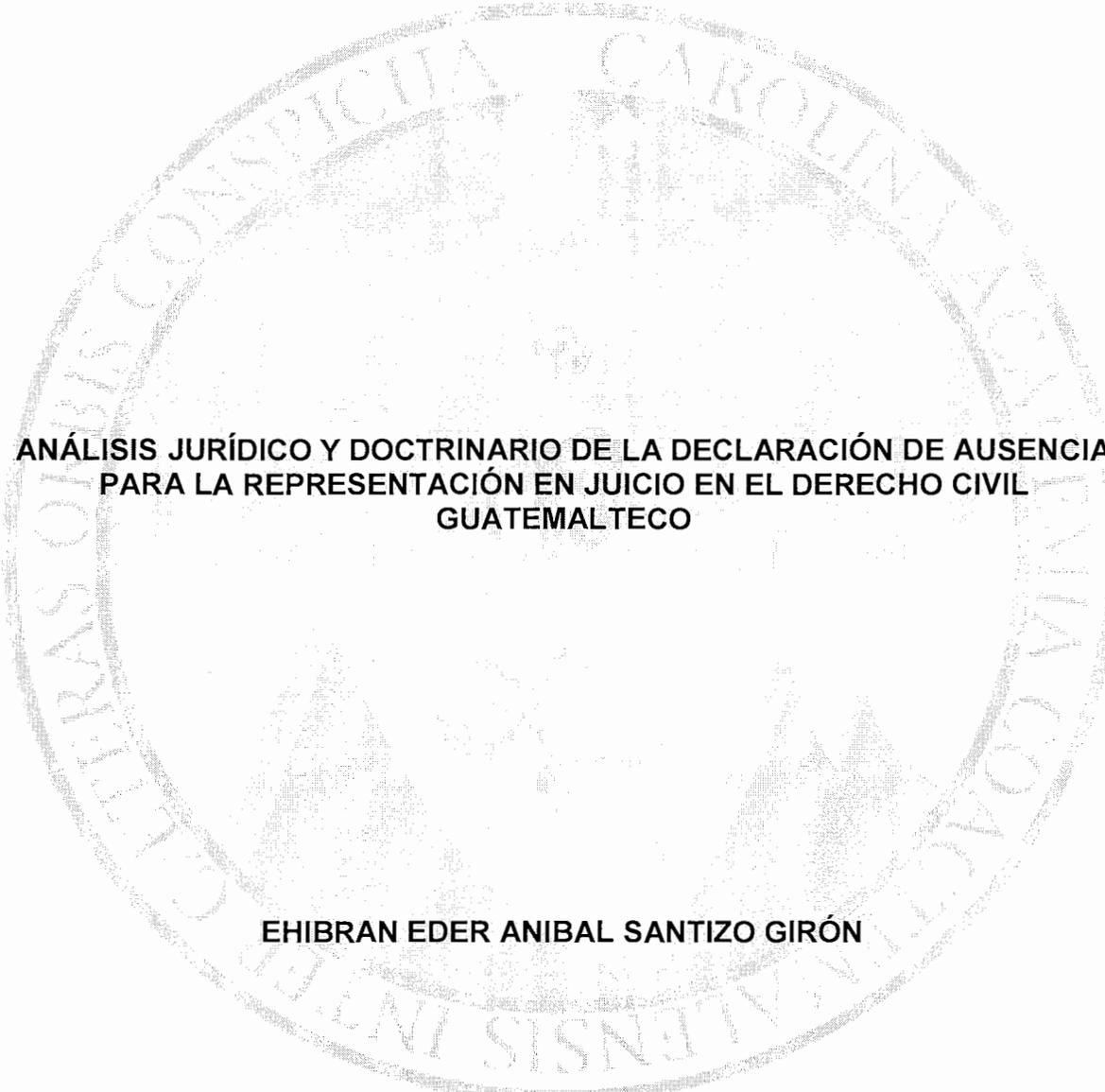


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA
PARA LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO EN EL DERECHO CIVIL
GUATEMALTECO**

EHIBRAN EDER ANIBAL SANTIZO GIRÓN

GUATEMALA, ABRIL 2013

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA
PARA LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO EN EL DERECHO CIVIL
GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EHIBRAN EDER ANIBAL SANTIZO GIRÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Vocal: Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Vocal: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla

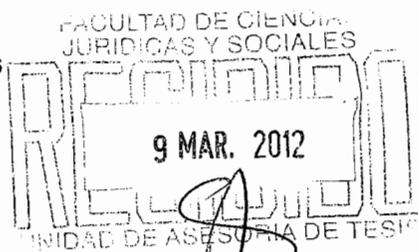
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licda. Rosario Herlinda González Barreno
Abogada y Notaria
Colegiada 9313

Guatemala, 06 de marzo del año 2012

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



Estimado Licenciado Castro Monroy:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha siete de febrero del año dos mil doce, procedí a la asesoría del trabajo de tesis del bachiller Ehibran Eder Anibal Santizo Girón, que se denomina: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA PARA LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se dio a conocer la declaración de ausencia; el sintético, indicó sus características; el inductivo, estableció su regulación legal, y el deductivo señaló la problemática actual. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron los fundamentos jurídicos que informan la declaración de ausencia. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer su importancia para la representación en juicio.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente señala un amplio contenido del tema en estudio.



Licda. Rosario Herlinda González Barreno
Abogada y Notaria
Colegiada 9313

5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la problemática actual.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Licda. Rosario Herlinda González Barreno
Asesora de Tesis
Colegiada 9313
11 avenida 33-21 zona 7 Colonia Lempira
Tel. 24352567





FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de mayo de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : CARLOS RAMIRO CORONADO
CASTELLANOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante:
EHIBRAN EDER ANIBAL SANTIZO GIRÓN. CARNÉ NO. 200311602, intitulado:
"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA DECLARACIÓN DE
AUSENCIA PARA LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO EN EL DERECHO
CIVIL GUATEMALTECO"

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

M. A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
LEGM/jrvch.





LICENCIADO CARLOS RAMIRO CORONADO CASTELLANOS

4º. AV. 3-27, Amatitlan, Guatemala

Teléfono 6633-2391, 5649-5984

Guatemala, 30 de mayo del año 2012

Licenciado

Luis Efraín Guzmán Morales

Jefe de la Unidad de Tesis de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Guzmán Morales



Tengo el honor de dirigirme a usted, con la finalidad de informarle que en resolución de fecha dieciocho de mayo del año dos mil doce, se me designó revisor del trabajo de tesis del estudiante **EHIBRAN EDER ANIBAL SANTIZO GIRÓN** intitulado "**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA PARA LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO**", al respecto me permito hacer de su conocimiento que la investigación en mención, se realizó bajo mi inmediata dirección y se orientó al estudiante sobre las fuentes de información y bibliográficas a utilizar aplicables al tema en estudio, habiendo aplicado las técnicas adecuadas para el correcto desarrollo del trabajo de tesis, razón por la emito el siguiente dictamen:

- a. Considero que el tema investigado por el bachiller Santizo Girón, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión que el mismo no solo reúne los requisitos exigidos por la normativa correspondiente sino que además plantea la problemática consistente en la falta de regulación legal de un procedimiento específico para la atención de los casos de desapariciones, de la ausencia y la declaratoria de muerte presunta en el ordenamiento procesal civil en Guatemala.
- b. La bibliografía empleada por el estudiante Ehibran Eder Anibal Santizo Girón, fue la adecuada, sus conclusiones resultan congruentes con el contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación, habiendo empleado en la investigación el método sintético al resumir la información que realmente se consideró importante, el método deductivo al tener contacto con la realidad actual, posteriormente especificando el tema de investigación y finalmente aplicando el método inductivo en el desarrollo de la tesis.



LICENCIADO CARLOS RAMIRO CORONADO CASTELLANOS

4º. AV. 3-27, Amatitlan, Guatemala

Teléfono 6633-2391, 5649-5984

- c. La investigación refleja la realidad nacional y la necesidad de la regulación de un procedimiento específico para declarar la ausencia o muerte presunta de una persona.
- d. El trabajo de investigación realizado hace notar que hay un aporte científico en materia de Derecho Civil.
- e. La redacción en el desarrollo del trabajo de tesis del bachiller Santizo Girón, a mi criterio, es acorde para hacer entender a los profesionales del derecho y estudiantes de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, la problemática consistente en la falta de un procedimiento específico para la declaratoria de ausencia y muerte presunta.
- f. En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación es por ello que al haber cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, es procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis, considerando conveniente la impresión, para que pueda ser discutido en el examen público.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente,

LICENCIADO CARLOS RAMIRO CORONADO CASTELLANOS
COLEGIADO No. 4454

Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos
ABOGADO Y NOTARIO

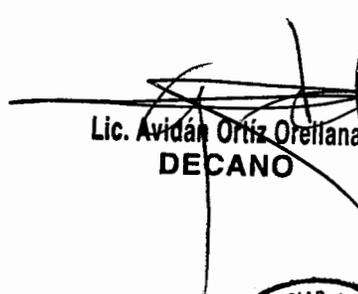


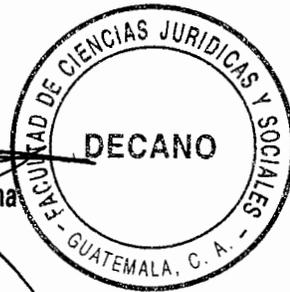
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de febrero de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EHIRAN EDER SANTIZO GIRÓN, titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA PARA LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/ivr



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario 



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser todo poderoso y omnipotente por permitirme alcanzar esta meta tan anhelada y cumplir de esta manera un sueño, iluminando mi camino y dándome la sabiduría necesaria para lograrlo.
- A MI ESPOSA:** Mercy Coronado, por su amor, constante apoyo y compañía en mis noches y madrugadas de desvelo y estudio.
- A MIS HIJOS:** José André y Ariana Daniella, los amo mucho, son mi tesoro, espero ser un buen ejemplo para ustedes.
- A MIS PADRES:** Abraham Teodoro Santizo Velásquez (Q.E.P.D) y Floriselda Girón Girón por haberme enseñado que con humildad, esmero y perseverancia se logra llegar a la meta. Muy especialmente para mi padre que aunque no este conmigo físicamente, se que siempre esta a mi lado y que me esta acompañando en este momento tan especial de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Pamela, Lucy, Gabriela, Kristian, Erick y Heiler.
- A MI ABUELA:** María De La Luz Velásquez Argueta por brindarme siempre su apoyo, consejos y animo para no claudicar y seguir siempre adelante.



A MIS AMIGOS:

Que de una u otra forma, estuvieron en cada etapa de este trayecto.

**A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA:**

Mi alma mater, por abrirme las puertas, darme el privilegio de formarme en sus aulas y poder egresar de tan distinguida casa de estudios.

**A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES:**

Por brindarme el conocimiento necesario para poder ejercer la noble profesión de la abogacía y notariado e inculcarme el principio de retribución a la sociedad.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho de familia.....	1
1.1. La familia.....	1
1.2. Importancia.....	2
1.3. Estado de familia.....	7
1.4. La familia dentro del derecho.....	9
CAPÍTULO II	
2. La protección de la familia.....	17
2.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	17
2.2. Código Civil.....	20
2.3. El matrimonio.....	20
2.4. La unión de hecho.....	21
2.5. La separación conyugal.....	22
2.6. El divorcio.....	23
2.7. El parentesco.....	24
2.8. La paternidad, filiación matrimonial y extramatrimonial.....	25
2.9. La adopción.....	26
2.10. Patria potestad.....	27
2.11. Los alimentos.....	28

2.12. La tutela.....	28
2.13. El patrimonio familiar.....	29
2.14. Las normas del Código Procesal Civil y Mercantil.....	29
2.15. Ley de Tribunales de Familia.....	30

CAPÍTULO III

3. La ausencia y su declaratoria.....	33
3.1. Antecedentes históricos.....	33
3.2. Antecedentes de la declaratoria de ausencia.....	36
3.3. Definición de ausencia.....	36
3.4. Naturaleza jurídica.....	40
3.5. Efectos de la declaratoria de ausencia.....	42
3.6. Los derechos que adquiere el representante del ausente.....	44
3.7. Cese del cargo de defensor judicial del ausente.....	45
3.8. Procedimiento judicial para la declaratoria de ausencia.....	47
3.9. La muerte presunta.....	51
3.10. Diferencias entre la ausencia y la muerte presunta.....	55

CAPÍTULO IV

4. La importancia de la declaración de ausencia para la representación en juicio de acuerdo al derecho civil guatemalteco y la necesidad de que se incluya la institución de la ausencia con presunción de fallecimiento mediante la conformación de un marco normativo.....	57
--	----



Pág.

4.1. Consideraciones generales.....	57
4.2. Importancia.....	58
4.3. La realidad nacional y el juicio de declaratoria de ausencia.....	64
4.4. Solución a la problemática.....	65
4.5. Creación de la normativa reguladora de la ausencia con presunción fallecimiento.....	66
CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	79



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora no solo con el fin de dar cumplimiento a uno de los requisitos que se exigen en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, previo a optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, sino también por el interés que evidenció en quien escribe, respecto a la institución de la ausencia, su declaratoria, y la correlación que existe con la muerte presunta. Los conflictos que se han generado para la sociedad guatemalteca, principalmente derivado de las muertes presuntas por el conflicto armado, y que de alguna manera incide para que el Estado busque mecanismo de solución para estas personas, que necesitan, por derecho, realizar actos relacionados con su estado civil y de la persona que se encuentra ausente, derivado de los bienes y derechos así como obligaciones que deja y que comprende el quehacer del legislador en provocar el examen de la normativa existente, para adecuarla a la realidad concreta y que esta sea útil para la solución de las controversias que se plantean en la vida diaria, como sucede en el presente caso, de tal manera que se propone la solución a la problemática planteada en la ultima parte de este trabajo.

Es por ello, que tomando en consideración lo anterior y para una mejor comprensión del trabajo desarrollado, el mismo se ha dividido en cuatro capítulos: en el primero se establece un análisis general del derecho de familia, antecedentes, concepto y características; en el segundo, se hace un análisis del marco normativo que encierra el derecho de familia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco; tercero, se hace un análisis de lo que significa la ausencia y su declaratoria, las consecuencias para considerar la muerte presunta, efectuando un análisis doctrinario y legal de su regulación en el Código Civil; cuarto, se describe la importancia de la declaratoria de ausencia para representar al ausente en el juicio y la necesidad de incluir la institución de la ausencia con presunción del fallecimiento que se regula en otras legislaciones analizadas, proponiendo la conformación de un marco normativo.



En la realización del trabajo de investigación, se observaron los métodos de análisis y síntesis, así como el deductivo e inductivo, partiendo de la investigación de lo general a lo particular y viceversa, haciendo un análisis de cada uno de los componentes del estudio, como lo son el Derecho de Familia, la institución del Derecho de Familia, la ausencia y las consecuencias que conlleva la muerte presunta, además de efectuar un análisis jurídico y doctrinario de la problemática planteada tomando en consideración la legislación comparada, utilizando las técnicas de investigación consistentes en la lectura, el subrayado y el fichaje.

Por lo expuesto, se cumplieron con los objetivos trazados en el proyecto de investigación aprobado, consistentes en efectuar el análisis jurídico doctrinario de la declaratoria de ausencia y la incidencia en las personas que se ven envueltas en la problemática que ocasiona la falta de un procedimiento específico en el Derecho Civil guatemalteco para ser declarada y la necesidad que se incluya como institución la ausencia con presunción de fallecimiento como lo regulan otras legislaciones; la hipótesis fue afirmada, y los supuestos que condujeron a la investigación a determinar la necesidad de una solución, a través de una propuesta de ley, como se establece en el último capítulo del presente trabajo, que se complementó con las encuestas y entrevistas practicadas a varios profesionales del derecho y que coincidieron con la problemática existente y la necesidad de la regulación de la institución de la declaratoria de ausencia con presunción de muerte. Por último, se incluyen las conclusiones y las recomendaciones en el presente trabajo de investigación.

Este trabajo de investigación constituye un aporte científico y se encuentra dirigido a todos los profesionales del derecho y a los estudiantes de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales para que tomen en cuenta la problemática que genera la falta de regulación de un procedimiento específico para la declaratoria de ausencia y muerte presunta.



CAPÍTULO I

1. El derecho de familia

La familia es una institución muy importante para la preservación de la especie humana, y constituye un elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

1.1. La familia

Los principales lazos que definen a la familia son de dos tipos: los vínculos relacionados con la afinidad que se genera de la misma sociedad, y los vínculos de sus miembros, un ejemplo claro de ello, son aquellos que se generan entre las familias individuales de los esposos, cuando éstos contraen matrimonio.

El más importante es el de consanguinidad, que su mayor expresión se encuentra en la filiación entre padres e hijos, es decir, que se refiere a los lazos que se establecen entre estos, o bien entre hermanos que descienden de un mismo padre.

Para definir la familia se tiene que efectuar un análisis desde distintos puntos de vista, pues no es lo mismo definirla desde la perspectiva de la religión, o de la ley, aunque si se analizan con mayor profundidad los aspectos esenciales, pudieran ser similares. La familia se constituye entonces en la estructura básica de una sociedad organizada, y en que sus relaciones debe regirse por una armonía entre los ciudadanos, a través de un



cuerpo de normas generales que rige para que esas relaciones conlleven a lograr una convivencia armónica entre ellos.

Cuando se interpreta a la familia como una estructura conformada de personas unidas por un lazo de consanguinidad y afinidad que tienen derechos y obligaciones, se realiza una definición de carácter legal, cuyos conceptos y definiciones, así como derechos y obligaciones se pueden encontrar en su esencia en las normas.

Estas normas, las establece el Estado que se encuentra organizado precisamente para brindar bienestar común a los ciudadanos, inmersos se encuentran aquellos que están vinculados entre sí y se refieren a normas que regulan precisamente una convivencia pacífica y permiten en determinado momento, la intervención del Estado cuando surgen conflictos.

1.2. Importancia

Cuando se analiza a la familia desde el punto de vista de lo que ha significado a través de la historia, necesario resulta retomar conceptos tales como que en la época primitiva, el hombre debió obligatoriamente agruparse a fin de distribuir sus alimentos, ya que algunos conseguían un determinado tipo de alimento y otros tenían un alimento diferente; el hecho de agruparse les permitió gozar a todos los hombres de los mismos alimentos.



Esta forma de vivir agrupados, pasó a ser necesaria, tanto para la distribución de alimentos como también para enfrentar los peligros extremos de esa pequeña sociedad.

Como consecuencia de la reproducción, esa sociedad que en un principio fue homogénea, comenzó a ser heterogénea, ya que cada uno de los componentes, al tener descendencia, pretendían también su independencia con respecto a los demás, sin perjuicio de mantener la sociedad original; esto dio origen a la aparición de *gens*, o sea al comienzo de la organización familiar que tenía un jefe *pater* el cual tenía el poder de decisión dentro de la familia.

El aumento del *gens* con el tiempo dio origen a los clanes, un *gens* podía tener varios clanes, ya que los descendientes del *pater* buscaban su independencia dentro del *gens*.

La figura del *pater* que era el que dirigía a todos dio origen en algunos países al rey. Los clanes, con el transcurso del tiempo, dieron origen a lo que hoy se llama familia.

Respecto a lo establecido en el párrafo anterior, aunque pertenece a la ciencia de la sociología, y es motivo de discusión, siendo un tema muy sensible dentro de los estudiosos, existe una postura que sostiene que la promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como, determinar alguna filiación tanto por el matriarcado, con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que ello significó la importancia de una misma mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado



a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera, con la monogamia como ahora es concebida.

El hombre primitivo se desarrolló en tres campos: cuerpo, inteligencia y organización social.

De las primeras dos facetas se conservan pruebas tangibles en su mayoría de cómo se desarrollaron, sin embargo, de la tercera sólo puede hacerse un análisis de modo indirecto, realizándolo por medio de analogías, observando lo que sucede en los modernos grupos primitivos y entre animales evolucionados.

Existen otros autores que refieren que en materia de conceptualización del origen de la familia en el marco jurídico, se tiene que: “Los primeros aspectos jurídicos de la vida primitiva, son los referentes a las costumbres relacionadas con la convivencia sexual, y ligadas a ella con la jerarquía dentro del grupo de los que conviven sedentariamente, o que forman parte del mismo grupo nómada. Los homínidos que son individuos pertenecientes al orden de los primates superiores, cuya especie superviviente es la humana, comienzan su existencia con un prolongado período de ayuda y protección, esto crea una relación social entre la madre y los hijos, surgiendo así alrededor de la madre un grupo social jerarquizado”.¹

En el orden sexual, y la familia, al carecer el hombre de ciclos de actividad sexual, como los demás animales, y vivir con un constante deseo, se hizo necesaria la presencia

¹ Arazi, Rolando. **Derecho procesal civil y mercantil**. Pág. 45.

continua de la mujer junto al hombre, esta circunstancia unida al problema expuesto, pudo ser el origen de una verdadera familia.

“Es seguro, que el hombre del paleolítico haya conocido el sistema exogámico relativo a las normas o prácticas de contraer matrimonio con cónyuge de distinta tribu o ascendencia o procedente de otra localidad o comarca. Es el cruzamiento entre individuos de distinta raza, comunidad o población, que conduce a una descendencia cada vez más heterogénea para los matrimonios de grupo o para sus otras formas de convivencia sexual, este sistema va siempre combinado con ciertos tabúes y con el totemismo”.²

La promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación pasando por el matriarcado con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que ello significó la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, definida como la organización social, tradicionalmente atribuida a algunos pueblos primitivos, en que el mando residía en las mujeres, que se considera como la monogamia y que es relativa a la regla predominante en la sociedad, considerado como el sistema social que hace del matrimonio, la unión de un sólo hombre con una sola mujer.

² **Ibid.** Pág. 46.



Sólo mediante el divorcio es posible una nueva unión. “Se opone a la poliandria, que es el matrimonio de una mujer con varios hombres, y a la poligamia definida como el matrimonio de un hombre con varias mujeres. Es fundamental la base de la familia como ahora es concebida, porque permite la estabilidad de una familia de un solo hombre para una sola mujer, creando condiciones económicas, afectivas de ambos padres en forma constante favorables para los descendientes”.³

“En el devenir del tiempo, a pesar de que existen varios autores que han analizado la familia y su evolución histórica, se resume que no existió una historia de la familia, predominando la forma patriarcal de la familia como la más antigua.”⁴

Los estudios han hecho mayormente difícil aunar criterios a propósito del inicio y desarrollo de la familia, debido a la falta de una secuencia lógica e históricamente uniforme de dicho desarrollo en las regiones y pueblos. En Roma se distinguían, la agnación y la cognación; la agnación era el parentesco transmitido por vía paterna, constitutivo de la familia civil, que en consecuencia integraban los descendientes de un *pater familia*.

La cognación era el parentesco por vía femenina, carente de la mayor significación.

³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil**. Pág. 6.

⁴ **Ibid.** Pág. 45.



1.3. Estado de familia

Se desprende de estas relaciones, una situación en la que se encuentra una persona ante un grupo establecido denominado sociedad, sea como hijo, padre, abuelo, casado, soltero, menor, mayor de edad, nacional o extranjero, es decir un estado de familia.

Del estado de familia, y el rol que juega el sujeto dentro de ella, presupone un doble género de relaciones familiares.

De lo anterior se derivan algunas características que son las siguientes:

“1) Universalidad: el estado de familia es concebido como un atributo a la persona humana, cualquiera sea su emplazamiento familiar, debido a que correlativamente quien no está emplazado en el estado de familia tiene acciones para lograrlo denominadas acciones de estado, y quien se encuentra de esa forma no necesita acudir a estas acciones pudiendo ejercer los derechos emergentes de tal situación; 2) Unidad: la unidad del estado de familia implica que cada individuo es eje de una serie de vínculos, tanto de origen matrimonial como de fuente extramatrimonial; 3) Indivisibilidad: como correlato de la unidad que se atribuye al estado de familia, se sigue su indivisibilidad; cada persona tiene un mismo emplazamiento en el estado de familia, de manera que el hijo legítimo no puede dejar de serlo para determinados parientes; 4) Correlatividad: el estado de familia enlaza relaciones entre uno y otro miembro de aquella. El derecho subjetivo de familia, se ejerce en función de una persona o personas determinadas que, correlativamente, tienen derechos y deberes respecto de

otro sujeto emplazado en el estado de familia; 5) Oponibilidad: el estado de familia da lugar a que sea oponible tanto mediante ejercicio de las acciones que le son inherentes para obtener su reconocimiento si es desconocido, a través de acciones ejercitables contra quienes pretendan vulnerarlo. 6) Estabilidad: el emplazamiento puede modificarse, a través de un acto voluntario en donde se legitima al hijo natural. No obstante, en ciertas circunstancias, la estabilidad característica del estado de familia puede llegar a la inmutabilidad. 7) Inalienabilidad relativa: en cuanto hace al estado en sí, no es jurídicamente admisible su enajenación por acto contractual; por otra parte no se puede enajenar contractualmente las facultades y deberes inherentes al estado de familia, ni cabe la renuncia al estado de familia. Los derechos patrimoniales que fluyen del estado de familia, desde que solamente se trata de intereses privados independientes del estado mismo, son por su parte, enajenables. 8) Injerencia personal: se trata de un estado que atribuye derechos inseparables de la persona misma. Por ello, no se transmiten por sucesión, ni cabe que los terceros ejerzan acciones de estado por vía de la acción subrogatoria, no obstante, esos terceros podrán deducirlas cuando esta en cuestión un aspecto patrimonial emergente del estado.”⁵

La familia tiene una finalidad social, que justifica su protección por el Estado. Teniendo en cuenta que la familia es el núcleo social, cuya preservación, interesa sobremanera a los poderes públicos, en función de la estabilidad institucional y de la educación de los hijos que en la primera época de su vida, esquematizan pautas de conducta que condicionan su futuro como hombre adulto.

⁵ Puig. **Ob.Cit.** Pág. 8.



En la actualidad, la familia es importante en cuanto a que existe una relación de parentesco, todos sus componentes son familiares, y hay dentro de ella una noción de comunidad, y también de solidaridad entre sus miembros; que se aplica en todos los terrenos, afectivo, moral, económico etc.

1.4. La familia dentro del derecho

En primer lugar, conviene señalar que el derecho en general es un conjunto de normas jurídicas, principios, doctrinas e instituciones que regulan las relaciones de los hombres y mujeres, del mismo se dividen disciplinas específicas, como por ejemplo, el derecho civil que regula las relaciones de las personas en relación a su patrimonio esencialmente, aunque también abarca aspectos relacionados con el estado civil.

Sin embargo, existe también el derecho de familia que a través de sus instituciones y normas regula las relaciones interpersonales que surgen entre miembros de un grupo familiar, ya sea por afinidad o por consanguinidad.

El derecho de familia, considerado como: "Conjunto de normas que determinan y rigen los efectos jurídicos de las relaciones familiares y cuya naturaleza jurídica ha provocado una serie de controversias al otorgar autonomía frente al derecho privado, otros parangonándola por aproximación al derecho público, y así se estima que, aunque perteneciendo el derecho de familia al derecho privado, goza de mas proximidad con el derecho público. El derecho de familia es un todo orgánico y es la rama del derecho



civil relativa a los derechos y deberes y en general, a la institución fundamental de familia, que se constituye en toda la sociedad”.⁶

Es un sistema de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, relativas a la paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción y todo lo referente al estado civil de las personas.

Se reconoce que las disposiciones legales sobre la familia, tienen una posición especial, sobre todo en lo que a la obligatoriedad y al formalismo se refiere, más no debe perderse de vista que la familia en sí y las relaciones que de ella se derivan, pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposibles de adecuarse con certeza en el radio de acción del derecho público, y no ameriten crear otra rama del derecho.

Desde un punto de vista práctico, “Quizás no sea conveniente separar el derecho de familia de las demás ramas del derecho civil; pues las relaciones familiares van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión *mortis causa*, y el régimen económico del matrimonio son zonas en las que el derecho de familia y el derecho patrimonial, aparecen unidos en indisoluble consorcio”.⁷

⁶Ossorio, Manuel. **Diccionario De ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 302.

⁷*Ibid.* Pág. 345.

“Se puede considerar que el derecho de familia, pertenece al derecho privado, aunque tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables y tampoco importa que regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son las que se derivan de la patria potestad marital y tutela, pues fundamentalmente se trata de relaciones entre particulares, y que si bien el Estado podrá tener cierta injerencia en la organización jurídica de la familia, por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a la misma se refieran a la estructuración del Estado, a la determinación de sus órganos o funciones, o bien a las relaciones de aquellos con los particulares”.⁸

Existe otro enfoque doctrinario y teórico proporcionado por juristas y doctos en la materia, que sostienen la teoría de la diferenciación del derecho de familia, respecto del derecho público y del derecho privado, antes de penetrar en el fondo de la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de familia, es preciso realizar una previa labor de reajustar los conceptos sobre los que se opera al tratar de diferenciar al derecho público y el derecho privado.

Se han sostenido por los autores y, dos elementos capitales que son el individuo y el estado, llegando a la conclusión de que el primero es considerado en el seno del segundo, y solamente puede ocupar una posición relativa a la de dependencia.

Las voluntades individuales, al mismo tiempo, convergen para satisfacer un interés único superior sobre el particular y asienta como conclusiones las siguientes:

⁸Ibid. Pág. 346.



- a) Que las normas del derecho de familia sin ser de orden publico, si tienen signos coincidentes de este.

- b) Que la normación supletoria específica del derecho de familia, también se observa en otras instituciones que penetran en el campo del derecho privado.

- c) Que esa ostensible autonomía de sus normas no es suficiente para independizar totalmente al derecho de familia de las demás ramas que comprende el derecho privado patrimonial.

- d) Que singularizándose el derecho de familia por la particularidad de sus normas, se destaca de las demás ramas del derecho privado.

Después de haber efectuado un breve esbozo del origen de la familia y del derecho de familia en términos generales, es importante establecer los rasgos característicos que hacen concluir que en primer lugar, debe ubicarse al derecho de familia dentro de las disciplinas jurídicas que integran el derecho público, en vista de que se compone de normas que trascienden la esfera de lo público, pues cuando existe conflicto, el Estado debe intervenir como una obligación legal constitucional.

Se distingue el derecho de familia, porque tiene un fondo ético, porque su normativa se rige en su mayoría dentro del campo de lo moral, de las buenas costumbres, de las tradiciones y se basa además en los derechos inherentes de las personas en su calidad de humanos.

Así también, tiene un predominio de sus relaciones dentro del ámbito de los derechos personales más que de los patrimoniales, tomando en consideración que la familia constituye la base fundamental de la sociedad y que el Estado es el efecto de esta organización social, y que tiene preeminencia o prioridad el interés social sobre el interés individual.

En el país no existían normas que tuvieran características específicas en relación a la normativa que regulara las relaciones familiares.

Existen estudios que han establecido como fuentes del derecho de familia y que trascienden en el caso de Guatemala, o bien, que han influido en su nacimiento que son: 1) el matrimonio, como la institución creada de la relación familiar conyugal, determinando un estado de cónyuges entre las partes; 2) la filiación legítima que crea la relación paterna filial y por ende el Estado de hijo legítimo; 3) la adopción que aproxima e identifica a la persona hasta situarla y considerarla igual a la resultante de una filiación legítima; 4) las relaciones cuasi familiares como la tutela, cuya génesis puede ser por testamento, por parentesco, tutela legítima o por ministerio de la ley; 5) las relaciones familiares impropias, como acontece con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad; 6) la unión de hecho, institución moderna relativamente, cuyos efectos son similares a los del matrimonio.

Se ha demostrado la imperante necesidad de que en el derecho de familia se aplique un procedimiento especializado que lo hiciera más flexible y menos engorroso.



Las argumentaciones contenidas en dicha ponencia hacen referencia a las deficiencias que obstaculizaban la pronta administración de justicia en los asuntos de familia en la jurisdicción ordinaria. Una de las argumentaciones al analizar las deficiencias, se refiere a que el proceso en vigor no permite analizar los problemas desde el punto de vista real, porque impera el carácter del mismo, perdura el sofismo de igualdad de las partes y el formalismo que impone a la justicia.

No se enfocan los problemas familiares como humanos, sino como un asunto más de los múltiples que se representan ante el juez y especialmente porque en su estructura actual no se contempla la existencia de entidades especializadas que aporten a la administración de justicia, los datos y hechos de observación real que son esenciales para el exacto conocimiento de los problemas familiares.

Existe la necesidad de contar con entidades especializadas que participen en la administración de una justicia real, y más acorde con los problemas familiares con el objetivo de que el derecho de familia les otorgue un sentido hondamente social.

Para entonces, el derecho de familia solamente se concebía como una mera técnica legal aplicada por los tribunales ordinarios de lo civil, que trataban las cuestiones familiares como cualquier otro problema relacionado con su ramo.

El juez de familia debe tener características muy especiales, porque su decisión se vierte al porvenir detrás de la familia, en donde existe el niño, en el cual esta interesada la colectividad, sobre el futuro ciudadano, y es sobre el futuro de ese niño que la



decisión judicial influirá.

Se ha visto que el derecho de familia excede el campo del derecho privado y esto sucede no solo desde el punto de vista sustantivo, sino también desde el adjetivo, quiere decir, que el derecho procesal en relación con la familia, debe informarse también en los mismos principios de protección y tutela.

Sin embargo, en Guatemala, como en muchos otros países, todos los asuntos de familia, con materia propia de un tipo de proceso que es completamente insuficiente, se encuentran basados en principios propios del individualismo liberal que con un carácter acentuadamente formalista, son igualmente aplicables a cuestiones de índole patrimonial.

Lo anterior constituye una enorme deficiencia que trae graves consecuencias para la sociedad y que impide que el Estado preste a la familia la protección que como grave deber le imponen los principios de la mas alta doctrina jurídica, incorporados en los preceptos constitucionales.





CAPÍTULO II

2. La protección de la familia

Es fundamental brindar protección jurídica al grupo familiar de la sociedad guatemalteca.

2.1. Constitución Política de la República de Guatemala

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

En cuanto a la anterior norma de rango constitucional, conviene establecer que el hecho de proteger a la persona y a la familia es un deber del Estado, y que encierra como queda establecido no sólo a la persona sino a la familia guatemalteca, y es un principio que debe desembocar en una serie de normas de carácter ordinario que den cumplimiento a este precepto, de carácter dogmático.

La Constitución Política de la Republica, contiene una serie de normas supremas que desglosan en cuerpos legales normas de carácter ordinario, sin embargo, también deja plasmado en el Artículo 46 la preeminencia del derecho internacional fundamentalmente del derecho internacional de los derechos humanos.



La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, y reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

Dentro de los derechos humanos que incluyen los derechos individuales establecidos en la Constitución Política que tienen relación con el derecho de familia y el derecho de los niños, se encuentran:

- a) Derecho a la vida: según el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.
- b) Derecho de petición: el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “Los habitantes de la República de Guatemala, tiene derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que esta obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”.
- c) Libertad de religión: el Artículo 36 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición.

d) Derechos inherentes a la persona humana: se establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución Política no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.

e) Preeminencia del derecho internacional: se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, tal como lo establece el Artículo 46 de la Constitución Política.

f) Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia, y el Artículo 47 de la Constitución Política indica: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

g) También son de importancia: la unión de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos, y acciones contra causas de desintegración familiar.

Todo lo anterior, se encuentra regulado en los artículos 48 a 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

h) Se establece: el derecho a la cultura, educación, deporte, salud, seguridad y asistencia social al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia, que es el eje de toda sociedad.

2.2. Código Civil

En el libro I Título II del Código Civil se encuentra lo relativo a la familia y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se dan en los varios asuntos.

2.3. El matrimonio

Entre el matrimonio y la familia se cuenta con bienes muy valiosos en la humanidad.

El matrimonio etimológicamente significa carga, gravamen, o cuidado de la madre, viene de la palabra matriz y *minimum* que significa carga o cuidado de la madre mas que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio.

El Código Civil regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, y sus efectos, y se encuentra regulado en los artículos 78 al 172 del Código Civil.



2.4. La unión de hecho

Se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por mas de tres años y tiene los mismos efectos jurídicos sociales que el matrimonio. Se regula de los artículos 173 al 189 del Código Civil.

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

La declaratoria de unión de hecho se hará constar ante alcalde quien faccionará acta o bien escritura pública o acta notarial si fuere requerido ante notario, esto cuando no existe controversia; ya que si existiere oposición o hubiere fallecido la otra persona debe ser solicitado ante un juez de familia en la vía ordinaria, de conformidad con los artículos 174 y 178 del Código Civil; y 96 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La cesación de la unión de hecho debe hacerse ante el Juez del ramo de familia del domicilio de los convivientes o ante notario, cumpliendo con presentar el proyecto de convenio establecido para el divorcio por mutuo acuerdo y para el divorcio por causa determinada. Se regula en los artículos 163, 165, y 183 del Código Civil.



Además se tramitan por la vía ordinaria la insubsistencia y nulidad de matrimonio; las controversias relacionadas con las capitulaciones matrimoniales; oposición en los casos de reconocimiento de preñez o de parto; y oposición a la constitución del patrimonio familiar.

2.5. La separación conyugal

La separación es: “Una situación en que se encuentran los casados, cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla. Esa separación puede ser simplemente de hecho, producida por el mutuo acuerdo entre los cónyuges, o por el abandono que uno de ellos hace del hogar conyugal. Pero a esa situación se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una causa de divorcio. En las legislaciones en que el divorcio lleva consigo la ruptura del vínculo no se produce una mera separación, sino la disolución total del matrimonio, y de ahí que el concepto de separación esté más bien referido a las legislaciones que no admiten el divorcio vincular, en que queda subsistente el matrimonio e interrumpida tan sólo la convivencia y la cohabitación”.⁹

La separación que de conformidad con la doctrina es el divorcio no vincular y que debe ventilarse por la vía ordinaria cuando se dan las mismas causales del divorcio que se encuentran reguladas en el Artículo 155 del ordenamiento sustantivo civil debe solicitarse por el cónyuge inculpable.

⁹Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 702.



2.6. El divorcio

“El divorcio es la ruptura del vínculo conyugal pronunciado por un fallo, ya por solicitud conjunta de los esposos como ocurre en el divorcio por consentimiento mutuo, ya a causa de la ausencia de comunidad de vida, o por causa de la falta cometida por uno de los cónyuges.”¹⁰

“Divorcio es un estado civil especial entre los divorciados por cuanto se originan restricciones a sus respectivas capacidades para contraer nuevo matrimonio, produciéndose además otras consecuencias en cuanto a la patria potestad y a la custodia de los hijos.”¹¹

“Lo malo del divorcio no es, en realidad, el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio. Nadie puede negar con fundamento que en las esferas sociales más elevadas y sobre todo, en ciertos medios artísticos, el divorcio se ha convertido en un procedimiento cómodo. El remedio de esta desmoralización no se encuentra sin embargo en la supresión del divorcio, si no en darle una regulación legal que, de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas evite los abusos humanos, y no permita en consecuencia, obtenerlo si no cuando realmente pueda constituir la solución de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible.”¹²

¹⁰ **Ibid.** Pág. 703.

¹¹ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano.** Pág. 742.

¹² De Pina Vara. **Elementos del derecho civil mexicano.** Pág. 341.

El divorcio por causal determinada se denomina divorcio vincular o sanción que solicita el cónyuge inculpable, o sea quien no haya dado causa para el divorcio.

Las causales que dan lugar al mismo se encuentran regulados en el Artículo 155 del Código Civil.

2.7. El parentesco

“El parentesco es el lazo de unión entre dos personas que descienden unas de otras, o de un autor común.”¹³

La paternidad puede definirse como el vínculo natural, legal y moral que une al padre con su hijo. “Filiación proviene del latín *filius*, hijo, y sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinan por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.”¹⁴

Se entiende como el vínculo que liga a una persona como otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco consanguíneo por alianza, afinidad, o voluntad. Se regula en los artículos 190 a 198 del Código Civil.

¹³Boneccase, Julián. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 258.

¹⁴Zannoni, Eduardo. **Derecho de familia**. Pág. 284.

2.8. La paternidad, filiación matrimonial y extramatrimonial

Se encuentran reguladas del Artículo 199 al 227 del Código Civil. El derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos y recíprocamente que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, en cuanto al contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y maternidad.¹⁵

La doctrina reconoce las siguientes clases de filiación:

- a) Filiación matrimonial o legítima: es la concebida durante el matrimonio, aun cuando sea declarado insubsistente, nulo o anulable, que se encuentra regulada en el Artículo 199 del Código Civil.
- b) Filiación cuasi matrimonial o legitimada: es la del hijo de unión de hecho que ha sido declarada y registrada, la cual se regula en el Artículo 182 numeral 1° del Código Civil.
- c) Filiación extramatrimonial o ilegítima: es la del hijo fuera del matrimonio o de unión no declarada y registrada, establecida en el Artículo 209 del Código Civil.

¹⁵Bonnecase. **Ob.Cit.** Pág. 258.

d) Filiación adoptiva: es la del hijo que es tomado como propio por la persona que lo adopta, y ello se encuentra regulado en el Artículo 228 del Código Civil.

Dentro de las formas de reconocimiento, se encuentran:

a) Voluntario en los siguientes casos: 1. En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil; 2. Por acta especial ante el mismo registrador; 3. Por escritura pública; 4. Por testamento; 5. Por confesión judicial.

b) Judicial: cuando debe hacerse la declaratoria de filiación, cuyo derecho nunca prescribe, mismo que puede ser seguido por los herederos si la acción fue iniciada al tiempo del fallecimiento o intentarla si el hijo falleciere durante su minoría de edad, de conformidad con el Artículo 220 del Código Civil.

La filiación solamente debe entablarse en vida del padre o de la madre, de conformidad con el Artículo 224 del Código Civil salvo que el hijo fuere póstumo.

2.9. La adopción

Tal como lo indica el artículo 228 del Código Civil, la adopción es el “Acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que se hijo de otra persona.”



Se encontraba establecida en el Código Civil, del artículo 228 al 251. Sin embargo, con la entrada en vigencia del Decreto 77-2007 del Congreso de la República, se ha creado un marco normativo más completo respecto a esta institución.

Se entiende por adopción una filiación adoptiva, ambos son conceptos similares que explica la doctrina y que corresponde al acto jurídico mediante el cual, se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de manera que se establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad, y de allí su importancia, pues de conformidad con la Constitución Política de la República, los hijos adoptivos o adoptados o no tienen los mismos derechos que los hijos naturales en relación a los padres.

Se ha dicho que la adopción como tal se veía como un acto de caridad, hoy en día, la adopción se conceptualiza diferente, principalmente por la conformación de la nueva normativa, que establece los derechos y obligaciones de los padres adoptantes, del hijo adoptado y regula el funcionamiento de las instituciones que cuentan con niños que podrían ser objeto de adopción, lo cual ofrece una mayor garantía para los niños de un control estatal un poco más definido que como se encontraba anteriormente.

2.10. Patria potestad

Esta es otra institución muy importante en el derecho de familia. Se refiere al ejercicio de la patria potestad por los padres exclusivamente, y que conlleva un conjunto de derechos y obligaciones o deberes que la ley reconoce a los padres sobre las personas



y bienes de sus hijos, mientras que estos son menores de edad, o cuando son mayores, pero que se encuentran en estado de incapacidad.

El objeto es permitir el cumplimiento de aquellos deberes de sostenimiento y educación de los hijos.

Por lo tanto, se entiende como el conjunto de facultades y derechos de quienes la ejercen con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes de los menores hijos, se regula en los artículos 252 al 277 del Código Civil.

2.11. Los alimentos

En términos generales, cuando se describen los alimentos, estos se constituyen en sustancias necesarias para el mantenimiento de los fenómenos que ocurren en el organismo sano y para la reparación de las pérdidas que se sufren, sin embargo, este concepto es totalmente distinto al concepto legal, tal como lo establece el Artículo 278 del Código Civil: “La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad”.

2.12. La tutela

Es una institución que forma parte del derecho de familia, creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad y de las personas incapacitadas para gobernarse por si mismos, se regula en los artículos 293 al 351 del Código Civil.



Es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona y sus bienes solamente de los bienes o de la persona, de quien no estando bajo el ejercicio de la patria potestad, es incapaz de gobernarse por si mismo, por ser menor de edad, o bien por ser mayor de edad, pero que hubiere sido declarado incapacitado judicialmente.

2.13. El patrimonio familiar

Como lo establece el Artículo 352 del Código Civil: “Es la institución jurídico social por la cual se destina uno o mas bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familiar”. Se regula de los artículos 352 al 368 del Código Civil.

2.14. Las normas del Código Procesal Civil Y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil regula aspectos ligados al proceso, al procedimiento, es decir, hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el Código Civil y al respecto conoce:

- a) Del juicio ordinario: la jurisdicción ordinaria es la que regula los casos en general que no tengan señalado un procedimiento especial, como por ejemplo, el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio, la acción judicial de paternidad y filiación, etc.
- b) Juicio oral: dentro de las características fundamentales del proceso oral, se encuentra que el mismo se sustancia por medio de la palabra y tiene la finalidad de obtener la declaración de voluntad a través del cumplimiento de los principios de



celeridad, economía, publicidad, oralidad, concentración e intermediación, etc.

Entre los asuntos que se tramitan por esta vía se encuentran los de menor cuantía, los de ínfima cuantía, los relativos a la obligación de prestar alimentos, la rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta la obligación legal o por medio del contrato.

c) Juicio ejecutivo en la vía de apremio: este juicio al igual que los demás procesos de ejecución, va dirigido a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena y entre sus principales características se encuentra que es coercitivo, su trámite es abreviado y debe existir un título ejecutivo.

El título ejecutivo debe entenderse como el documento que apareja ejecución, porque prueba por si mismo la certeza del derecho u obligación cuya observancia se reclama.

Para el caso del derecho de familia, se puede citar por ejemplo lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

2.15. Ley de Tribunales de Familia

Esta ley especifica que regula aspectos relativos al derecho de familia. Como lo indica el Artículo 3 de la Ley, se encuentran constituidos los tribunales de familia por:



- a) Juzgados de familia que conocen de los asuntos de primera instancia.

- b) Por las Salas de Apelaciones de Familia que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia.

- c) Juzgados de paz, a manera de prevención, debiendo posteriormente remitir lo actuado al Juzgado de Primera Instancia de Familia de la cabecera departamental.





CAPÍTULO III

3. La ausencia y su declaratoria

Es fundamental el estudio jurídico y dogmático de la ausencia y de su declaratoria de conformidad con el derecho civil guatemalteco.

3.1. Antecedentes históricos

Para abordar el tema de la historia o los orígenes que ha tenido la institución que es objeto de análisis, se consideró esencial remontarse al derecho romano que señala que no existió una doctrina sistemática sobre la ausencia, ya que solamente de forma aislada se encuentran algunas disposiciones como en el Digesto.

“La característica principal del derecho romano estriba en que no se presumía muerta a una persona mientras no se probase, y por tanto no se abría sucesión hereditaria, se y se entregaban los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos del ausente. Mientras duraba la ausencia parece aceptable la hipótesis de creer que se nombraría un curador especial”.¹⁶

En el derecho germánico, que por el contrario, presumía la muerte después de haber transcurrido un lapso de tiempo relativamente breve, no se establecía cura tutela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos,

¹⁶ Puig. **Ob. Cit.** Pág. 310.



lo entregado constituyó una posesión especialísima, que luego se consolidaba por el transcurso del tiempo.

Durante la Edad Media varias circunstancias como las cruzadas, las constantes guerras, etc., contribuyeron a que constantemente se dieran los supuestos de la ausencia; y no se encontró una doctrina sistematizada en el derecho romano, se idearon algunas soluciones, como la formulada por los estatutarios de la presunción de muerte, transcurridos cien años. En el siglo XVI los jurisconsultos italianos sistematizaron la ausencia y ha sido inspiración para las legislaciones modernas.

En la historia del derecho español se hace referencia a las leyes de partidas, las cuales son de índole más procesal que civil, y ordenan el nombramiento de un curador o administrador para los bienes del ausente cuando éste fuera demandado, estableciendo que si el ausente se marchó a tierras lejanas y existe fama pública de que ha muerto, bastan diez años de ausencia; pero si marchó a tierras cercanas donde no era difícil averiguar la verdad directamente y la fecha de la muerte o si la ausencia no excedía de cinco años, entonces no basta la prueba de fama pública.

Otra ley ordenaba la provisión de curador al ausente cuando fuera demandado. Cuando se empezó a codificar las leyes, fue en la ley hipotecaria, en la que se estableció como título inscribible en el Registro de la Propiedad la ejecutoria en que se declaraba la presunción de muerte del ausente; la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, consagró un título a regular la administración de bienes del ausente.



Modernamente existen dos sistemas legislativos, siendo los mismos el sistema latino o francés que deviene de las concepciones del Código de Napoleón, donde se distinguieron tres períodos en la ausencia: el de presunción de ausencia, ausencia declarada con posesión provisoria y la posesión definitiva.

Durante el período de presunción de ausencia se toman sólo medidas provisionales; en la ausencia declarada se entregan los bienes a determinadas personas. Finalmente al llegar a la posesión definitiva es necesario el transcurso de determinados plazos que precisamente por tener una extensión excesiva, hacía la institución arcaica e inservible.

El sistema germánico, recogido por el código alemán y el suizo, se distingue la simple ausencia material.

En la simple ausencia material, el derecho alemán posibilita las medidas provisionales nombrándose una especie de curador de los bienes.

En la desaparición, o sea, en la propiamente llamada ausencia, se distingue entre la simple desaparición y la desaparición con peligro grave para la vida del individuo, lo que se llamaba ausencia cualificada.

“En la simple desaparición, transcurrido el plazo de diez años, habría de declararse como presunto muerto, plazo que se redujo a cinco cuando se trata de personas ancianas mayores de 70 años, y por consiguiente con menos posibilidades de subsistir.

En caso de ausencia cualificada, se reducen aún los plazos; así, en los casos de guerra



y siniestro, el plazo es de tres años y en los de desaparición por naufragio, el de un año a contar desde la catástrofe”.¹⁷

3.2. Antecedentes de la declaratoria de ausencia

Ante la necesidad de una institución supletoria que protegiera con carácter de perentorio los bienes del ausente, sus relaciones familiares, para velar por el cumplimiento de sus obligaciones y derechos civiles, cuando no dejaba representante legal o voluntario con facultades suficientes para que se encargara de esos asuntos, se hizo necesario el surgimiento de la declaratoria de ausencia, mediando para ello instancia de parte de quien tenga interés o del Ministerio Público, en la sociedad guatemalteca es por la Procuraduría General de la Nación.

El poder que se confiere a los defensores judiciales del ausente es exclusivamente, según la ley, para amparar y representar al desaparecido en juicio o en los asuntos de urgencia; no es un poder general, sino únicamente reducidos a esos supuestos.

3.3. Definición de ausencia

El Diccionario de la Real Academia Española, define: “Ausencia. Acción y efecto de ausentarse o estar ausente. Tiempo en que alguno está ausente. Falta o privación de alguna cosa. Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora.”¹⁸

¹⁷ **Ibid.** Pág 312.

¹⁸ Barrios Castillo, Oscar. **El juez de familia.** Pág. 105.

“Ausencia es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante”.¹⁹

Ausencia es el estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida, sin haberse vuelto a saber más de ella.

Es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

Para que se considere legalmente ausente a una persona se requiere lo siguiente:

- a) Ignorar el paradero de una persona, de su residencia ordinaria, o sea su sede jurídica en la cual pueda ejercer sus derechos y obligaciones.
- b) Que exista la necesidad de que el ausente deba apersonarse, y no haya dejado mandatario legalmente constituido con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante o bien defender los derechos en juicio del mismo.

Esto se encuentra regulado en los artículos: 43, 1692, y 1693 del Código Civil; 188, 190, y 191 de la Ley del Organismo Judicial.

¹⁹Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 42.



c) Incertidumbre, que es una característica imprescindible, o sea la duda sobre la existencia de una persona, por no tenerse noticias de la misma durante un tiempo prolongado o por otras circunstancias.

En la ausencia si la persona vive, aun existe una leve duda acerca de su existencia, mientras con la muerte presunta, existen elementos indicadores que la persona cuya declaración de fallecimiento se desea obtener, ha muerto.

d) La ausencia declarada judicialmente es una cualidad jurídica del individuo que modifica la capacidad jurídica y de obrar, es la confirmación de la situación de incertidumbre.

Debe inscribirse tal declaratoria en el Registro General de la Propiedad, si hubiere bienes, a fin de proteger los intereses familiares, patrimoniales o de otra índole del ausente frente a terceros. Esta situación se encuentra regulada en los artículos: 369, 418, 423, y 1149 numeral 4º del Código Civil.

"Los civilistas españoles coinciden, al iniciar el estudio de esta materia, en afirmar que la expresión ausencia se contrapone a la de presencia, que la ausencia es la no presencia".²⁰

"Se llama ausente, en sentido genérico, al que está fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia. Pero, en sentido técnico, ausente es el que desapareció,

²⁰ **Ibid.** Pág. 42.

ignorándose su paradero y dudándose de su existencia, la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona.”.²¹

Este concepto de la ausencia tiene a su vez dos modalidades: “Ausencia propiamente dicha y desaparición, la desaparición se caracteriza por la circunstancia del peligro que la acompañó, circunstancia que falta en la ausencia propiamente dicha.”.²²

“No solo el elemento o condición de la persona que se ignora su paradero, es lo que constituye la ausencia”.²³

La ausencia también la constituye el peligro eventual, al que una persona desaparecida está expuesta, sobre todo en una sociedad en la que los niveles de delincuencia dejan pensar dicha situación.

Es decir que al elemento de que una persona haya desaparecido por un término más o menos largo, hay que agregar el que la presunción de su existencia resulta incierta.

Y es esta situación la que exige que se adopten medidas para la custodia y administración de los bienes del ausente; y que puedan ser distintas según que el mismo haya dejado, o no, apoderado.

²¹Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 46.

²²Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Pág. 91.

²³Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 73.



Anteriormente se definía como ausente al individuo cuyo paradero se ignoraba, o que se hallara fuera de la República, y que no hubiese dejado a nadie encargado de sus asuntos. Por lo que se le nombraría defensor en caso necesitara contestar demandas.

Se consideraba ausente al que se hallara fuera de la República, y tiene o ha tenido su domicilio en ella, y también la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

“Se enfocan tres clases de ausencia, la material y la simple contempladas en el precepto legal antes indicado, es decir que ausencia material es cuando se sabe el paradero de la persona, siendo el primer enunciado de la norma legal y la ausencia simple contenida en el segundo enunciado que supone la ignorancia del paradero de la persona y la tercera clase de ausencia es la calificada, que se refiere a la desaparición de la persona con ocasión de un siniestro por ejemplo terremoto, incendio, actos terroristas etc”.²⁴

3.4. Naturaleza jurídica

Al darle lectura a los criterios de tratadistas y estudiosos sobre las instituciones del derecho de familia y lo que representa no hay un acuerdo entre los tratadistas del derecho civil con respecto a la naturaleza jurídica de la ausencia, ya que se refieren a ello como un aspecto de la relación de la persona con un lugar o del espacio, o por lo que es igual, al aspecto negativo de la relación con el domicilio o sede jurídica de la

²⁴Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 308.

persona; otros como un modo de extinción presuntiva de la personalidad humana lo hacen como una incapacidad de hecho por la imposibilidad en que se encuentra el ausente de ejercer personalmente los actos de la vida civil; y como una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar y otros lo consideraban como un estado civil o situación jurídica especial, toda vez que sólo mientras existe la incertidumbre de su existencia dura la incapacidad jurídica, sin embargo el ausente puede ejercer su capacidad de obrar, ejerciendo sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones en el momento que se presente personalmente o por medio de apoderado con facultades suficientes”.²⁵

En realidad es un estado civil o situación jurídica especial que provoca la necesidad de una institución supletoria que se encarga del ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones del ausente, como sucede con el representante a fin de que no queden en el abandono y que una vez aparezca el ausente o un mandatario con representación suficiente, recobra sus derechos y obligaciones.

Para los efectos procesales, la institución de la ausencia tiene carácter supletorio en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones de la persona declarada ausente, para cuyo efecto se nombra un tercero que los ejercite en defecto del ausente, a fin de asegurar su patrimonio o intereses familiares.

Por la naturaleza jurídica de cualquier instituto de derecho se entiende lo que constituye la esencia de ese instituto, es decir, lo que es en sí. La naturaleza jurídica de la

²⁵Ibid. Pág. 310.

ausencia es ser un instituto del derecho civil, por medio del cual se establece el desconocimiento del paradero de una persona, cuyo objeto principal es la declaración legal de ausencia de la persona con el propósito de nombrar defensor judicial al ausente para cuidar de los que han quedado sin amparo o de la carencia de administración.

De tal manera que la naturaleza en sentido general de ausencia, se da en la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. También ausente, para los efectos legales, es la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

3.5. Efectos de la declaratoria de ausencia

Pueden ser de distintas clases, siendo las mismas las que a continuación se dan a conocer y explican brevemente:

a) Patrimoniales: dentro de los más importantes se encuentran:

- A través de un mandatario se ejercita la representación y respecto del patrimonio, con el objeto de su conservación, el cual debe estar legalmente constituido o mediante un defensor específico nombrado judicialmente, como lo regulan los Artículos 43 y 47 del Código Civil.

- Administración de los bienes que puede ser solicitada y ejercida por el cónyuge e hijos del ausente, y a falta de ellos por los parientes consanguíneos, en el orden de sucesión de conformidad con los Artículos 55, 1079 y 1080 del Código Civil.

- Los parientes tienen derecho a hacer suyos los frutos naturales y civiles de los bienes que administran. Esto se encuentra regulado en el Artículo 59 del Código Civil.

- El guardador o administrador con autorización judicial podrá adquirir bienes o derechos por sucesión u otro título gratuito, debiendo para el efecto ampliar la garantía prestada por los nuevos bienes que se adquieren, dentro de los quince días, tal como se preceptúa en el Artículo 61 del Código Civil.

- Se reputa vivo al ausente, para el efecto de adquirir bienes en cualquier título, mientras no se haya decretado la posesión definitiva de sus bienes.

b) Familiares: estos pueden ser:

- La representación conyugal se ejercerá individualmente, por declaratoria de ausencia, de conformidad con el Artículo 115 numeral 2º del Código Civil.

- Cuando las personas llamadas a dar el consentimiento para el matrimonio de los que son menores de edad se encuentren ausentes, el juez del domicilio podrá suplir el consentimiento. Esto se regula en los Artículos 83 del Código Civil y 425 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- El cónyuge del ausente puede solicitar el divorcio para contraer nuevo matrimonio, como se determina en los Artículos 77 y 155 numeral 4º del Código Civil.

- Tal como se regula en el Artículo 273 numeral 1 del Código Civil, el cónyuge del ausente tendrá de modo exclusivo la patria potestad de los hijos menores con todos sus derechos y obligaciones.

- Respecto al caso que se regula en el Artículo 293 del Código Civil de ya no existir el otro cónyuge se le deberá nombrar tutor al hijo o hijos del ausente.

- El cónyuge del ausente puede solicitar el reconocimiento de su preñez ante el juez de familia, como se determina en el Artículo 435 del Código Procesal Civil y Mercantil.

c) Sociales: el caso de participar en sociedades, corporaciones, o asociaciones que conlleve el hecho de que se pueda sufrir o no alteraciones o extinguirse según se disponga en el instrumento constitutivo o estatuto correspondiente.

3.6. Los derechos que adquiere el representante del ausente en juicio

De conformidad con la realidad y la ley, estos son:

- Administrar los bienes a favor del ausente por cualquier título, ya que para este efecto se reputa vivo, circunstancias que se regulan en los artículos 61, y 62 del Código Civil

- El Artículo 1,100 del Código Civil se refiere en el caso de heredar, lo cual se hará por medio de su representante legítimo y en su defecto, el juez a petición de cualquier persona capaz o de la Procuraduría General de la Nación, le nombrará su representante o sea su defensor judicial.

- El hecho de aceptar una donación, lo cual se encuentra regulado en el Artículo 1861 del Código Civil.

- Para ejercer la acción de nulidad, cuando no se han cumplido con los requisitos que la ley establece, será ejercida por el defensor judicial o la Procuraduría General de la Nación, lo cual se prevé en el Artículo 1311 del Código Civil.

- Como lo indica el Artículo 1691 del Código Civil respecto al derecho de otorgar poderes especiales: el representante del ausente sólo puede otorgar poderes especiales, para asuntos determinados que no pueden ser atendidos por él personalmente.

3.7. Cese del cargo de defensor judicial del ausente

Este cargo es público y termina si se suscitan los siguientes supuestos:



El artículo 46 literal a) del Código Civil regula que desde que termine el litigio en que se le nombra.

El cargo de defensor judicial deberá finalizar desde el momento que termina el litigio para el cual fue nombrado, pues tal nombramiento es limitativo y específico para representar los intereses del ausente dentro del proceso para el cual fue nombrado, de lo contrario el representante judicial podría hacer uso de su nombramiento en cualquier asunto judicial, lo cual eventualmente podría ser en desmedro de los intereses del ausente

El Artículo 46 literal b) y 49 del Código Civil establece que desde que se provea de guardador de bienes al ausente.

Si existe bienes que deban ser administrados, deberá nombrarse un guardador o administrador de los mismos, de tal suerte que éste deberá asumir la representación judicial del ausente, en sustitución del defensor específico y depositario provisional, en virtud de tener mejor derecho que cualquier otra persona para ejercitar la defensa de los intereses del ausente, y puede representarlo en toda clase de asuntos en que tenga interés.

El supuesto que se regula en el Artículo 46 literal c) del Código Civil indica que desde que el ausente se apersona por si o por medio de apoderado, cuando el ausente reaparece el mismo responderá por sus obligaciones y por supuesto tiene derecho a que en caso de existir bienes le sean entregados; y si nombrare apoderado que pueda

representarlo, el mismo tiene mejor derecho para poder representarlo judicialmente si tiene facultades suficientes para ello.

3.8. Procedimiento judicial para la declaratoria de ausencia

Se encuentra regulado en los artículos 401 al 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, los cuales establecen los requisitos indispensables para iniciar, gestionar, diligenciar y declarar la ausencia de una persona.

La declaración de ausencia legal se tramita por los actos de jurisdicción voluntaria, que comprende uno de los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de juez sin que esté promovida ni se promueve cuestión alguna entre partes determinadas.

El juez competente para estos asuntos es el de primera instancia del último domicilio del ausente, de conformidad con el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil; asimismo los Artículos 24 y 403 del mismo cuerpo legal estipulan que corresponde conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria a los jueces de primera instancia.

Dentro de los requisitos de la primera solicitud, estos deben ser los siguientes:

- Debe formularse por escrito, y llenar los requisitos de toda primera solicitud, de conformidad con los Artículos 29, 61, 79, 106 y 108 del Código Procesal Civil y Mercantil. Debe acompañar los mismos documentos que presenta ante notario, cuando

el trámite es extrajudicial, que conduzcan a probar los siguientes extremos: a) Que se tiene derecho a promover la cuestión, se debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda. Por otra parte, debe establecerse el interés por el cual se promueve la cuestión o que se tenga derecho en el asunto, pues de lo contrario el juez rechazará de oficio la solicitud. b) El hecho y el tiempo de la ausencia, pueden comprobarse con certificación extendida por el director general de migración; o bien, por declaración testimonial de personas u otro medio idóneo que acredite tal circunstancia. c) La circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor de edad o incapacitado. d) Que oiga a la Procuraduría General de la Nación, por tratarse de un asunto que se refiere a persona ausente, de conformidad con el Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil

- Tramitación: el juez dará trámite a la solicitud, nombrará un defensor judicial que tendrá a su cargo exclusivamente la representación del presunto ausente y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario que podrá ser el mismo defensor, de conformidad con el Artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- El juicio oral es el que se intentó implementar en los asuntos relativos a familia, Decreto Ley 206 del Jefe de Estado Enrique Peralta Azurdía, con fecha siete de mayo de 1964 y que inició su vigencia el uno de julio del mismo año; pero el mismo sólo quedó plasmado en el proyecto-ley, lo que se pretendía es que existiera celeridad en el procedimiento y con ello contribuir a la economía procesal tutelando al más débil que la

mayoría de veces carece de recursos económicos como para soportar un proceso tardado.

El juicio oral, público, contradictorio y continuo, se presenta como el mecanismo más apto para elaborar la reproducción lógica del hecho; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el juez forme un recto y maduro convencimiento; como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes la oportunidad para defender sus intereses.

En el juicio oral la inmediación es uno de los principios fundamentales, toda vez que en menos audiencias que deben ser próximas, el juez tiene absoluto contacto con las partes, quienes pueden formular peticiones, defensas o ataques, hacer afirmaciones, interponer excepciones y pueden ofrecer, proponer y aportar sus pruebas; éstas se reciben y discuten de inmediato, porque hay concentración y continuidad; la apreciación de las pruebas de inmediato por parte del juez, permite prácticamente que lleguen a él sin alteraciones, lo cual es eficaz para que exista imparcialidad, y lograr con ello integrar y valorar la prueba conforme a la sana crítica y fundar con claridad y justicia el fallo con mayor celeridad, porque no es necesario releer o repasar lo que se encuentra consignado en un expediente.

Además existe menos posibilidad que los abogados de las partes, especialmente de la parte demandada, interrumpan con recursos y medios impertinentes. Se restringen algunos poderes de las partes y lo aumenta en el juez.



Asimismo en la primera resolución y para los efectos de publicidad procesal y del conocimiento público del trámite de declaración de ausencia de una persona, la ley obliga que el edicto sea publicado por tres veces en el diario oficial y en otro de mayor circulación por el plazo de un mes.

Dicho edicto deberá contener la relación del asunto para el que ha sido pedida, la citación de ausencia; la citación del presunto ausente; la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo; la fecha y firma del secretario del juzgado donde se gestione.

Resolución: cumplido con los requisitos anteriores, recibida la información y pasado el término de las publicaciones sin que existiere oposición, el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia, si procediere, y nombrará un guardador quien asumirá la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere.

El trámite de la declaratoria de ausencia judicial, resulta oneroso por el pago de honorarios a los profesionales del derecho, como la solicitud inicial y los memoriales que fueren necesarios para solventar los previos que impone tanto los juzgados respectivos como la Procuraduría General de la Nación, el pago de los timbres notariales o forenses según el caso; el pago de las tres publicaciones del edicto en el diario oficial y en otro de mayor circulación, los honorarios del abogado que deberá de representar al ausente y convertirse en defensor judicial del mismo; lo que resulta contrario a lo que establece el Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial, que en su



parte conducente establece que la justicia es gratuita e igual para todos y que únicamente deben hacer efectivo las costas procesales, ignorándose de esa manera el principio tutelar regulado en el primer considerando de la Ley de Tribunales de Familia.

3.9. La muerte presunta

Fue en el derecho germánico en el que surgió por primera vez la figura de la muerte presunta, el cual era declarado después del transcurso de un plazo relativamente breve.

El derecho romano en su etapa inicial no la reguló, pues únicamente concebía la llamada muerte civil, la cual acontecía cuando se perdía uno de los tres elementos de la personalidad del ciudadano romano, elementos que eran: el estado de libertad o *status libertatis*; el estado de ciudadanía o *status civitatis*; y el estado de familia o de agnación, o *status familiae*.

La muerte civil acontecía cuando uno de estos elementos o estados, o bien la capacidad se perdía, y constituía la disminución más severa de los derechos del ciudadano.

En la última etapa del derecho romano, aunque no con el nombre de muerte presunta se contempló, sin embargo, exigía el transcurso de cien años a partir de la desaparición de una persona para proceder a su declaración.

En el derecho romano surgió esta institución como consecuencia de las Cruzadas y las constantes guerras que sostenían los romanos, así como por el auge que cobró el comercio marítimo, que hacían cada vez más constantes los naufragios, siendo el aporte más importante para la institución el de los Estatutarios, aunque fijó también plazos largos que hicieron inoperante la institución. En el derecho español apareció en las Partidas y en disposiciones del Derecho de Aragón.

El Código de Napoleón y el Código Civil Italiano introdujeron de una manera técnica esta institución, sobre todo el Código Civil italiano, que introduce el instituto de la presunción de muerte en el siglo XVI, haciendo más funcional la institución acortando los plazos, pues fijó el de la declaración de ausencia en dos años; el de declaración de muerte presunta en diez años en circunstancias normales, es decir, partiendo de la desaparición; en dos años, si la desaparición fuere como consecuencias de desastre o siniestro; dos y tres años si la desaparición tuvo lugar en operaciones bélicas.

En el derecho inglés, se declaraba la muerte presunta de todo individuo de quien no se tenían noticias hacía siete años, denominado a la institución suposición de muerte.

En algunos países se promulgaron disposiciones legales especiales para reducir los plazos para la declaratoria de muerte presunta con ocasión de la Primera Guerra Mundial, por ejemplo, en Francia 1919, y en Italia en el mismo año.

En la época moderna la mayor parte de legislaciones la regulan con variedad de plazos como requisito indispensable para la procedencia de su declaración judicial, los cuales obedecen a distintas circunstancias de diversa índole.

En el derecho comparado la legislación coincide con la doctrina, al señalar dos circunstancias como fuentes originarias de la muerte presunta: la ausencia simple y la desaparición o ausencia calificada.

Es decir, una de estas fuentes es la persistencia de la situación jurídica por la cual una persona que ha tenido su domicilio en determinado lugar, repentinamente ya no lo tiene, se desconoce su paradero y ante la ausencia de signos evidentes de su existencia, se duda sobre la vida o muerte de tal individuo.

La segunda fuente, conocida como ausencia calificada, desaparición con peligro de muerte, la cual concurre cuando desaparece una persona en forma repentina, pero bajo circunstancias que hagan evidente el hecho de su muerte, como: naufragio, accidente aéreo, guerra, etc.; casos que en la doctrina, tal y como los contempla, la ley los considera y regula como casos extraordinarios de presunción de muerte, para los que rigen plazos especiales, más cortos, obedeciendo a la situación de peligro que hacen considerar que la persona desaparecida ya es fallecida.

En el derecho español actualmente, la declaratoria procede una vez iniciadas y concluidas las diligencias de ausencia, considerando el último día del segundo año de ausencia como día de la muerte presunta del ausente, luego, transcurridos dos años más cesa la guarda y administración de bienes del ausente por parte del guardador, para otorgar la posesión provisorio a los herederos, posesión que pasa a ser definitiva cuatro años después. Deben mediar entre el día de la desaparición y la posesión definitiva ocho años.

De conformidad con lo que se ha venido analizando, es evidente suponer especialmente en el ámbito jurídico que el ausente, no se encuentra ni vivo ni muerto, no aparece, se encuentra desaparecido, sin haber solucionado ni encontrarle solución rápida a los familiares y parientes, respecto de las obligaciones que este ha adquirido y de los derechos que le asisten.

A los que tienen interés en que esté vivo, toca probar la existencia, como el fallecimiento a los que tienen interés en que haya muerto. Se dice que la muerte presunta es: "La supuesta aún no encontrando el cadáver"²⁶, es decir, la que se declara, tras prolongada ausencia y sin noticias de la persona de que se trate. Sus efectos principales son la apertura de su sucesión y en ciertos casos y legislaciones, las posibles nuevas nupcias del cónyuge presente.

Que se supone que una persona falleció y que el cadáver de la misma no se localiza, por ello un órgano jurisdiccional emite la declaración de fallecimiento, que es la resolución judicial por la que se considera fallecida a una persona desaparecida.

En virtud de dicha resolución, se da por muerta a una persona aunque no haya certidumbre absoluta de su óbito. Es una presunción de muerte: mientras que no aparezca el ausente, para efectos jurídicos se le considera muerto.

El Artículo 64 del Código Civil establece al respecto: "Podrá asimismo declararse la muerte presunta: a) de la persona que desapareciere durante una guerra en que haya

²⁶Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 474

tomado parte o se hubiera encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticias de ella; b) de la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año desde su desaparición; y c) de la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro”.

3.10. Diferencias entre la ausencia y la muerte presunta

Dentro de las principales, se pueden citar las siguientes:

De conformidad con los artículos 49 del Código Civil y 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, la ausencia puede solicitarse al juez de primera instancia civil del domicilio del ausente, o bien ante notario, en este caso por ser de naturaleza mixta, el notario debe remitirlo al juez competente para la declaratoria de ausencia y nombramiento del defensor judicial

La muerte presunta únicamente puede solicitarse ante juez competente, tal como se establece en los artículos 63 del Código Civil y 417 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La declaración de ausencia se solicita para la representación en juicio y para la guarda y administración de bienes del ausente.



La muerte presunta se solicita cuando haya transcurrido cinco años desde que se decreto la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, salvo excepciones del Artículo 64 del Código Civil.

En la ausencia el cónyuge e hijos del ausente y a falta de ellos los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establecen los artículos 1079 y 1080 del Código Civil, podrán solicitar la administración de los bienes del ausente. La muerte presunta una vez declarada, los herederos testamentarios o legales, podrán pedir la posesión de la herencia.

En la ausencia se nombra un defensor judicial o guardador de los bienes del ausente.

En la muerte presunta existe la posesión definitiva de los bienes por los herederos testamentarios o legales, previo debe haberse obtenido la correspondiente declaración de herederos, conforme los artículos 47, y 70 del Código Civil.

CAPÍTULO IV

4. La importancia de la declaración de ausencia para la representación en juicio de acuerdo al derecho civil guatemalteco y la necesidad de que se incluya la institución de la ausencia con presunción de fallecimiento mediante la conformación de un marco normativo

4.1. Consideraciones generales

Como se ha venido desarrollando, la ausencia ocurre con frecuencia cuando una persona desaparezca de su domicilio o del lugar habitual de sus actividades sin que se tenga noticia alguna de ella.

La simple ausencia si el tiempo no es muy prolongado, no tiene por qué dar sospechas de fallecimiento, ni tomar medidas respecto de los bienes de esa persona. Dado estos casos, el derecho interviene en defensa de los intereses del ausente.

De acuerdo al análisis realizado, se pueden dar tres situaciones posibles:

- a) Ausencia de la persona que deja su domicilio, pero se conoce su paradero, está en correspondencia con su familia, y ha dejado poderes suficientes para el manejo de sus bienes.
- b) Ausencia de quien ha desaparecido de su domicilio sin dejar noticias de su paradero, ni poderes para la administración de sus bienes.

No hay razón todavía para presumir su muerte, pero puede ser indispensable adoptar medidas para el cuidado de sus bienes.

c) Desaparición en circunstancias tales y se ha prolongado durante un tiempo suficiente como para hacer razonable la sospecha de muerte: la ausencia con presunción de fallecimiento.

La realidad guatemalteca establece que ante la problemática que se presenta con la ausencia de una persona que se desconoce su situación jurídica, que trasciende a sus familiares, por cuanto, esta persona mantiene los derechos y obligaciones, y es considerada como persona.

La legislación civil guatemalteca, en relación con la extranjera, ofrece dificultades para los familiares tal como se encuentra redactada la norma actualmente y no es suficiente para solventar o resolver los conflictos morales y jurídicos que adquieren los familiares y ese es uno de los motivos por los cuales se elabora el presente estudio y se propone la solución en la última parte del mismo.

4.2. Importancia

Es de importancia el análisis de las normas que modifican las leyes que tienen relación con la muerte presunta:

Guatemala es uno de los países que tienen un avance significativo en su legislación en esta materia y que ha estado en constante interés especialmente el legislativo para promover reformas a las leyes existentes que ofrecen dificultades a los parientes, cuando ocurre una desaparición, y ello representa un problema jurídico y moral. Dentro de los aspectos más importantes de resaltar de ello, se encuentran:

- Que en la actual sociedad de la información, la tecnología y el constante movimiento social, cultural, jurídico y comercial, se impone sobre el ordenamiento jurídico la necesidad de dar una respuesta eficaz y eficiente a las diversas situaciones que constantemente se presentan en la vida social.

Una de estas situaciones y tal vez, una de las de mayor trascendencia jurídica, es la muerte de las personas.

Si bien es cierto, actualmente dicho hecho jurídico, no requiere establecer principios conforme a los cuales deba ser determinada, ya que la ciencia ha avanzado lo suficiente como para otorgar certezas respecto de su ocurrencia, ello no ocurre en las hipótesis de desaparecimiento de personas, pues en estos casos la certeza médica o científica, es reemplazada por la certeza jurídica.

- Es precisamente esta búsqueda de certeza jurídica la que ha impulsado a gran parte de las legislaciones a regular la situación jurídica del ausente o el desaparecido, según las diversas hipótesis del caso.

En este sentido, el propio ordenamiento jurídico consagra la declaración de muerte presunta, como el mecanismo eficaz, en casos de larga ausencia o desaparecimiento de personas, para otorgar seguridad jurídica a situaciones, tales como el matrimonio, la apertura de la sucesión, y la consiguiente situación de los bienes y deudas del desaparecido, entre otras.

- No obstante lo anterior y la prodigiosa regulación que hace el Código Civil relativos a la muerte presunta, no se puede desconocer que la realidad social a la época de promulgación de éste, es completamente diferente a la reinante.

En este sentido, al momento de promulgación del referido Código, era impensable el tráfico marítimo y aéreo actual, eran desconocidos dispositivos tecnológicos, tales como el sonar, navegadores satelitales, dispositivos de radar, etc., que actualmente gobiernan la navegación de las naves y aeronaves, lo que traía como consecuencia incertidumbre respecto a ubicación, dirección, estado y condiciones de las mismas.

- De ello deriva la necesidad de establecer largos plazos para otorgar la legitimación activa para solicitar la declaración de muerte presunta en casos de episodios bélicos, catástrofes, accidentes, sismos o naufragios.

- Actualmente, la gran movilidad de las personas, la existencia de nuevas tecnologías, y la prontitud del acceso a la información, en casos como los recién citados, traen como consecuencia que los plazos que regula actualmente el Código Civil, respecto de las circunstancias extraordinarias de desaparecimiento de personas, no se ajustan a los criterios conforme a los cuales es posible determinar, actualmente,

el acaecimiento de acontecimientos extraordinarios que motiven la desaparición de personas.

- Tomando en cuenta lo antes dicho, las legislaciones se han hecho eco de la necesidad de adaptar los plazos en los casos de operaciones armadas, naufragios o desaparición por inmersión, y accidentes aeronáuticos.

Es también necesario tomar en consideración los conflictos que han supuesto hasta ahora la aplicación de esta institución, por la actuación dolosa de ciertas personas que han pretendido ver en esta institución la posibilidad de apropiarse de bienes ajenos, ocultando su conocimiento de la muerte o existencia del ausente.

Se contempla la posibilidad de rescindir el decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido en caso que reapareciere, y de la actuación de aquel que oculta dicha existencia, el carácter de mala fe, esta calificación no se constituye como un resguardo adecuado para la protección de la situación patrimonial de ausente o desaparecido.

Es por eso, que quien suscribe, cree firmemente en la necesidad de establecer un mecanismo adecuado para brindar protección al ausente en esta situación.

Con la reducción de los plazos que se proponen, se plantea dotar de mayor publicidad al proceso, con el objeto de que a las publicaciones, de citación del desaparecido, que ya son obligatorias, tenga un efectivo acceso el destinatario de ellas, el ausente y todo aquel que pueda brindar noticias de su paradero, así como los que tuvieren derechos

comprometidos conjuntamente, con el establecimiento de una sanción respecto de aquel que oculte la existencia del desaparecido, imponiéndosele, no sólo la obligación de restituir los bienes que haya recibido con ocasión del decreto de posesión, sino que además, haciéndolo responsable de los productos de dichos bienes, y lo obtenido con tales productos.

Como algo peculiar, intereso a quien escribe, anotar aspectos importantes de esta ley, que se refiere en forma específica a casos para regular la ausencia y el procedimiento a seguir, y dentro de ello, se cita los siguientes:

Es de importancia facilitar a los familiares del ausente por desaparición forzada y a las personas con legítimo interés, los instrumentos necesarios para acceder al reconocimiento de sus derechos.

La ausencia por desaparición forzada es la situación jurídica de las personas que hubieran desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero.

Comprende los siguientes casos: a) cuando la persona hubiese desaparecido o fue desaparecida en circunstancias de haber sufrido arresto, detención o traslado contra su voluntad o cualquier otra forma de la privación de su libertad. b) cuando la persona hubiese desaparecido durante un enfrentamiento armado o en zona declarada de operaciones militares o de emergencia.

Los familiares y las personas con legítimo interés podrán solicitar la declaración judicial de ausencia por desaparición forzada. Los efectos de la declaración judicial de ausencia por desaparición forzada son los mismos que los de la declaración judicial de muerte presunta.

Concluida la verificación e individualización de las personas desaparecidas a consecuencia, se tiene que proceder a inscribir definitivamente a dichas personas.

Los solicitantes están exentos de efectuar pago alguno por concepto de aranceles judiciales, notificaciones, edictos, actuaciones judiciales o diligencias fuera de despacho a que hubiera lugar, durante todo el proceso, incluida la etapa de ejecución de sentencia.

Podrán solicitar la declaración de ausencia por desaparición forzada: a) el cónyuge o el conviviente; los ascendientes, descendientes y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, en cuyo caso el interés se presume; b) aquellos que tuvieren legítimo interés en la persona del ausente en cuyo caso probarán su interés en la solicitud; c) el Ministerio Público, para los fines de defensa de la legalidad.

La solicitud debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en el Código Procesal Civil, en cuanto sea aplicable, y debe acompañar los siguientes documentos: a) la constancia de ausencia por desaparición forzada; b) los documentos que demuestren el vínculo familiar, o en caso de terceros, los medios probatorios que



demuestren la legitimidad o el interés para obrar. La solicitud no requiere firma de abogado.

En caso de reaparición con vida del ausente, éste podrá formular solicitud de reconocimiento de existencia de acuerdo a lo establecido en la normatividad civil.

4.3. La realidad nacional y el juicio de declaratoria de ausencia

La situación en Guatemala respecto a las muertes de personas, es alarmante, y la historia marca también la situación que se vive en la actualidad y que ha sido el detonante para la conflictividad de la sociedad y la falta de respeto de los derechos humanos.

También se tiene que abordar el tema de la falta de interés del estado por cumplir sus obligaciones especialmente las contenidas en los Artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual denota que derivado del conflicto armado, de las desapariciones forzadas, de las muertes violentas como consecuencia de la criminalidad y otros factores que inciden en las actuales estadísticas respecto a las muertes presuntas, y la falta de certeza y seguridad que amerita como atención a los familiares para promover las diligencias correspondientes judicialmente, ello conlleva también la resolución a una serie de problemas jurídicos que se generan por ello.

De acuerdo a lo anterior, es evidente de que existen muchos casos sin resolver, principalmente tomando en cuenta que las personas que se encuentran desaparecidas sin que se pueda declarar la muerte presunta, tienen pendientes acerca de sus relaciones con sus parientes y familiares, así como en el mundo de lo jurídico.

Lo anterior denota que tal como se encuentra reguladas las normas arriba señaladas, no responden efectivamente a los conflictos sociales que se generan y que se mantienen vigentes.

También la información que se ha recabado ante la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, respecto a las solicitudes de exhibiciones personales, de parientes y familiares, así como se entidades de derechos humanos, se tiene que del año mil novecientos ochenta y cinco a la fecha, se tienen registradas sesenta y un mil quinientos cincuenta y uno, que no han sido resueltas, por lo que se han quedado solo en solicitudes.

4.4. Solución a la problemática

En el seno de la familia se debe considerar, la relación de padre, de hijo, de hermano, de esposo o conviviente, y el derecho que tiene en estos dos últimos casos, de contraer nuevos compromisos con terceras personas, pero que sin embargo, el vínculo legal y más que nada moral se mantiene hasta que los familiares no estén plenamente convencidos de lo que le ha sucedido a su ser querido y de que este merece como cualquier persona, un sepelio digno.



La legislación no resuelve el problema que se vive en la realidad en la sociedad guatemalteca, y es por ello, que existen exhibiciones personales solicitadas que no han tenido respuestas, así también existen trámites pendientes, otros que se han quedado a medias, y la situación de las familias continúa en las mismas circunstancias, provocando incertidumbre y falta de certeza, así también, incumplimiento de las obligaciones del Estado para con las familias y el desaparecido.

Concuerdan también de que es necesario que los legisladores se preocupen por crear leyes que efectivamente resuelvan conflictos sociales, en tanto que el marco normativo vigente, ya no resuelve la problemática planteada en la realidad actual.

4.5. Creación de la normativa reguladora de la ausencia con presunción de fallecimiento

Es evidente de que se hace necesario que exista un procediendo específico para la atención de los casos de desapariciones, de la ausencia y la declaratoria de muerte presunta en el ordenamiento procesal civil en Guatemala, considerando que el trámite es exclusivamente de carácter judicial.

Aparte de ello, siendo un asunto que compete a los Tribunales de Familia, este se resuelve ante los juzgados de lo civil.

Todas estas circunstancias conllevan a determinar la necesidad de que se cree un marco normativo específico, que por lo menos contenga los siguientes aspectos:



- Con respecto a la competencia, este debe ser ejercitada por los juzgados de familia y con exclusividad para ser invocada procesalmente ante los propios juzgados de esta naturaleza, que deben estar facultados para iniciar, a solicitud de parte interesada, tramitar y declarar la ausencia en la persona que deba ser demandada en un asunto de la competencia de dichos tribunales.

- Respecto del trámite los juzgados de familia se debiera indicar el principio de supletoriedad.

- También considerar lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el caso de la designación del defensor judicial que establece el mismo código y lo que respecta a las publicaciones.

- Aspectos relacionados con el nombramiento del representante judicial, tomando en cuenta la designación de la persona que habrá de representar al ausente en los procesos que corresponda, siempre que estos sean de la naturaleza del derecho de familia, la actuación en estos casos también debiera regularse que será de oficio, dando preferencia a la Procuraduría General de la Nación, dentro de cuyo personal que por razón de sus funciones le corresponda, nombrará al que debe asumir la representación judicial del ausente en caso no exista algún familiar que tenga parentesco dentro de los grados de ley o no exista mandatario sin suficientes facultades para representarlo, que pueda asumir dicha representación.

- Con respecto al nombramiento del depositario, cuando existen bienes, estos deben de ser protegidos y se deberá establecer que se procederá a dictar las providencias necesarias para asegurar los bienes nombrando un depositario que puede ser el mismo defensor, en tanto se nombre un guardador cuando no exista oposición. Este tendrá las facultades establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil.

- Se debe considerar también la tramitación notarial, tomando en cuenta que el notario tiene fe pública y puede convertirse en un auxiliar del juez, en virtud de que se tratara de asuntos no litigiosos.

- En el ámbito del quehacer del notario, se deberá entonces establecer una norma que regule lo que corresponde a la oposición, en todo caso, cuando exista, tendrá que ser enviado el expediente a un juez del orden familiar.

- Deberán indicarse los supuestos en los cuales podría aparecer el presunto ausente y lo que debe proceder.

Se le considerara presente para responder de las demandas de naturaleza familiar que deben iniciarse en su contra y se archivará las actuaciones de ausencia, previa notificación que procedan.

- El trámite debe ser flexible para la declaratoria de la muerte presunta derivada del trámite de la declaratoria de ausencia. La declaración de presunción de muerte es

en sí misma, una institución de aplicación extraordinaria, debiendo cumplirse una serie de requisitos que debe ponderar el juez para hacerla procedente.

Tiene como fundamento la seguridad jurídica, que es seriamente alterada por la incertidumbre sobre la existencia de una persona.

- Se debe establecer un procedimiento rápido para declarar la muerte presunta de quienes se encuentran desaparecidos, el cual, convertido en ley, no sólo permitirá dar certeza jurídica, sino que, también, será el punto de partida del necesario duelo que deberán sobrellevar los deudos del ausente.

- El contenido de dicho proyecto tendrá como elementos esenciales: a) el plazo que debe ser abreviado, para poder interponer la respectiva solicitud; b) esta petición puede interponerse no sólo ante el juez del último domicilio del ausente, sino también ante cualquier tribunal familiar de la región en que se presume que haya desaparecido; y, c) se concede el privilegio de pobreza para todas las actuaciones a que diere lugar este procedimiento.

Asimismo, para evitar el uso fraudulento de este instituto, se debe determinar la imposición de sanciones penales a quien solicite la declaración de muerte presunta conociendo de la existencia del desaparecido.

Se debieran crear marcos normativos específicos, pues es evidente de que en determinadas regiones, se han producido mayormente desapariciones derivadas del

conflicto armado interno, que en otras, conllevan un mayor énfasis en la determinación de las normas a fijarse.

En este orden de cosas, la declaración de muerte presunta permite, principalmente, determinar la suerte del patrimonio personal y material del desaparecido.

No se debe olvidar este aspecto, puesto que ello no implica necesariamente concluir la búsqueda del ausente ni menos poner obstáculos legales al ejercicio de los derechos que le corresponderían al muerto presuntivamente si apareciese.

Este proyecto, en definitiva, permitirá obtener la declaración de muerte presunta en un plazo cercano ya referido.

No obstante la prevención hecha, estas medidas resaltan el sentido de urgencia con que deben enfrentarse situaciones de emergencia y permiten aliviar al menos en parte el profundo dolor que embarga a los familiares de estas personas.

La simple ausencia de una persona del lugar de sus actividades y de la residencia de su familia, no basta por sí sola para presumir el fallecimiento. Pero si la ausencia se prolonga por varios años, el abandono de su familia, de sus bienes, y la circunstancia de que no se tenga noticia alguna de esa persona, hacen nacer aquella presunción.

Es importante el estudio de la desaparición de una persona del lugar de su domicilio o residencia, sin que medie ningún accidente u otro hecho que haya podido resultar su



fallecimiento. Simplemente la persona se ha ido, o desaparecido sin que se tenga noticia alguna de ella.

La Ley debe presumir el fallecimiento en el plazo de ley, haya o no dejado apoderado. Existen supuestos en los cuales una persona hubiera desaparecido a raíz de un accidente o un hecho cualquiera, capaz de provocarle la muerte y ello no se justificaría en un plazo tan prolongado como se regula actualmente para presumir el deceso.

Cuando hubiere encontrado en el lugar un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte o hubiera participado en una empresa que implique el mismo riesgo, se presume el fallecimiento del ausente si no se tuviere noticias de él, por un plazo previamente determinado.

Si el ausente se encontrase en una nave o aeronave naufragada o perdida, el plazo se reduce en un periodo menor que debe fijarse en la ley.

Otra causa de presunción de fallecimiento la desaparición de cualquier persona domiciliada o residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto armado, de guerra o que naufragase en un buque perdido o reputado por tal, o que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto u otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por un plazo prudencial determinado previamente.

Una vez cumplidos los plazos legales y comprobados por el denunciante los extremos aludidos, si el ausente no se presenta a la citación por las publicaciones de prensa, debe declararse el presunto fallecimiento.

En el caso de quiénes pueden pedir la declaración de fallecimiento presunto estos son: a) el cónyuge del ausente; b) los herederos del ausente, legítimos o testamentarios; c) los legatarios instituidos en un testamento abierto; d) el fisco. e) El beneficiario de un seguro sobre la vida del ausente; f) el socio de una sociedad de dos socios; g) el nudo propietario; h) los acreedores de cualquier interesado patrimonialmente.

Las consecuencias son las siguientes: a) partición de los bienes, en donde los herederos y legatarios podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos, ni agravarlos sin autorización judicial, en este caso, dictada la declaratoria, el juez mandará abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido.

Los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario.

El dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la anotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios, que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial.



Si el ausente o un heredero con mayor o igual derecho aparecieran, podrían reclamar la entrega de los bienes o de la partición que le corresponda en los mismos, según el caso. Si hecha la entrega de los bienes se presentase el ausente o se tuviese noticia cierta de su existencia, aquella quedará sin efecto.

Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preferidos que justificasen su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes, o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso.

Se hace indispensable que se realicen estudios que conlleven a determinar cual es la realidad nacional, situando esa realidad en lo que ha sucedido durante el conflicto armado, así también, la criminalidad imperante en el caso de otras comunidades, que conllevan otras realidades y por lo tanto, amerita otros tratamientos.

Se hace indispensable que el Estado intervenga en resolver los conflictos sociales que se generan de las desapariciones, y que las autoridades judiciales en el caso de las exhibiciones personales, comprueben efectivamente que la persona de la cual están solicitando esta acción, no se encuentra en ninguna parte de las señaladas, extendiéndose a actuaciones de oficio para decretar también en el ámbito penal, aspectos relacionados con la ausencia con presunción de muerte.





CONCLUSIONES

1. Las normas que regulan aspectos relacionados con la declaratoria de ausencia y muerte presunta se ha mantenido vigentes por más de cuarenta años, lo cual es incongruente con la realidad, en virtud de que las circunstancias sociales han variado considerablemente.
2. La realidad nacional determina que la ausencia y la petición ciudadana de la declaratoria de muerte presunta, respecto a los familiares, conllevan analizar los antecedentes de ello, a partir de lo sucedido en el conflicto armado y la criminalidad, prueba de ello, son las miles y miles de solicitudes de exhibiciones personales, pretendiendo los familiares, intentar resolver su problema por otra vía que no es la civil o familiar.
3. La declaratoria de ausencia en la mayoría de los casos se inicia con el propósito de resolver asuntos relacionados con familia, por lo que debe tramitarse ante un juez de familia y su trámite debe ser oficioso y flexible, para que resulte menos oneroso para el interesado y proteger especialmente a la parte más débil de las relaciones familiares y de las consecuencias que para éstos ocasiona la incertidumbre moral y jurídica de la ausencia de la persona y sus derivaciones.
4. La normativa legal guatemalteca no resuelve el conflicto consistente en la declaratoria de ausencia y de muerte presunta, que se ha generado en forma especial y en determinadas comunidades de Guatemala, y que amerita un



abordaje jurídico distinto al que se encuentra regulado en el Código Civil, lo que conlleva que se produzca falta de certeza e incertidumbre entre la ciudadanía, siendo esta una responsabilidad del Estado.

5. Mediante el análisis del trámite de las incidencias procesales, se establece que el procedimiento que regula la declaratoria de ausencia y muerte presunta, resulta demasiado lento, riguroso y sobre todo oneroso, para los que pretenden que el juez competente realice la declaración judicial de ausencia y muerte presunta de determinada persona.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo tiene la obligación que a través de la comisión respectiva, ha de promover el bienestar de la familia a través de la promulgación o reforma de leyes relacionadas con las instituciones de familia, para que las personas encuentren una solución a los conflictos que se generan como producto de las relaciones familiares entre sus miembros.
2. Resulta conveniente que la institución de la ausencia y declaratoria de muerte presunta, sea tramitada judicial y notarialmente, en este último caso, tomado en consideración la fe pública que inviste al notario y de la viabilidad de que se producen mayores solicitudes y resoluciones favorables de los parientes en el caso de las desapariciones y las consecuencias de ello.
3. Se tiene que promulgar una ley adjetiva específica para el derecho familiar, que establezca la competencia de los jueces los procedimientos a seguir en cada asunto, como sucede en el caso de la declaratoria de ausencia, en virtud que en la práctica resulta evidente la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil, así como de la Ley del Organismo Judicial, de lo cual se deduce que es insuficiente la Ley de Tribunales de Familia que se aplica actualmente.
4. Las personas que acuden a los juzgados de familia son de escasos recursos y por necesidad se ven obligados a iniciar el proceso de declaratoria de ausencia y muerte presunta, por lo que es necesario que el procedimiento se inicie con una



denuncia y que el juez continué oficiosamente con el mismo, para evitar gastos económicos al interesado en la declaratoria de ausencia.

5. Habiéndose demostrado la problemática existente con el procedimiento a seguir para la declaratoria de ausencia y muerte presunta, resulta procedente que el Organismo Legislativo emita una ley y su respectivo reglamento para regular el procedimiento para obtener la declaración judicial o notarial de la ausencia de quien se ignora su paradero o la presunción de muerte de determinada persona basándose en la realidad nacional.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Guatemala: Ed. Serviprensa, S. A., 2005.

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. Guatemala: Ed. Talleres Gráficos, 2003.

ARAZI, Rolando. **Derecho procesal civil y mercantil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1995.

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**. Guatemala: Ed. Zeta, 1992.

BONNECASE, Julián. **Tratado elemental de derecho civil**. México, D.F: Ed. Harla, S.A., 1993.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Fénix, 1988.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil, español común y floral**. Madrid, España: Ed. Reus, 1982.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. **Derecho de familia**. México, D.F.: Porrúa, 1990.

DE LA RUA, Fernando. **Teoría general del proceso**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1991.

DE PINA VARA, Rafael. **Elementos del derecho civil mexicano**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa, 1992.



GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Madrid, España: Ed. Navarra, 1976.

MIZRAHI, Mauricio Luis. **Derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea 1998.

MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia**. México, D.F.: Ed. Universitaria, 1970.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.

NAJERA FARFÁN, Mario Efraín. **Propedéutica del derecho general y del derecho procesal en particular**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. México, D.F.: Ed. Porrúa 1998.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Pirámide, S. A., 1986.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa S. A., 1987.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Elementos del derecho civil mexicano**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa S. A., 1987.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea. 1993.



Legislación:

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

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

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

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

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206, 1964.