los profesionales del Derecho están organizados en un colegio de Abogados y Notarios, en el cual deben estar registrados todos los Abogados y Notarios, llevando un control de los mismos. La Constitución Política de la República, establece en el artículo 90 que la colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio, así como también que cada Colegio Profesional cuenta con personalidad jurídica y funcionan de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria y los estatutos de cada colegio son aprobados con independencia de las universidades de las que fueron egresados sus miembros. Es decir, que una ley específica regula lo relativo a la colegiación profesional relativa a los Abogados y Notarios.

Con respecto a las sanciones que se le pueden imponer al notario, es importante indicar que estas son disciplinarias en la mayoría de casos por denuncias presentadas por sus clientes o colegas ante el tribunal de honor del colegio de abogados y notarios de Guatemala; también es indispensable hacer mención que únicamente se imponen amonestaciones verbales y escritas de parte de dicho tribunal de honor, ya que no se conocen hasta la presente fecha casos , en los cuales el tribunal haya sancionado con inhabilitación a un notario por incurrir en algunos casos por negligencia o abandono a los servicios que se obligó con su cliente.

CAPITULO III

3. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACIÓN DEL MATRIMONIO

Luego del estudio del capítulo anterior se puede deducir que el notario únicamente tiene dos obligaciones posteriores luego de la autorización del matrimonio, tal como lo establece el Código Civil en los artículos 101 y 102 los cuales nos indican que el notario tiene que protocolizar el acta notarial de matrimonio y posterior a ello en un plazo de quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio deberá enviar aviso circunstanciado y copia certificada al respectivo registro civil que corresponda para su inscripción, por lo que el incumplimiento de estas trae consecuencias jurídicas que se desarrollan a continuación.

3.1 Consecuencias jurídicas por la falta de protocolización del acta notarial de matrimonio

3.1.1 Generalidades

Al respecto se tiene que otras de las obligaciones posteriores del notario en la autorización del matrimonio, es que debe de protocolizar el acta notarial de matrimonio, tal como lo ordena el artículo 101 del Código Civil, decreto ley número 106, “..... Los notarios harán constar el matrimonio en acta notarial que deberá ser protocolizada....”

Como se puede verificar no existe al respecto algún termino dentro del cual deba de ser protocolizada el acta notarial de matrimonio, en consecuencia; pero se da el caso que los notarios por no existir ningún termino, ni sanción específica; van descuidado esta responsabilidad notarial la cual podría generar para él consecuencias, ya que si el acta notarial de matrimonio se le llega a extraviar su reposición es imposible. Además el no cumplimiento a un deber legal impuesto al notario, constituye una falta a la ética profesional, en consecuencia puede ser denunciada al Tribunal de Honor del colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Al respecto se originan dos corrientes para determinar si la falta de protocolización del acta notarial de matrimonio produce o no consecuencias:

a) Una primera corriente que indica que no produce ninguna consecuencia, ya que la ley no refiere nada al respecto, en este caso existe un vacío legal, debiéndose acudir a los métodos de interpretación o a la integración de la ley, pero simplemente la ley no fija un plazo o una sanción entonces tampoco una consecuencia clara.

b) Una segunda corriente que indica que si produce consecuencias toda vez que el notario responsable y sabedor de lo que implica su profesión debe hacerlo inmediatamente después de la autorización del matrimonio, porque si no protocoliza el acta notarial de matrimonio le puede generar consecuencias, ya que si se extravía dicha acta, la reposición es casi imposible, y la omisión de un deber constituye una responsabilidad disciplinaria y puede producir daños y perjuicios a las partes. Además se originan otras consecuencias, como son la desconfianza y la inseguridad en el notario por no cumplir con la obligación de protocolizar el acta de matrimonio, ya que estaría en juego su prestigio profesional, ya que si la ley establece una obligación, debe de cumplirla.

Cuando en una profesión faltan los principios éticos que deben inspirar la actuación de sus miembros o cuando determinados profesionales no ajustan su actuación a los cánones morales, sin que, por otra parte, les sea llamada la atención en debida forma por los propios órganos rectores de la profesión a la que pertenece, el desprestigio de la profesión comienza. Primero se advertirá un pequeño malestar, en cierto modo difuso o hasta inconcreto, posiblemente difícil de localizar y más aun difícil de atribuirlo a alguien en particular.

Al respecto Luís Carral y de Teresa menciona: “cuando el hombre que ejerce el notariado no tiene amor por su profesión, en vez de dignificar éste, la envilece; y como en el pasado se han dado casos de ineptos y de mercenarios de la profesión, se explican los retratos de notarios indignos, mezquinos e ignorantes.”⁴⁷

⁴⁷ Carral y de Teresa, Luís. Op. Cit. Pagina 9.

Como se puede deducir de la omisión y la no inscripción del matrimonio produce para los cónyuges, tanto como para el notario consecuencias jurídicas. Ahora bien cuando un matrimonio se celebra y se cumple con las obligaciones y responsabilidades de enviar los respectivos avisos al Registro Civil de las personas que corresponda su inscripción, el matrimonio surte todos sus efectos, tanto sociales como jurídicos, ya que existe una prueba fehaciente, como lo es la de poder extender en el registro civil de las personas una certificación de la partida de matrimonio de la persona interesada.

En caso de que un notario cumpla con la obligación antes mencionada pero omite protocolizar el acta a lo cual ya se vieron las consecuencias que pueden generar al notario, pero no obstante este matrimonio será válido y nace a la vida jurídica con todos sus efectos jurídicos y sociales, en realidad fue que el notario no cumplió con una de sus obligaciones, específicamente la de protocolización del acta, pero mas que todo eso su fin es la conservación del acta a través del tiempo; lo cual para el notario producirá consecuencias de carácter disciplinario.

El problema se daría cuando se omitieron los avisos al Registro Civil de las personas que corresponda, por lo tanto no hay inscripción; no están las cédulas de vecindad debidamente razonadas; no se extendió constancia del acto a los contrayentes; el acta no fue protocolizada y es mas el acta fue extraviada; por lo que en estos casos los contrayentes socialmente figuran como casados ante sus relaciones sociales y cumplen con los fines del matrimonio, como lo son la procreación, así mismo con las obligaciones y derechos que la institución jurídica del matrimonio les impone; pero jurídicamente el matrimonio no tiene validez ya que no existe ninguna de las pruebas que lo generan.

Se considera que posiblemente esta obligación que la ley establece no se cumple, en virtud que la ley no fija un plazo prudente para que el notario cumpla con dicha protocolización, causando con ello una inseguridad jurídica en el matrimonio celebrado.

Por lo que a mi criterio uno de los primeros pasos que debe darse con relación a este tema es la reforma al código civil y específicamente al artículo 101 segundo párrafo del Código Civil,

estipulando un plazo prudente para que el notario realice la protocolización del acta notarial de matrimonio, que sería también un plazo de quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, además la imposición de una multa por la omisión de dicha obligación que debería de ser entre cien quetzales (Q100.00) y mil quetzales (Q1,000.00).

3.2 Consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del notario por no enviar al registro civil de las personas los avisos de matrimonio para su inscripción

Es necesario retornar al capítulo segundo donde se analizaba la importancia de las obligaciones posteriores del notario en la autorización del matrimonio, entre estas está la de enviar dentro de los quince días hábiles siguientes a la celebración de un matrimonio el aviso circunstanciado al registro civil de las personas que corresponda, siendo esta una obligación eminentemente administrativa del notario, lo cual se encuentra regulado por el artículo 102 del Código Civil.

El Notariado, como ejercicio de una profesión liberal, se sujeta a una enorme variedad de obligaciones y principios rectores que deben respetarse y cumplirse por el Notario.

La infracción por su parte de esas normas y el incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones que le impone el Código de Notariado y otras leyes, lo hacen incurrir en responsabilidad y en las consiguientes sanciones que no son sólo pecuniarias, sino pueden llegar hasta la privación de su libertad y, consecuentemente con la suspensión en el ejercicio profesional.

3.2.1 Consecuencias de la responsabilidad administrativa

El Notario mantiene una permanente colaboración con los órganos administrativos, colaboración que descansa en típicas obligaciones propias de la función notarial y cuya inobservancia le hace incurrir en responsabilidad administrativa, que se traduce, unas veces, en la aplicación de diversas sanciones impuestas por dependencias del Organismo Ejecutivo, y otras por Órganos Jurisdiccionales y dependencias de la Presidencia del Organismo Judicial.

En la práctica las responsabilidades administrativas, se imponen por la falta de cumplimiento de las obligaciones que de conformidad con la ley está obligado el notario, a remitir a los registros públicos como consecuencia de los actos celebrados y allí a través de reglamentos o circulares se le impone una sanción pecuniaria al notario, como ejemplo la inscripción extemporánea de un matrimonio civil, cuya multa es un quetzal (Q1.00) a cinco quetzales (Q5.00), también la remisión al Archivo General de Protocolos de un testimonio especial en forma extemporánea después de veinticinco días hábiles que el Código de Notariado permite y cuya sanción pecuniaria es de dos quetzales por aviso.

La falta de cumplimiento de esta obligación produce para el notario la primera consecuencia jurídica que sería una responsabilidad administrativa, consistente en una sanción que le impone el Juez de Primera Instancia Civil, la cual según la ley está valorada en un mínimo de Q1.00 y un máximo de Q5.00 a favor de la Municipalidad. Artículo 102 del Código Civil.

En algunos Juzgados en virtud de la multa discrecional, aunque no se ajuste a la realidad económica de la población, les imponen una multa de Q3.00 a los notarios que envían los avisos circunstanciados de matrimonio,

Autorizados en el año que corre y Q5.00 cuando fuera de años anteriores.

3.2.3 Consecuencias de la Responsabilidad Civil.

Otra consecuencia jurídica que genera la omisión de los avisos por el notario es : que el notario incurre en una responsabilidad civil, consistente está en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados del no cumplimiento de un deber legal que corresponde al notario, como lo es la de enviar los avisos al registro civil de las personas que corresponda para su inscripción; generando para los conyugues daños gravosos. Ya que las personas acuden al notario, porque confían en él, en su capacidad profesional, porque además el Estado confía en el notario, y esto sucede cuando lo inviste de fe pública, por lo que el notario debería de garantizar hasta donde fuera posible la seguridad jurídica de los particulares que ponen o confían sus asuntos a profesionales que por estar autorizados por el Estado para su ejercicio

profesional, las consideran investidos de principios éticos y capacitación moral, técnica y jurídicamente para resolver los problemas que se le presenten y no para crearlos.

Siendo el Notario un profesional liberal, generalmente surge entre él y su cliente un típico contrato de prestación de servicios que implica, para ambos, en caso de incumplimiento, una responsabilidad contractual, que se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan causado.

Por su parte el Código Civil, en el artículo 1668 establece que “El profesional es responsable de los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión”

En ese sentido, el Código de Notariado en el artículo 35 estipula: “Para que proceda la responsabilidad de daños y perjuicios contra el Notario por nulidad del instrumento, es necesario que hay sido citado y oído en el juicio respectivo, en lo concerniente a la causa de nulidad.”

Por las responsabilidades civiles en que incurra el Notario en el ejercicio de su función, comenta Mario Girón, que “...no existe en nuestro medio un organismo, una entidad o tribunal específico que se encargue de aplicar las sanciones por responsabilidades civiles en que el Notario pueda incurrir, en consecuencia la responsabilidad civil del Notario se exige generalmente ante los tribunales competentes del ramo civil, pero puede ser exigida por los tribunales competentes del ramo penal, tal es el caso de la responsabilidades civiles que nacen por acciones u omisiones ilícitas que constituyen delito o falta, esto, de acuerdo con lo preceptuado por nuestro Código Penal... Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente. Artículo 112

De esa manera, el Estado a través del Notario está protegiendo a las personas y a la familia. Pero a la vez, protege a las personas del que hacer notarial, al establecer que el Notario incurre en responsabilidad al no actuar con la debida diligencia y/o al excederse de sus atribuciones en

el desempeño de su ejercicio, desamparando o defraudando a las personas que en él depositan su confianza.

En ese sentido, el Notario debe “pagar” por las lesiones (entiéndase éstas como originar perjuicios o daños en intereses o derechos), causadas ya sea de tipo civil o criminal (penal).

Las primeras, se hace referencia a las civiles, se encaminan a la protección desde el punto de vista jurídico y económico, o sea, a reparar el bien jurídico tutelado mediante el pago pecuniario o económico, reparando el daño o perjuicio patrimonial en el que pueda sufrir el individuo, mientras que las segundas, a la protección social, ya que el derecho penal tiene como propósito la justicia, la rehabilitación y reinserción a la sociedad del delincuente, y por ende la defensa y equilibrio armónico de aquella.

Volviendo al tema de la responsabilidad notarial, a continuación haré mención de algunos casos en los cuales el Notario puede incurrir en responsabilidad civil, y que se ven reflejados en la actualidad dentro del gremio.

El Notario al elaborar un instrumento público debe cumplir con todos los requisitos que señala el artículo 29 del Código de Notariado y sobre todo no debe omitir ninguna de las formalidades esenciales que indica el artículo 31 del mismo cuerpo legal, las cuales son:

1. El lugar y fecha de otorgamiento.
2. El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes.
3. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro.
4. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español.
5. La relación del acto o contrato con sus modalidades.
6. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso.

“La omisión de las formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento.” Artículo 32 del Código de Notariado

Por ello, el Notario debe tener especial cuidado al faccionar un instrumento público, de manera que no falte ningún requisito esencial de los establecidos en la ley, que pueda causar su nulidad; y consecuentemente lo haga incurrir en responsabilidad civil. “Para que proceda la responsabilidad civil de daños y perjuicios contra el Notario por nulidad del instrumento, es necesario que haya sido citado y oído en el juicio respectivo en lo concerniente a la cusa de nulidad.” Artículo 35 del Código de Notariado

Es importante hacer énfasis que la nulidad a la que me estoy refiriendo es la nulidad de forma, o sea, la que se refiere al instrumento, pues, también existe nulidad de fondo, que es la que se concreta a la esencia misma del negocio jurídico, al efecto el Código Civil en su artículo 1301 establece: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.”

El artículo 1251 del mismo cuerpo de leyes regula: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicios y objeto lícito.”

3.2.3 Consecuencias de la responsabilidad disciplinaria

Finalmente, se puede establecer que el notario incurre en diferentes responsabilidades en el ejercicio de la profesión, sin embargo unas se derivan de responsabilidad directa o propias del notario y otras se establecen por imposición aplicada por el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, haciendo mención en que existen en la actualidad, algunos casos planteados, con respecto a sanciones de carácter penal de denuncias o querellas planteadas ante el Ministerio Público, ante los tribunales penales, ante los tribunales civiles, además de las sanciones administrativas y disciplinarias en que el notario se ve involucrado en el ejercicio de su profesión.

Tomando en cuenta que el notario se encuentra íntimamente ligado a la moral y que no puede entenderse esta sin aquella, ya que la profesión del notario requiere de mucha preparación, conocimiento y sobre todo de Ética.

Y tal como lo señala el Doctor Nery Roberto Muñoz. “Los notarios debemos preocuparnos de cumplir con la ley y no abusar de nuestra función; se debe ser honestos como nosotros mismos y con los clientes”. “Ser cumplidores de nuestros deberes y obligaciones, porque hay que hacerlo y no porque exista una sanción a la que le tememos”. Continúa diciendo: “Muchas de nuestras obligaciones la misma ley no las da, pero en algunos casos, aún habiendo sanción, no se cumplen, considerando que la inobservancia de la ley en el ejercicio del Notariado, constituyen una falta a la ética, porque desvirtúa nuestra calidad fedataria y perjudica el decoro de la profesión.”⁴⁸

En Guatemala la Corte Suprema de Justicia, siempre que la infracción no sea constitutiva de un delito, le corresponde la aplicación de amonestaciones y sanciones al Notario.

Al respecto el Código de Notariado en el artículo 101 establece: “Las demás infracciones a que se refiere esta ley serán sancionadas por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no constituyan delito, o por tribunal que conozca, en su caso, pudiendo amonestar o censurar al Notario infractor, o imponerle multas que no excedan de veinticinco quetzales. En caso de reincidencia, las multas podrán ser hasta de cien quetzales o suspensión de un mes hasta un año. La sanción se hará en auto acordado con justificación de motivos”

También en materia de su competencia puede el Colegio de Abogados, sancionar al Notario. “Las sanciones que las autoridades de los colegios pueden imponer, son las siguientes: Sanción pecuniaria, amonestación privada, amonestación pública, suspensión temporal en el ejercicio de su profesión y suspensión definitiva...” (Artículo 26 de la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria).

⁴⁸ Muñoz, Nery Roberto. Op. Cit. Pagina 181 y 182.

Finalmente, cabe mencionar que no se debe olvidar que el Notario en su tarea de instrumentalizar cumple una importante misión que consiste en asegurar relaciones económicas, sociales, familiares y de muchos órdenes más. Por lo que debe responder y merecer la confianza depositada en él. Por ello, tiene la obligación de realizar su función lo mejor posible evitando causar daño a la sociedad, a quien sirve.

En consecuencia si un notario incumple con la obligación de enviar los avisos de matrimonio al Registro Civil de las personas, está faltando a su ética y por lo tanto puede ser denunciado ante el Tribunal de Honor del respectivo Colegio Profesional que es el órgano encargado de instruir la averiguación, emitir dictámenes, y en su caso acordar la sanción correspondiente, cuando se sindique a alguno de los miembros del Colegio de haber faltado a la Ética o atentado contra el honor y prestigio de la profesión.⁴⁹

Entre las sanciones que se pueden imponer a los notarios son:

- 1) Sanción pecuniaria: que oscila entre Q1,800.00 como mínimo y Q18,000.00 como máximo.
- 2) Amonestación privada: amonestación según el Diccionario de la lengua española, significa "hacer presente, recordar algo o alguna cosa para que se considere, procure o evite, advertir, prevenir, a veces por vía la de corrección disciplinaria."⁵⁰

Es motivo de amonestación todo acto contrario a los principios de la ética profesional o a la falta de cumplimiento de las obligaciones que los Estatutos imponen a los colegiados."⁵¹

- 3) Amonestación pública: Esta sanción, así como las mencionadas con anterioridad, se encuentran contenidas en el artículo 26, del Decreto Ley número 71-2001 del Congreso de la República, Ley de Colegiación Profesional Obligatoria; siendo esta mucho más grave que la amonestación privada, puesto que la primera trasciende al conocimiento de todos los abogados

⁴⁹ Ley de Colegiación Profesional Obligatoria. Decreto Ley Numero 71-2001 del congreso de la Republica. Artículo 18.

⁵⁰ Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española. Tomo I pagina 208.

⁵¹ Op. Cit. Decreto ley 71-2001. Artículos 23-25-26.

y notarios, mientras que esta última debe ser publicada en el diario oficial y en otro órgano de prensa de mayor circulación, además de ser comunicada a todos los miembros del colegio y a las autoridades correspondientes; con lo cual, el buen nombre, la fama del profesional cumplidor con sus obligaciones y otros atributos que puede tener una persona en el ejercicio de su profesión, en determinado momento con esta pena se verán indudablemente disminuidos y la clientela que puede enterarse de la misma podría afectarse y cancelar los servicios de dicho profesional.

Por lo tanto, para no perder su buena imagen, el profesional debe observar una conducta intachable en el ejercicio de su profesión, a manera que no se le pueda imputar nada fuera de la ley.

4) Suspensión temporal: En ningún caso debe ser mayor de dos años, y será aprobada por la asamblea general con el voto de por lo menos el 25% del total de los colegiados activos.

5) Suspensión definitiva: Que es la pérdida de la condición de colegiado.

En caso de que un hecho amerite suspensión, y se haya aplicado esta por autoridad judicial o administrativa, el respectivo colegio debe de abstenerse de dictar sanción por el mismo hecho.

Estas sanciones son acordadas por el Tribunal De Honor y las aprueban y ejecutan la Junta Directiva. Tal como lo establece el artículo 17 inciso m, del decreto ley 71-2001 ley de colegiación profesional obligatoria.

Ya se determinó que si un notario incumple con sus obligaciones notariales puede generar para él una serie de consecuencias, como se señaló anteriormente. Además crea inseguridad y desconfianza; ya que las personas que requieren los servicios profesionales de un notario tienen la certeza que el que lo autorice este revestido de seguridad jurídica y que el notario cumple con todos los requisitos que la ley, exige para el faccionamiento de un instrumento público; al comprobar estas personas de la falta de responsabilidad del notario, hace que se

crea la desconfianza en su función profesional e inseguridad en todos los casos que se les encomiende, a que las personas sentirán cierta duda en acudir nuevamente ante un notario que por su falta de responsabilidad generó problemas para las personas que requirieron.

Así pues otra serie de consecuencias que pueden producirse para los cónyuges o herederos, por la omisión que hace el notario de enviar los avisos de su matrimonio al Registro Civil de las personas respectivo.

Como se ve en el supuesto siguiente, se celebra un matrimonio ante notario, se cumple con los requisitos previos a su celebración y las solemnidades del acta, se incumple con el requisito posterior de enviar los avisos al Registro Civil de las personas correspondiente para su inscripción; luego esta personas figuran como casados ante la sociedad, amistades y relaciones sociales; porque su matrimonio si efectivamente se celebró; pero a través del tiempo surgen determinadas diferencias o conflictos entre ellos; como por ejemplo y que es muy común en nuestro medio uno de ellos necesita demandar alimentos y acuden al Registro Civil de las personas para que le extiendan una certificación donde conste su matrimonio, ya que sin esta no podría probar su calidad de casado ante el Tribunal que este demandó, ya que como es sabido las certificaciones de las actas del Registro Civil prueban el estado civil de las personas. Entonces la persona se da cuenta que su matrimonio no fue inscrito porque se omitieron enviar los avisos por parte del notario que lo autorizó; esto ya genera para el afectado verse en la gravosa necesidad de buscar al notario que autorizó su matrimonio, para que éste envíe los avisos al Registro Civil de las personas para su inscripción. Lo cual hace incurrir en gastos, pérdida de tiempo, realizar una serie de diligencias con las cuales los interesados no contaban, y muchas veces las personas no tienen los suficientes recursos económicos para realizar esta serie de diligencias. Sin embargo, al realizar las diligencias anotadas cuentan con la ventaja de que el notario pueda enviar los avisos de manera extemporánea, para que se resuelva el problema de la inscripción de su matrimonio y de esa manera le puedan extender la certificación de matrimonio que necesita.

En estos casos las personas afectadas deben demandar al notario que les autorizó su matrimonio, por pago de daños y perjuicios, ya que por el incumplimiento del notario que

autorizó el matrimonio, hizo incurrir en gastos y trámites de distintas diligencias para que su matrimonio pueda ser inscrito.

Ahora bien, se da el caso cuando los interesados acuden ante el notario que autorizó el matrimonio para que pueda enviar los avisos y se cercioran que el notario ya falleció; en este caso lo que hacen los interesados es acudir al Archivo General De Protocolos; para verificar en el protocolo del notario fallecido si el acta donde consta el matrimonio fue protocolizada, y si fue así: el señor Director del Archivo General de Protocolos, se encarga en base al acta de protocolización del acta de matrimonio y poder así extender los avisos de matrimonio al registro civil respectivo para su inscripción y de esa manera se le pueda extender la certificación de matrimonio a la persona interesada.

La situación se hace más difícil cuando el acta no fue protocolizada y los avisos no fueron enviados para su inscripción, por lo que se está ante un problema bastante serio ya que la prueba fehaciente del matrimonio solo puede lograrse mediante la certificación de su inscripción en el Registro Civil de las personas. Sin embargo, el caso de que un hecho no esta inscrito, no es prueba de su inexistencia; porque tal hecho puede tener existencia extra registral y simplemente no estar inscrito; en tal sentido, las llamadas certificaciones negativas, que extiende el registro civil de las personas, únicamente tiene el efecto de probar la no inscripción.

En estos casos la ley nos da los medios legales y procedimientos a seguir para resolver esta situación, siempre y cuando existan pruebas, por lo que se detallan los artículos siguientes:

Artículo 84, de la ley de registro nacional de personas. “todas las inscripciones de hecho y actos relativos al estado civil de las personas, debe efectuarse en un plazo no mayor de treinta días, de lo contrario se considerara extemporáneo. En ningún caso se perderá el derecho de la inscripción....”

Artículo 21 del decreto Numero 54-77 del Congreso de la Republica Ley Reguladora de la Tramitación Notarial en Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. “En caso de haberse omitido

alguna partida o circunstancia esencial en los registros civiles, el interesado podrá acudir ante notario, quien en vista de las pruebas que se le presenten, de las que de oficio recabe y previa audiencia a la procuraduría General de la Nación, resolverá que se repare la omisión.

Artículo 443 del Código Procesal Civil y Mercantil. “En caso de haberse omitido alguna partida... en los registros civiles, el juez de Primera Instancia, en vista de las pruebas que se le presenten, de las que de oficio recabe, y previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, resolverá que se repare la omisión correspondiente mandando aplicar las sanciones pecuniarias que establece el Código Civil en su artículo 102, si fuera el caso”.

De acuerdo a todo lo prescrito anteriormente, los interesados pueden optar por el trámite judicial o notarial y según lo estimen conveniente, recalcando que ambos son llevados en jurisdicción voluntaria.

Conviene a su vez especificar que el matrimonio surte todos sus efectos, entre los contrayentes y en cuanto a terceros inmediatamente después de su legal celebración. Es prueba del acto la que está supeditada su inscripción.

Por lo que el análisis de los casos citados y estipulando cada una de las consecuencias jurídicas que más frecuentemente se producen si no se envían los avisos matrimoniales para su inscripción en el registro civil de las personas respectivo. Por lo que además es prudente mencionar que las sanciones de tipo pecuniaria ya no son útiles debido que la realidad económica actual es otra y a los notarios no les resulta gravoso pagar la cantidad que les impongan.

A mi criterio uno de los pasos fundamentales para terminar con este tipo de problemas es la de reformar el artículo 102 del Código Civil, imponiendo una multa más elevada, de un mínimo de cien quetzales (Q100.00) y un máximo de quinientos quetzales (Q500.00) ya que únicamente de esta manera el notario se vería mas presionado a cumplir con sus obligaciones, ya que en este caso su economía si se afectaría.

CAPITULO FINAL

ANALISIS, PRESENTACION Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

ANÁLISIS, PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Como parte de la presente investigación fue necesaria la realización de una investigación de campo, la cual se concreto a través de una entrevista, la cual contenía 8 preguntas con las cuales se pretendía recabar información con respecto a las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las obligaciones posteriores del notario en la autorización del matrimonio; y se presentan a continuación los resultados del trabajo realizado con los Notarios de la ciudad de Quetzaltenango, los cuales son Notarios egresados de las distintas universidades de Guatemala, quienes además imparten cursos universitarios, como informantes claves, el cual se aplicó con la entrevista dirigida a los mismos, todo esto orientado a determinar el logro de los objetivos trazados en la investigación.

La pregunta número uno enuncia: ¿Cree usted que los Notarios que egresan de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales tienen los conocimientos suficientes y la conciencia necesaria para cumplir a cabalidad con la función notarial, y así revestir de seguridad, valor y permanencia los instrumentos que autoriza.? ¿Por qué?

La pregunta anterior proporcionó que los egresados de las facultades de ciencias jurídicas y sociales no cuentan con los conocimientos suficientes para el correcto ejercicio del notariado, basando esta contemplación en que los futuros notarios no cuentan con la practica y muchas veces si con la teoría pero básicamente estas dos tienen que estar juntas para así lograr un trabajo exitoso, además se considera que existe falta de tiempo y preparación en los egresados de las ciencias jurídicas y sociales para contar con los suficientes conocimientos para el correcto ejercicio de la profesión notarial.

Se puede analizar el resultado obtenido en el sentido que la falta de formación profesional y la poca ética profesional contribuyen a la mecanización de la labor de notario en el sentido que no se posee conciencia profesional de la importancia y delicada tarea del notario al cumplir

con cabalidad sus funciones notariales, aunado a que el simple hecho de la graduación profesional no reviste de los conocimientos necesarios al notario que únicamente se pueden llegar a conocer en la práctica misma mas no así en las aulas universitarias.

Lo anterior expuesto se enfatiza al afirmar que el notario tal como lo afirma el Lic. Mario Aguirre Godoy, la formación del Notario debe comprender una formación humana y técnica la cual abarca dos sentidos importantes: un saber hacer por repetición mecánica y un saber hacer conociendo el porque de esa actitud y sus causas inmediatas afirmación a todas luces verídica pues tal como se pudo apreciar el resultado de la interrogante en análisis proporcionó la decadencia en la formación y la falta de tiempo, valores y ética profesional del notario recién egresado, ya que como se afirmo por una de las entrevistadas existe un saber que se aprende con la práctica, lo que constituiría en este caso una repetición de tipo mecánico.

La pregunta número dos de las entrevistas realizadas enuncia: ¿Será realmente necesario que se ejecute mayor control sobre el notario para que cumpla con las obligaciones propias de su función notarial en la práctica?

A este cuestionamiento los notarios entrevistados difieren un poco al resaltar una parte, que si es necesario que se ejecute mayor control, esto con la finalidad de que los notarios sientan más presión y por lo mismo estos realicen su trabajo como es, cumpliendo entonces con todas sus obligaciones. Otra parte opina que no es necesario mayor control sobre el notario ya que este es todo un conocedor del derecho y por lo mismo sabe y conoce de sus obligaciones.

Del resultado obtenido se puede analizar que el ejercicio de la función notarial es eminentemente liberal por lo que no esta supeditado a ningún superior jerárquico para el control de su buen actuar en la profesión, salvo las inspecciones de ley por el director del Archivo General de protocolos o por denuncias en contra del notario afirmación que se sustenta en que una parte de los entrevistados considera innecesaria la ejecución de un mayor control sobre el notario en el cumplimiento con las obligaciones propias de su función. En todo caso cabe afirmar que el correcto actuar del notario en el cumplimiento de su profesión es la óptica concatenación de las tres funciones que la doctrina le asigna siendo estas la directiva,

la moldeadora y la autenticadora en donde el correcto desempeño de las mismas permite garantizar la veracidad y efectiva forma legal de los actos en donde intervenga el notario con una previa instrucción directiva del mismo, lo que le permitiría en todo caso cumplir con una efectiva función notarial que se ve reflejada en sus obligaciones previas, simultaneas y posteriores.

La tercera interrogante hace el siguiente cuestionamiento: ¿Basado en su experiencia, ¿ha observado si los Notarios en ejercicio cumplen con sus respectivas obligaciones posteriores luego de la autorización del matrimonio?

Pues en esta interrogante la gran mayoría de los entrevistados indica que conoce de una infinidad de casos donde el notario a obviado las obligaciones posteriores del notario en la autorización del matrimonio, y estos resaltan que muchas veces los notarios no realizan los tramites finales por ser tramites engorrosos y tediosos de carácter administrativo.

Del resultado obtenido se puede analizar que el notario en ejercicio conoce exactamente cuales son sus obligaciones posteriores al autorizar un matrimonio, pero no las cumple alegando desuso o sin importancia y prefiere dedicarle su tiempo a otros asuntos y no perfeccionar el instrumento público que en él ha sido confiado, en la actualidad se ha dado una incompleta función notarial en cuanto a la perdurabilidad del instrumento público ya que el Notario en ejercicio se desentiende de las obligaciones posteriores siendo estas importantísimas como lo es la guarda y custodia del Protocolo, para asegurar la perdurabilidad del instrumento público manifestado por los requirentes, y en gran manera se debe a que el Notario no adquirió la conciencia necesaria para cumplir con la responsabilidad en él recaída, como lo es el ser Notario.

La cuarta interrogante realizada indica: ¿De acuerdo a su experiencia? ¿cuáles considera las causas principales del incumplimiento de las obligaciones posteriores del Notario al momento de autorizar el Matrimonio?

Se determina que las causas del incumplimiento de las obligaciones posteriores del Notario al autorizar un matrimonio, se debe básicamente a inconciencia, desinterés, irresponsabilidad y negligencia del profesional del Derecho “Notario” porque aún conociendo ampliamente la ley no cumple a cabalidad con sus obligaciones mucho menos con las posteriores, lo cual se reduce a que sí los Notarios que se encuentran actualmente en ejercicio no las cumplen no se puede exigir mucho a los nuevos profesionales porque más que mil palabras es el ejemplo el que edifica.

No se puede alegar inobservancia de la ley por desconocimiento o ignorancia, porque ya son profesionales, Notarios, y como tales se obligan al constante estudio del Derecho y a mantenerse actualizados, y a mejorar y dignificar la profesión, pero en base a la investigación realizada podemos observar que muchos profesionales prefieren escudarse en esta posibilidad a aceptar que no cumplen con sus obligaciones simplemente porque no quieren o porque para ellos no represente interés alguno, ya que no perciben honorarios por tal cumplimiento, sumándole a esto otro aspecto importante como lo es el poco auxilio que las oficinas públicas les brindan que aunque ellos tengan la intención de cumplir con estas obligaciones posteriores se ven en la imposibilidad debido a que el actuar de estos auxiliares del Notario es obstaculizar el fiel cumplimiento de la función notarial lejos de apoyarlo.

La quinta interrogante enuncia de la siguiente forma: ¿Qué soluciones o métodos alternos considera necesarios implementar para lograr el cumplimiento de las obligaciones posteriores del Notario en relación a la autorización del Matrimonio?

En esta interrogante existe una diversidad de opiniones, las cuales por supuesto son importantes, ya que dan salidas desde distintos puntos de vista, las cuales al tratar de unificarlas erradicaría por completo esta problemática, dichas opiniones indican que debería ampliarse el pensum de derecho agregando cursos de notariado, ya que en las diversas universidades se dan únicamente dos o tres cursos de notariado y recordemos que este es un título donde se nos acredita como notarios y por lo tanto una carrera no simplemente se saca en dos o tres semestres; otra de las soluciones es la modificación de leyes con las cuales en

primer lugar se darían plazos para el cumplimiento de obligaciones notariales, sino además modificar la ley para crear y modificar sanciones mas severas para el notario.

Por lo que después del análisis en relación a la responsabilidad del notario en su trabajo, se ha llegado a la conclusión que no pueden aplicársele soluciones a medias o métodos alternativos para que el notario cumpla con sus deberes, sino mas bien soluciones mas profundas, en ese sentido se ha hablado de cambiar radicalmente la profesión a través de una nueva ley de notariado que pues crea una nueva dependencia encargado del control del ejercicio del notario que es la Dirección Nacional de Notariado y a través de esta se podría ejercer mas y mejor control con sanciones mas drásticas como la suspensión temporal del ejercicio de su profesión, hasta que ponga al día su trabajo incluyendo con estos sus obligaciones previas y posteriores.

La sexta interrogante indica: ¿Sabe usted cuales son las sanciones establecidas por la omisión de Avisos registrales?

La mayoría de los entrevistados indico que si conoce las sanciones por la omisión de los avisos registrales y que es una sanción pecuniaria de carácter administrativo, que realmente son insignificativas para el notario.

Por lo que es evidente que para desempeñar exitosamente la función notarial es necesario cumplir con las obligaciones establecidas en la legislación vigente y en la doctrina, las que realmente son indispensables cumplir en la práctica no pudiendo alegar desuso porque lo que se aprende en las aulas de las Facultades es para ponerlo en práctica en el ejercicio de la profesión.

La séptima interrogante enuncia: ¿Cree usted que las sanciones pecuniarias contempladas en la ley son aún positivas o están fuera de la realidad económica y jurídica actual?

La mayoría de los entrevistados indico que desde hace muchos años estas sanciones pecuniarias están fuera de la realidad económica y jurídica, ya que esas normas datan desde

hace muchos años y no se han modificado desde su creación, lo que viene a colocar a esta en una norma vigente pero no positiva, debido al gran cambio económico y jurídico que ha sufrido y experimentado el país.

Estas afirmaciones vienen a respaldar opiniones de otros críticos, los cuales consideran que en Guatemala existe una gran diversidad de leyes, las cuales sobreabundan el ámbito jurídico, lo cual viene a contribuir a que no exista un verdadero estado de derecho, ya que las normas existen pero no se aplican ya que muchas de ellas han pasado a lo ridículo, ya que están fuera de la realidad económica y jurídica, lo que nos lleva a un tema de urgencia nacional que sería la modificación de estas o la eliminación de las normas inservibles.

La última interrogante enuncia: ¿Cree usted necesario modificar las leyes para imponer sanciones más drásticas al notario que incumple con sus obligaciones?

La gran parte de los entrevistados indica que si deben modificarse las leyes y con esto sancionar adecuadamente al notario, para que estos le pongan la importancia correspondiente a las obligaciones que tienen en relación a una correcta función notarial.

Dentro de las alternativas de solución para la verificación del estricto cumplimiento de las obligaciones posteriores del Notario al autorizar un matrimonio, encontramos principalmente la reforma legal vista esta desde dos puntos a detallar especificando en la primera cuales son las obligaciones posteriores notariales y la segunda las sanciones al incumplimiento de estas contenidas en el Código de Notariado vagamente, ya que estas no significan mucho para los profesionales por ser sumas de dinero mínimas en la mayoría de los casos, digamos representativas y que a ellos no les importa perder ya que sus honorarios las cubren hasta por quince o veinte veces más. La implementación de una ley que unifique, explique y controle la adecuada función notarial tecnificando su control y pretendiendo así una eficiente práctica notarial, fomentando en los Notarios recién egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales los conocimientos suficientes y la conciencia necesaria para cumplir a cabalidad con la función notarial, revistiendo de seguridad, valor y permanencia el instrumento público.

Es importante resaltar que comparando las respuestas a cuestionamientos similares realizados a los informantes claves no existe mucha diferencia entre las respuestas y que es evidente que las obligaciones posteriores del notario al momento de autorizar un matrimonio es un asunto de interés para todos los Notarios y que es evidente la necesidad de regularlas legalmente de una forma técnica pero esto no sucederá mientras los profesionales del Derecho que se encuentran en ejercicio no abandonen su mala práctica notarial y continúen haciendo caso omiso a tal problema y es evidente que ellos conocen la solución pero no quieren devolverle esa parte tan importante a la función notarial para que esta sea perfecta y no a medias como lo es en la actualidad.

A raíz de todos los resultados presentados y discutidos se puede afirmar con certeza que se logró alcanzar satisfactoriamente el objetivo general de la presente investigación, pues se logró determinar cuales son las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las obligaciones posteriores del notario en la autorización del matrimonio, de estas se desligan dos divisiones, la primera en relación a las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del notario por no enviar al registro civil los avisos de matrimonio para su inscripción, la cual sería una responsabilidad administrativa para el notario la cual consiste en una sanción de tipo pecuniaria impuesta por un juez de primera instancia civil a favor de la municipalidad, además otra consecuencia sería la del notario que puede incurrir en una responsabilidad civil, consistente esta en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados del no cumplimiento de un deber legal que corresponde al notario, como lo es la de enviar los avisos al registro civil que corresponda para su inscripción; generando para los conyugues daños gravosos. Y por el otro lado las consecuencias jurídicas por la falta de protocolización del acta notarial de matrimonio, estas sanciones serían de tipo disciplinarias ya que al omitir la protocolización está faltando a una norma que así lo establece y en consecuencia puede ser denunciado ante el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala donde se podrían imponer una de las siguientes penas: sanción pecuniaria, amonestación privada, amonestación pública, suspensión temporal o suspensión definitiva.

CONCLUSIONES

1. La finalidad de la actuación notarial es dotar de seguridad, valor y permanencia al instrumento público, ya que el notario como profesional del derecho, en ejercicio de una función pública fortalece, con la veracidad de los actos en que interviene por estar investido de fe pública; aconsejando, asesorando, conciliando y coordinando voluntades e instruyendo como perito en derecho, ejerciendo de esta manera íntegramente la función notarial, la que no se realiza a cabalidad por el incumplimiento de las obligaciones posteriores del notario.
2. Importante es conocer los derechos y obligaciones que los contrayentes tienen frente al notario, dentro de ellos la exigencia del cumplimiento de una eficaz función notarial, por lo que el notario con estricto apego a la ley debe cumplir con lo solicitado por los contrayentes; previa, simultánea y posteriormente a la celebración del matrimonio, pero no sucede así porque mínimo de notarios en ejercicio inobserva la ley y actúa con negligencia, poniendo en grave riesgo el patrimonio de quienes en él confían, implicación jurídica importantísima ya que considera erróneamente que esto nunca sucederá, por la poca importancia que da a cumplir sus obligaciones posteriores, incurriendo en sanciones pecuniarias mínimas pero en ningún momento una consecuencia tan grave para él como notario, como las que a los requirentes acarrea su mal actuar.
3. A través de este trabajo de investigación se ha comprobado que algunos notarios no cumplen con protocolizar el acta de matrimonio y no envían los avisos respectivos, por no existir plazo y sanción específica; generando como consecuencia la desconfianza e inseguridad en la sociedad, puesto que si la ley los establece, una obligación sería cumplirla, porque de lo contrario se estaría infringiendo la ley.
4. Las causas del incumplimiento se reducen al mal actuar de algunos notarios en ejercicio, el no cumplir su función notarial con apego a la ley y actuar con negligencia o simplemente sin la conciencia necesaria que implica ser un profesional del derecho encargado de una función pública, las implicaciones jurídicas al incumplimiento de las obligaciones

posteriores del Notario las que básicamente se reducen a sanciones pecuniarias e inhabilitaciones especiales contempladas en el título XIV del Código de Notariado en sus artículos 98 al 105, y que a sabiendas de su contenido no se observan, siendo derecho vigente más no positivo. Aduciendo que por ser una suma mínima monetaria no significa nada pagarla, y que preferible es hacerlo a cumplir con sus obligaciones posteriores por ser trámites complejos ante la administración pública.

5. Las consecuencias jurídicas por la falta de protocolización del acta notarial de matrimonio, son sanciones de tipo disciplinarias ya que al omitir la protocolización esta faltando a una “norma jurídica” que lo establece y en consecuencia esta omitiendo una responsabilidad y faltando a la ética profesional por lo que debe ser denunciado ante el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, quien es el órgano encargado de instruir la averiguación, emitir dictámenes e imponer una de las siguientes penas: sanción pecuniaria, amonestación privada, amonestación pública, suspensión temporal o suspensión definitiva.
6. Es importante aclarar, que el matrimonio tiene plena validez jurídica y surte todos sus efectos entre los conyuges y frente a terceros, aunque se haya omitido el envío de los avisos al Registro Nacional de las Personas; es la prueba del acto que está supeditada a su inscripción. Ya que la legislación da los medios necesarios para que se repare la omisión o rectificación de la partida correspondiente tal como lo establece el artículo 21 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial en Asuntos de Jurisdicción Voluntaria o bien el artículo 443 del Código Procesal Civil y Mercantil; pudiendo elegirse entre el trámite judicial o notarial, para lograr dicha inscripción, previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación.

RECOMENDACIONES

1. Que se imparta en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales por lo menos seis cursos teóricos de Derecho Notarial, siendo indispensable para lograr un conocimiento integral de la profesión, introduciendo dos cursos prácticos tanto en la Facultad propiamente dicha como en el Bufete Popular.
2. Establecer mecanismos de control específicos, a nivel del registro civil de las personas o del director del archivo general de protocolos sobre el cumplimiento de los requisitos posteriores a la celebración de un matrimonio; por cuanto una institución de tanta relevancia jurídica y social como lo es el matrimonio, no debe revestirse en determinados casos de inseguridad jurídica, ante todo que su fin primordial es la protección de la familia.
3. El artículo 102 del Código Civil que contiene la sanción administrativa consistente en multa de un quetzal (Q1.00) a cinco quetzales (Q5.00), por los avisos extemporáneos al Registro Civil de las Personas de un matrimonio celebrado ante notario, debe ser reformado por una multa más elevada de cien quetzales (Q100.00) a quinientos quetzales (Q 500.00), ya que de esa manera todo notario se vería de alguna u otra forma mas presionado, para el cumplimiento de esta obligación y sobre todo se adecuaría a la realidad económica.
4. El artículo 101 del Código Civil, Decreto Ley número 106, que establece la obligación de protocolizar el acta de matrimonio debe ser reformado, estableciéndose un término específico de quince días para que se lleve a cabo la protocolización del acta de matrimonio; consecuentemente que se agregue una sanción pecuniaria que oscile entre cien quetzales (Q100.00) a mil quetzales (Q 1,000.00)
5. Que las personas perjudicadas en su caso, demanden civilmente al notario por el pago de daños y perjuicios ocasionados, ya que hizo incurrir en gastos y trámites para que su matrimonio pueda ser inscrito. Y a su vez denuncien este hecho ante el Tribunal de Honor

del Colegio de Abogados Y Notarios de Guatemala, para que se imponga una de las sanciones determinadas en la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria al notario que haya faltado a la ética, tomando en cuenta el prestigio de tan digna profesión.

6. Una vez efectuado el matrimonio, los notarios entreguen a los contrayentes una constancia del acto cumpliendo así lo establecido en el artículo 100 del Código Civil, para que los contrayentes tengan un documento fidedigno y un medio de prueba a futuro.

REFERENCIAS

a) Referencias Bibliográficas

1. Aguirre Godoy, Mario. La Capacitación Jurídica del Notario. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, 1972.
2. Brañas, Alfonso. Manual de Derecho civil. Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala, 2003.
3. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1997.
4. Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Editorial Reus. Madrid, España, 1962.
5. Carral y de Teresa, Luís. Derecho Notarial y Derecho Registral: Editorial Porrúa;, México, 2004.
6. Diccionario de la Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 2006.
7. Diccionario Jurídico Espasa-Calpe S.A. 2000.
8. Espín Cánovas, Diego. Manual de Derecho civil Español. Editorial Revistas de Derecho Privado, Madrid, España. 1959
9. Fonseca, Gautama. Curso de derecho de Familia. Imprenta Lopez, Tegucigalpa, Honduras. 1995.
10. Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Madrid, España. 1976

11. Larios Ochaíta, Carlos. Derecho Internacional Privado, Talleres de la Facultad de ciencias Jurídicas y sociales, Universidad San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1985
12. Marcel, planiol y Ripert, Jorge. Derecho Civil. Volumen 8. Editorial Harla. México. 1997
13. Muñoz, Nery Roberto; El Instrumento Publico y el Documento Notarial; Editorial Infoconsult. Guatemala. 2006
14. Muñoz, Nery Roberto; Introducción al Estudio del Derecho Notarial; Editorial Infoconsult. Guatemala 2002
15. Muñoz, Nery Roberto; La Forma Notarial en el Negocio Jurídico; Guatemala; Editorial Infoconsult. Guatemala. 2005
16. Puig Peña, Federico. Compendio de derecho Civil Español, Tomo I , Editorial Pirámide. Madrid, España. 1972.
17. Rivera Toledo, Antonio. Introducción al Estudio del derecho Notarial Guatemalteco. Guatemala. 1965.
18. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Antigua Librería Robredo, México. 1959.
19. Salas, A. Oscar. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. Editorial Costa Rica. 1973.

b) Normativas

1. Código Civil; Decreto ley 106 (1963); Guatemala.
2. Código de Notariado; Decreto Numero 314 (1946); Guatemala.

3. Código de Ética Profesional; (1994); Guatemala.
4. Ley de Timbre Forense y Timbre Notarial; (1996); Guatemala.
5. Ley de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos; (1992); Guatemala.
6. Código de Derecho Procesal Civil y mercantil. Decreto ley 107. Guatemala.
7. Ley de Colegiación Profesional Obligatoria. Decreto Ley Numero 71-2001. Guatemala.
8. Ley del Registro Nacional de Personas. Decreto Ley Numero 90-2005. (2005) Guatemala.

c) Electrónicas

1. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Artículo publicado por Nery Roberto Muñoz en el boletín 19, [http://www. Igdn.org.gt](http://www.Igdn.org.gt) fecha de consulta el diez de septiembre de 2007.
2. Revista de derecho privado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002. <http://www.juridicas.unam.mx> Número 1 enero-abril 2002, consultada el veinticinco de agosto de 2007.

ANEXOS

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR
CAMPUS DE QUETZALTENANGO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ESTUDIANTE: CARLOS FRANCISCO MALDONADO BENITEZ.
CARNE: 15132-03



“CONSECUENCIAS JURIDICAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS
OBLIGACIONES POSTERIORES DEL NOTARIO EN LA AUTORIZACION DEL
MATRIMONIO.”

Guía de Entrevista:

La presente entrevista se realiza únicamente con fines académicos, se dirige a notarios en ejercicio, catedráticos de cursos universitarios específicamente en el municipio de Quetzaltenango, egresados de las diversas universidades del país.

Nombre del Entrevistado: _____

1) Cree usted que los Notarios que egresan de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales tienen los conocimientos suficientes y la conciencia necesaria para cumplir a cabalidad con la función notarial, y así revestir de seguridad, valor y permanencia los instrumentos que autoriza. ¿Por qué?

2) ¿Será realmente necesario que se ejecute mayor control sobre el notario para que cumpla con las obligaciones propias de su función notarial en la práctica?

3) Basado en su experiencia, ¿ha observado si los Notarios en ejercicio cumplen con sus respectivas obligaciones posteriores luego de la autorización del matrimonio?

4) De acuerdo a su experiencia, ¿cuáles considera las causas principales del incumplimiento de las obligaciones posteriores del Notario al momento de autorizar el Matrimonio?

5) ¿Qué soluciones o métodos alternos considera necesarios implementar para lograr el cumplimiento de las obligaciones posteriores del Notario en relación a la autorización del Matrimonio?

6) ¿Sabe usted cuales son las sanciones establecidas por la omisión de Avisos registrales?

7) ¿Cree usted que las sanciones pecuniarias contempladas en la ley son aún positivas o están fuera de la realidad económica y jurídica actual?

8) ¿Cree usted necesario modificar las leyes para imponer sanciones mas drásticas al notario que incumple con sus obligaciones?