

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DEL CONTENIDO E INTERPRETACIÓN JUDICIAL
DEL ARTÍCULO 428 DEL
CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL
Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA**

REYNA JEANNETTE PÉREZ GARCÍA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DEL CONTENIDO E
INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 428 DEL
CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL
Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

REYNA JEANNETTE PÉREZ GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Elmer Álvarez.
Vocal: Lic. Otto Marroquín Guerra.
Secretario: Lic. Enexton Gómez.

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Saulo de León Estrada.
Vocal: Lic. Jorge Mario Álvarez Quirós.
Secretario: Lic. Luis Alberto Pineda Roca.

RAZÓN: “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido en la tesis”. (Artículo 43 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

A Dios:

Gracias por decirme en tu palabra que me esfuerce y que sea valiente, que no tema ni desmaye porque tu estarás conmigo donde quiera que vaya esparciendo mis conocimientos.

A la Virgen María:

Por ser fuente de mi fortaleza, mi esperanza, inteligencia y sabiduría que me permitió culminar mi carrera, y ser parte de mi existencia y estar conmigo en todo momento de mi vida.

A mis padres:

Nery Herbert Pérez García: Quiero con este acto honrarlo como muestra de mi agradecimiento, amor, respeto y admiración, por todos sus esfuerzos, y por enseñarme con el ejemplo que con la humildad, la constancia y perseverancia podemos lograr nuestros objetivos, pero sobre todo gracias por su confianza y fe depositada en mí, y por ser la persona a quien debo el éxito que hoy alcanzo y que también le pertenece.

Matty García de Pérez: Gracias por darme la vida, por enseñarme el verdadero sentido del amor y la sabiduría que se debe poner en práctica en el momento de tomar decisiones importantes en la vida, y especialmente gracias porque en mis momentos de oscuridad, siempre te conviertes en la luz que me indica la salida.

A mi hijo:

Nery Andrée Montiel Pérez: Como muestra de mi amor a tu comprensión y paciencia en los momentos difíciles pesar de no darte el tiempo de mi vida que debió ser para ti, en esta larga travesía para alcanzar la meta y la cual espero que tu un día superes. Para mi siempre serás mi fuente de inspiración para tener firme el deseo de superación.

- A mis hermanos:** Byron Giovanni Pérez García, Rudy Pérez García: Por su cariño, compañía, respeto y disposición incondicional en las etapas buenas y difíciles de mi vida.
- A mi hermana:** Sandy Pérez de Pérez.: Por encontrar siempre la palabra adecuada para cada circunstancia que me toca vivir, y que me motivan a apreciar de diferentes ángulos todas las adversidades al sentir tu cariño en todo momento.
- A mi cuñada:** Ana Beatriz Herrera de Pérez: Por tu cariño, tu confianza y compañía sincera.
- A mi cuñado:** Giovanito Pérez Pérez: Por tu aprecio, paciencia y respeto en el momento justo.
- A mis sobrinos:** Giovanni, Javier, Danny, Jhonny, Rodrigo y Diego: Por su cariño y respeto.
- A mis sobrinas:** Sandy Jeannette, Ana María, Karla María y Silvia María: Porque con su ternura y cariño la vida se proyecta diferente.
- A mis abuelitos:** Por el ejemplo de Sabiduría basada en su experiencia, cariño y recuerdos gratos que me profesaron, y que hoy viven mi mente y corazón por siempre (Q.E.P.D.).
- A:** Julita Pérez Vda. de García: Mi eterna gratitud por todas sus atenciones y cariño.
- A mis tíos y tías:** En especial a: Jorge García, Jaime García, Mara García de Hernández y Julio Hernández: Por apoyarme y acompañarme incondicionalmente con su afecto y su tiempo en los momentos de soledad.
- A mis primos y primas:** En especial a Alma Violeta Pérez de Duarte: Porque con tus palabras de motivación y tu tiempo siempre me ayudaste a tener fe, confianza y seguridad en mi misma.

A mis amigos y amigas:

En especial a Familia Hernández, Familia Montoya García, Familia Ortega Tobías, y personal del Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Licdas. Ani Beckley, Silvita Mijangos, Lucky y Lily : Con agradecimiento por su colaboración y apoyo que me brindaron para este éxito, el cual comparto con ustedes, que Dios los bendiga por siempre.

A mis amigas:

Silvia Janeth Ortega Tobías: Por tu amistad, apoyo y cariño desde los inicios de mi carrera hasta el final, motivándome a seguir adelante en los momentos en que estuve a punto de rendirme, gracias por estar a mi lado incondicionalmente y por permitirme contar siempre contigo. ! Lo logramos ¡el éxito es nuestro. Hortensia Hernández: Por tu apoyo y amistad durante el estudio y práctica de mi carrera, compartiendo tus conocimientos y experiencia.

A mi asesora:

Licda. Bélgica Anabella Deras Román: Con cariño y agradecimiento por haber creído en mí, por estar pendiente de mis avances, por tu apoyo moral en el esfuerzo para alcanzar la meta, compartiendo tus conocimientos y tu experiencia profesional en esta maravillosa carrera que inicio hoy y que me llena de orgullo.

A mi revisor:

Lic. Luis Arturo Montoya Ortiz: Con agradecimiento especial por brindarme su afecto, sus conocimientos y apoyo moral.

A mis distinguidos padrinos:

Mi especial agradecimiento por concederme el honor de acompañarme en este acontecimiento tan especial.

A:

Universidad de San Carlos de Guatemala especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, forjadora de grandes profesionales de Guatemala.

A mi patria Guatemala:

Mi más grande orgullo por haber nacido en una tierra prospera y digna merecedora de considerarse una de las más grandes entre las grandes naciones del mundo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El Proceso y los asuntos de familia.....	1
1.1 El proceso.....	1
1.2 Otras definiciones doctrinarias de proceso.....	2
1.3 El código procesal civil y mercantil.....	3
1.4 Principios fundamentales del proceso.....	3
1.5 El Proceso de familia.....	10
1.5.1 Generalidades.....	10
1.5.2 Características del derecho de familia.....	11

CAPÍTULO II

2. La separación y el divorcio en la doctrina y la legislación.....	15
2.1 La separación.....	15
2.1.1 Definición.....	15
2.1.2 Efectos de la separación.....	17
2.2 El Divorcio	17
2.2.1 Definición.....	18
2.2.2. Causas comunes para obtener el divorcio.....	19

CAPÍTULO III

3. El proceso y los juicios de separación y divorcio.....	23
3.1 El juicio ordinario de divorcio.....	23

3.2	Fases del juicio ordinario.....	25
3.2.1	La demanda.....	25
3.2.2	Clases de demanda.....	29
3.2.3	Importancia de la demanda.....	29
3.2.4	Contenido de la demanda.....	30
3.2.5	Forma de la demanda.....	31
3.2.6	Modificación de la demanda y acumulación de acciones.....	31
3.2.7	Fase de contestación de la demanda, emplazamiento y rebeldía.....	32
3.3	Excepciones.....	34
3.3.1	Clasificación de las excepciones.....	34
3.3.1.1	Clasificación legal y común de las excepciones.....	34
3.3.1.2	Clasificación de las excepciones conforme el Código Procesal Civil y Mercantil.....	37
3.3.1.3	Trámite de las excepciones.....	39
3.4	La prueba.....	39
3.4.1	Objeto de la prueba.....	40
3.4.2	La carga de la prueba.....	41
3.4.3	Apertura a prueba.....	42
3.4.4	Medios de prueba.....	42
3.5	Vista.....	43
3.6	Auto para mejor fallar.....	43
3.7	Sentencia.....	44
3.8	El juicio voluntario de divorcio.....	45
3.8.1	Generalidades.....	45
3.8.2	Fases del trámite.....	46
3.8.2.1	Memorial inicial.....	46
3.8.2.2	Medidas cautelares.....	46
3.8.2.3	Junta conciliatoria.....	47
3.8.2.4	Aprobación de las bases del convenio, sentencia y registro.....	49

CAPÍTULO IV

4. La fase de conciliación en los juicios de separación o divorcio y la comparecencia de los apoderados, análisis del Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil y la necesidad de su reforma.....	51
4.1 La fase de conciliación.....	51
4.2 Análisis del Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil.....	55
4.3 La comparecencia por medio de apoderados y sus repercusiones en la fase de conciliación.....	58

CAPÍTULO V

5. Presentación y análisis de los resultado del trabajo de campo.....	61
---	----

CAPÍTULO VI

6. Percepciones del trabajo de campo realizado.....	67
CONCLUSIONES.....	69
RECOMENDACIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	73

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende concienciar a quien corresponda acerca la necesidad de una reforma a la norma del Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil que actualmente facilita de alguna manera la separación y el divorcio, dejando al Juez, en su actuación en la etapa conciliatoria, como una figura o como una simple fase que se debe cumplir en el proceso del juicio de divorcio, perdiendo desde todo punto de vista la posibilidad de rescatar un matrimonio, provocando consecuentemente la desintegración familiar, que tanto afecta a nuestra sociedad actualmente.

La figura de la representación por poder o mandato estipulada en la norma para que alguno de los cónyuges se les permita acudir a la fase de la conciliación, no permite que el Juez los motive por medio de todos los argumentos posibles a que subsista el vínculo matrimonial en bienestar de su familia y la sociedad, ya que es inconcebible, que sin la presencia de los cónyuges, personas ajenas a su vida matrimonial puedan decidir en nombre de ellos continuar unidos, tergiversando el sentido de la función esencial de esta fase, suscitándose gastos innecesarios en tiempo y dinero y convirtiéndose únicamente en un formalismo legal.

La norma citada contradice preceptos constitucionales en los que se establece que una de las finalidades básicas es velar por todos los medios posibles por el mantenimiento de la integración familiar, por lo que en mi opinión debe crearse una norma más rígida que taxativamente prohíba la representación en tan importante y necesaria fase, que al igual que han sido dos personas, únicas, plenamente identificadas individualmente y que por decisión propia han unido sus vidas, deba ser también, como uno de los requisitos esenciales para la realización de esta fase, la comparecencia de ambos obligatoria, personalmente, y que de no ser así, no exista ni la mínima posibilidad de

obligatoria, personalmente, y que de no ser así, no exista ni la mínima posibilidad de realizarse, paralizando de esta manera el desarrollo de las siguientes etapas, y como consecuencia lógica la disolución del vínculo matrimonial.

La presente tesis ha sido dividida en seis capítulos; en el primero se hace referencia a lo relacionado con el proceso en forma general, definiciones doctrinarias, principios fundamentales, el proceso de familia sus generalidades y características del derecho de familia; en el segundo capítulo se define la separación y el divorcio, doctrinaria y legalmente, los efectos de la separación y las causas comunes para obtener el divorcio; el tercero está relacionado con los procesos, específicamente de separación y de divorcio y sus respectivas fases, la demanda, clases de demanda, importancia de la demanda, contenido de la demanda, forma de la demanda, modificación de la demanda y acumulación de acciones, fase de contestación de la demanda, emplazamiento y rebeldía, las excepciones, clasificación legal y su trámite, la prueba, su objeto, la carga de la prueba, la apertura a prueba y los medios de prueba, vista, auto para mejor fallar y la sentencia, síntesis de las fases del proceso ordinario de divorcio; en el cuarto se hace énfasis en la fase de conciliación, específicamente en el juicio de divorcio y la comparecencia de los apoderados y un análisis del Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil y la necesidad de su reforma; en el quinto capítulo se detalla el resultado adquirido del análisis realizado sobre el trabajo de campo; el sexto recopila las percepciones obtenidas del resultado del trabajo de campo y por último se establecen las conclusiones, recomendaciones y bibliografía del trabajo en general.

CAPÍTULO I

1 El proceso y los asuntos de familia

1.1 El proceso

El proceso en términos generales, equivale a juicio. El proceso conlleva una serie de procedimientos que hacen posible ejecutar una serie de pasos que se encuentran regulados en las leyes y que en el caso del proceso civil, se rige por las normas del derecho civil y procesal civil y mercantil.

El tratadista Vescovi, citado por el licenciado Gordillo lo define como “el conjunto de las normas que establecen los institutos del proceso y regulan su desarrollo y efectos y también la actividad jurisdiccional”.¹

Eduardo Couture, citado también por el licenciado Gordillo Galindo define al derecho procesal civil como “La Rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil”.² Agrega que “Es la rama del saber jurídico que estudia

¹ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 3

² **Ibid.**

en forma sistemática la naturaleza del proceso civil, su constitución desenvolvimiento y eficacia”.³

1.2 Otras definiciones doctrinarias de proceso

El autor Morón Palomino establece al proceso como “un conjunto de normas que regulan la resolución jurisdiccional de las controversias jurídicas”.⁴

El Tratadista Alsina indica que “Es el conjunto de normas que la regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende la organización del poder judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del Proceso”.⁵

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define proceso así: “acción de ir hacia adelante, transcurso del tiempo, conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno”.⁶

³ **Ibid.** Pág. 4.

⁴ Morón Palomino, Manuel. **Sobre el concepto de derecho procesal.** Revista Iberoamericana de Derecho Procesal 1962. Pág.124.

⁵ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial,** 1956, Pág.19

⁶ **Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.** Pág.1671

1.3 El Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil vigente, que se encuentra contenido en el Decreto número 107, fue elaborado por una Comisión de juristas en el año 1962, en el gobierno de Enrique Peralta Azurdia, estando vigente desde el año de mil novecientos treinta y cuatro, el Decreto Legislativo dos mil nueve de Guatemala, que contenía el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, que entro en vigencia desde mil novecientos treinta y cuatro. El Código Procesal Civil y Mercantil vigente, después de estudios realizados y varias sesiones de trabajo, que tuvo la comisión, entró en vigencia el primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

1.4 Principios fundamentales del proceso

Los principios forman parte de la estructura de una institución, en este caso, del derecho procesal propiamente dicho. El derecho procesal civil se conforma por un conjunto de normas, y de principios que rigen el proceso y el procedimiento. De conformidad con lo escrito por el licenciado Gordillo Galindo⁷, los principios que son fundamentales en la conformación y objetividad del proceso, se encuentran los siguientes:

⁷ Gordillo Galindo, **Ob. Cit**; Pág.14

- Principio dispositivo

Este principio determina que las partes son las que impulsan el proceso, las que toman la iniciativa, es decir, las que hacen posible operativizar la administración de justicia. Son las partes que proporcionan las pruebas en base a los hechos y determinan también los límites de la contienda. Entre algunas normas procesales que contienen este principio se encuentran:

- a) El juez debe dictar su fallo congruente con la demanda y no podrá resolver de oficio sobre excepciones que solo pueden ser propuestas por las partes, de conformidad con lo que establece el Artículo 26 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- b) La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte, conforme lo establece el Artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- c) El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que las partes tienen la obligación de demostrar sus respectivas proposiciones de hechos.

- Principio de concentración

Se concreta este principio en indicar que el proceso debe ser limitativo, es decir, que

debe desarrollarse en el menor número de audiencias o etapas procesales, por ello, se argumenta que consiste en la reunión de la actividad procesal con el objeto de que se concentre por razones de economía procesal y de celeridad del proceso mismo.

- Principio de celeridad

Este principio se refiere a la rapidez, a la prontitud, y ello, pretende que el proceso no solo sea rápido sino que conjuntamente concentrado, por eso tiene íntima relación con el principio anteriormente citado. Un ejemplo de este principio, lo establece el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece los plazos para dictar las resoluciones por parte del juez, las cuales son de carácter perentorio. El Artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial indica: "Plazo para resolver. Las providencias o decretos deben dictarse a más tardar al día siguiente de que se reciban las solicitudes; los autos dentro de tres días; las sentencias dentro de los quince días después de la vista, y esta se verificará dentro de los quince días después de que se termine la tramitación del asunto, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes, en cuyo caso se estará a lo dicho en esas leyes. La infracción a este artículo se castigará con una multa de veinticinco a cien quetzales, que se impondrá al juez o a cada uno de los miembros de un tribunal colegiado, salvo que la demora haya sido por causa justificada a juicio del tribunal superior. Esta causa se hará constar en autos, para el efecto de su calificación".

- Principio de inmediación

Este principio proviene de la inmediatez, de la proximidad que debe tener el juez respecto al proceso y a las partes, en relación a todas fases procesales, especialmente las audiencias, la valoración de la prueba recibida en las mismas, etc. Se fundamenta en lo que establece el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil que indica que el juez presidirá todas las diligencias de prueba así también se encuentra regulado en el Artículo 68 de la Ley del Organismo Judicial que indica que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba así también esta norma indica de la obligación que tienen los jueces de leer y estudiar las actuaciones por sí mismos y son responsables de los daños que causen por omisión, ignorancia o negligencia.

- Principio de preclusión

Este principio establece que una vez pasado por una etapa procesal ya no podrá retrocederse a la misma, esa etapa queda precluida, concluida, y no podrá retroceder, y como ejemplo, puede citarse lo que para el efecto establece el Artículo 108 del Código Procesal Civil y Mercantil cuando indica que existe imposibilidad de admitir, con posterioridad, documentos que no se acompañen con la demanda, salvo impedimento justificativo.

- Principio de eventualidad

Este principio el licenciado Aguirre Godoy, citando al tratadista Alsina indica que “este principio consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa, como medida de previsión ad eventum para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimado, también tiene por objeto favorecer la celeridad en los tramites, impidiendo regresiones en el proceso y evitando la multiplicidad de juicios”.⁸

- Principio de adquisición procesal

Este principio se refiere al hecho de que la prueba aportada al proceso, es para el mismo, y no para la parte que lo proporcionó, porque puede ser que pese a que fue propuesta y diligenciada por una parte, pudo ser el fundamento para resolver el proceso y no precisamente favoreciendo a la parte que la propuso. El Artículo 177 del Código Procesal Civil y Mercantil, al respecto indica: “Los documentos que se adjunten a los escritos o aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba, podrán presentarse en su original, en copia fotográfica, fotostática o fotocopia o mediante cualquier otro procedimiento similar. Los documentos expedidos por notario podrán presentarse en copia simple legalizada, a menos que la ley exija expresamente testimonio. Las copias fotográficas y similares que reproduzcan el documento y sean claramente legibles, se tendrán por fidedignas salvo prueba en contrario.

⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco** Pág.203

Si el juez o el adversario lo solicitaren, deberá ser exhibido el documento original. El documento que una parte presente como prueba, siempre probará en su contra”.

- Principio de igualdad

Este principio se relaciona con los principios de contradicción, debido proceso y legítima defensa, en que las partes procesales deben intervenir en la práctica de cualquier diligencia dentro del proceso en igualdad de condiciones, para que posteriormente pueda determinarse a quien le asiste el derecho.

- Principio de economía procesal

Se refiere fundamentalmente a que en virtud de la celeridad, rapidez y concentración, debe existir economía procesal, no solo para las partes, sino también para el proceso mismo y la actividad jurisdiccional.

- Principio de publicidad

Este principio se refiere a la publicidad de las actuaciones judiciales. Tiene su fundamento, principalmente en lo que establece el Artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial: “Publicidad. Los actos y diligencias de los tribunales son públicos, salvo los casos en que por mandato legal, por razones de moral, o de seguridad pública, deben

mantenerse en forma reservada. La decisión la tomará el juez en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En todo caso los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos de que se trate y hacer las observaciones y protestas que procedan y en general enterarse de su contenido”.

- Principio de probidad

Tiene relación con la actitud no solo del juez sino de las partes, en cuanto a su conducta y deben observar las calidades que cada una de estas personas tienen frente al proceso, respecto a rectitud, honradez, honorabilidad en su accionar y el respeto recíproco que debe existir.

- Principio de escritura

Este principio tiene preferencia principalmente en el proceso civil, porque todas las actuaciones no solamente son rogadas sino que fundamental y formalmente escritas, al contrario de como sucede con el juicio oral, que la escritura es parcial, porque debe prevalecer la oralidad.

- Principio non bis in ídem

Se refiere a que las partes tienen el derecho de accionar ante los órganos jurisdiccionales y otras instituciones, agotando las fases del proceso mismo, y que tienen el derecho de impugnar las resoluciones judiciales para que un tribunal superior conozca del asunto, pero que en ningún caso, debe haber más de dos instancias. El Artículo 211 de la Constitución Política de la República, indica: “Instancias en todo proceso. En ningún proceso habrá más de dos instancias y el magistrado o juez que haya ejercido jurisdicción en alguna de ellas, no podrá conocer en la otra ni en casación, en el mismo asunto, sin incurrir en responsabilidad. Ningún tribunal o autoridad puede conocer de procesos fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determina El Artículo 59 de la Ley del Organismo Judicial, al respecto indica: “Instancias. En ningún proceso habrá mas de dos instancias”.

1.5 El proceso de familia

1.5.1 Generalidades

La familia constituye la base de la sociedad, el cimiento sobre el cual se desenvuelven y desarrollan los seres humanos. La convivencia entre unos y otros es obligatoria para una subsistencia. La sociedad, se encuentra organizada a

través de un cuerpo normativo que rige las conductas entre los miembros de una familia, y de éstos para con la sociedad.

El derecho de familia, considerado como un “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 otorgarle unos, de autonomía frente al derecho privado, otros parangonándola por aproximación al derecho público, y así Pissanelli, citado por Cassio y Romero⁹ estima que, aunque perteneciendo el derecho de familia al derecho privado, goza de mas proximidad con el derecho público, y Crome a que alude Cassio y Romero en la obra mencionada, le da al derecho de familia otra orientación, considerándola como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en general Nipperdey citado en la referida obra diferenciando el derecho de familia del derecho privado, lo estima como un cuerpo extraño en la codificación del derecho privado.

1.5.2 Características del derecho de familia

Existen un sin fin de características que rige para el derecho de familia; sin embargo, para efectos del presente estudio, la autora, ha querido citar las que menciona el tratadista Cassio y Romero, y que son las siguientes:

⁹ Cassio y Romero. **Diccionario de derecho privado**. Pág. 434

- a) Que las normas del derecho de familia sin ser de orden público, si tienen signos coincidentes de este.
- b) Que la normativa 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, si se destaca de las demás ramas del derecho privado”.¹⁰

Anterior al año 1960, 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:

- El matrimonio, como la institución creadora de la relación familiar conyugal, determinando el estado de cónyuges entre las partes.

¹⁰ **Ibid.**

- La filiación legítima que crea la relación paterna filial y por ende el estado de hijo legítimo.
- La adopción, que aproxima e identifica a la persona hasta situarla y considerarla igual a la resultante de una filiación legítima.
- Las relaciones cuasi familiares, como la tutela, cuya génesis puede ser por testamento, por parentesco, tutela legítima o por ministerio de la ley.
- Las relaciones familiares impropias, como acontece con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad
- La unión de hecho, institución moderna relativamente, cuyos efectos son similares a los del matrimonio.

CAPÍTULO II

2 La separación y el divorcio en la doctrina y la legislación

2.1 La separación

2.1.1 Definición

El Diccionario al respecto indica: “Que es una situación en que se encuentran los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impide 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, se vincula, en que el matrimonio subsiste y tiene validez y

que lo que se interrumpe es tan sólo la convivencia y la cohabitación”.¹¹

El Artículo 153 del Código Civil al respecto indica: “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio”. El Artículo 154 del mismo cuerpo legal indica: “Separación y divorcio. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse:

- Por mutuo acuerdo de los cónyuges y;
- Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio”.

La separación como el divorcio se producen como consecuencia del fracaso de un matrimonio, entendiendo a este como una institución social por medio de la cual un hombre y una mujer se unen, con el ánimo de permanencia y con el fin de procrear a sus hijos, de educarlos, de instruirlos, de cuidarlos, a quienes se les encomienda por igual la guarda y cuidado de los hijos.

¹¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 322

2.1.2 Efectos de la separación

Los efectos de la separación son los mismos que se producen con el divorcio, y al respecto, el Artículo 159 del Código Civil indica: “Son efectos civiles y comunes de la separación y el divorcio, los siguientes:

- La liquidación del patrimonio conyugal;
- El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso;
- La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de la parte interesada”.

Al respecto, el Artículo 160 del Código Civil indica: “Son efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, los siguientes:

- El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge y;
- El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido”.

2.2 El divorcio

2.2.1 Definición

El diccionario establece que el divorcio “es la acción y efecto de divorciar y divorciarse, un juez competente en sentencia legal, separa a personas unidas en matrimonio, puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio) o bien manteniéndolo pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho. Por lo que concierne al Derecho de Familia que el divorcio vincular sea admisible o no, es cuestión debatida con amplitud constante y apasionadamente. Hay legislaciones que únicamente admiten la separación de cuerpos, con los consiguientes efectos sobre el régimen de bienes y la custodia de los hijos, porque entienden que, al romperse el vínculo y poder los cónyuges contraer nuevo matrimonio, se suprime la estabilidad de la familia, base de la sociedad, lo que resulta nocivo para la educación de los hijos, que pueden sufrir por ello graves problemas psíquicos. Otras legislaciones, quizá la mayoría, admiten el divorcio con ruptura del vínculo, pues estiman inútil y perjudicial mantener la ficción de que existe unión cuando realmente no hay tal, e incluso la situación de los hijos es peor, por tener que ser involuntarios testigos de la decisión de sus padres. Sin contar con que el prohibir a los divorciados el contraer nuevas nupcias, los suele llevar a mantener relaciones sexuales extramatrimoniales, lo que facilita el concubinato, creador de graves problemas para los amantes, sus ascendientes y también respecto a terceros”.¹²

¹² **Ibíd.** Pág. 261

2.2.2 Causas comunes para obtener el divorcio

El Artículo 155 del Código Civil regula las causas por las cuales cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación o el divorcio y son:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensivas al honor, y en general, la conducta que haga insoportable la vida en común;
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada por más de un año;
- El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;

- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que esta legalmente obligado;
- La disipación de la hacienda doméstica;
- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro
- La condena de uno de los cónyuges en sentencia firme, por delito contra la propiedad o cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión.
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la decencia;
- La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su

naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;

- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

CAPÍTULO III

3 El proceso y los juicios de separación y divorcio

3.1 El juicio ordinario de divorcio

El proceso conlleva una serie de pasos, que a través de un procedimiento, se inicia algo y termina o concluye en una resolución final, en una decisión final.

El juicio ordinario forma parte de los procesos de conocimiento. Los procesos de conocimiento son aquellos que surgen de la controversia entre particulares y que necesariamente las partes deben comprobar los hechos que sostienen. Al respecto lo que establece el doctor Aguirre Godoy:

“Que, en los procesos de conocimiento se afirma la existencia, la modificación o la extinción de ciertos hechos, cuya alegación fundamenta la posición de tales sujetos procesales mantienen en el desarrollo de la controversia. Pero no es suficiente únicamente alegarlos, sino que es menester probarlos”.¹³

¹³ Aguirre Godoy. **Ob. Cit.** Pág.563

Según los licenciados Montero y Chacón, indican de los procesos de conocimiento, que: “Hay que insistir en que los procesos de conocimiento, que también se llaman de declaración, son aquellos por medio de los cuales los tribunales juzgan, es decir, declaran el derecho en el caso concreto, y lo hacen cuando ante los mismos se interpone una pretensión declarativa pura, una pretensión de condena o una pretensión constitutiva”¹⁴.

Como ha quedado establecido, en algunos asuntos que se conocen en familia, rige el procedimiento del juicio ordinario, así como el oral, el ejecutivo, los incidentes, etc., En el caso del juicio ordinario, dentro de sus características fundamentales contiene fases estrictamente reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil que tiene su naturaleza jurídica en el juicio ordinario civil, adaptado a algunos asuntos relacionados con la familia.

A juicio de la sustentante, sería conveniente que en todos los asuntos de familia, el trámite sea oral, tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la institución de la familia y de los asuntos que por ella se tramitan, teniendo cierto grado de complejidad y que se refiere a asuntos que sólo competen a los integrantes del grupo familiar que se encuentran en contienda, ello, en materia jurídica ha tenido gran avance, tomando en consideración que pese a lo estrictamente formal del

¹⁴ Montero y Chacón, José **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág.253

juicio ordinario, éste también regula en el Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil lo relativo a la conciliación, como se verá más adelante.

3.2 Fases del juicio ordinario

3.2.1 La demanda

La demanda es con la cual se inicia el juicio. Constituye un elemento causal de una futura resolución favorable o desfavorable a las pretensiones que en ella se formulan, o bien, como un acto formal que pone en movimiento la actividad jurisdiccional de los órganos del Estado como lo son la administración de justicia a través de sus distintos juzgados y tribunales, en el ramo de familia.

Dentro del derecho de familia rigen para su procedimiento el juicio oral, el juicio ordinario y algunos de los juicios especiales, entre uno y otros existen diferencias sustanciales; sin embargo, se emplean ambos para el conocimiento de los asuntos de familia, desconociendo la razón por medio de la cual, las autoridades de la Corte Suprema de Justicia, decidieron a través de la circular que fue descrita anteriormente, que unos se llevarán por medio del Juicio oral y otros por el ordinario, siendo más prudente que todos los asuntos de familia, debido a la naturaleza jurídica de éstos y al interés en juego que trascienden a la colectividad, deban realizarse por la vía oral, en virtud de que ofrece una solución más rápida,

se produce la inmediación del juez, se aplica el principio de concentración, economía procesal, publicidad, etc.

La demanda se proyecta sobre las sentencias estimatorias o sean aquellas que hacen lugar a la pretensión del actor y guarda relación con el concepto que de la demanda tiene Alsina, citado por el licenciado Aguirre Godoy, que indica “por demanda se entiende toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés”¹⁵. Desde este punto de vista, ninguna distinción cabe hacer entre la petición del acto que ejercita una acción o la del demandado que opone una defensa, porque en ambos casos se reclama la protección del órgano jurisdiccional fundada en una disposición de Ley.

En el orden de la demanda que lleva inmersa en ella, la pretensión de la parte actora y el derecho de acción, es el acto inicial por medio del cual se pone en funcionamiento la administración de justicia, en este caso dentro de lo que se conceptualiza como juicio ordinario o bien el juicio oral, indistintamente que su naturaleza sea de carácter civil, laboral, familiar, etc.

La demanda es la forma de ejercitar la acción y con ella se designa el acto inicial de la relación procesal. El tratadista Alsina, citado por el licenciado Aguirre Godoy

¹⁵ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; Pág. 414.

expone que la demanda es “como el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del tribunal la protección, la declaración o la constitución de una situación jurídica, según sea, en efecto, la naturaleza de la acción deducida, la demanda será de condena, declarativa o constitutiva”¹⁶

El Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario”. En el juicio oral, también se aplican estas normas (establecidas para el juicio ordinario), en lo que corresponda y su fundamento se encuentra establecido en el Artículo 200 del Código Procesal Civil y Mercantil que expone: *“Son aplicables al juicio oral todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a lo preceptuado en este título”*.

La demanda en el juicio ordinario cumple ciertas formalidades, el Artículo 106 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “en la demanda se fijarán con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición”. En cuanto a ello, debe contener todos los requisitos de una primera solicitud de conformidad con lo que establece el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, que son:

- a) Designación del juez o tribunal a quien se dirija;

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 414.

- b) Nombres, apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones;
- c) Relación de los hechos a que se refiere la petición;
- d) Fundamento de derecho en que se apoye la solicitud, citando las leyes respectivas;
- e) Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho, si se ignorare la residencia se hará constar;
- f) La petición, en términos precisos;
- g) Lugar y fecha;
- h) Firmas del solicitante y del abogado colegiado que lo patrocine, así como el sello de éste. Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por él otra persona o el abogado que lo auxilie.

3.2.2 Clases de demanda

Se establece en la doctrina que existen distintas clases de demanda, porque se analiza desde el punto de vista de su objeto, que de allí depende que se estime el interés de la parte que la interpone, según las diferentes incidencias que surgen en la complicada faceta del juicio. Interesa en base a lo anterior, y al presente estudio, distinguir básicamente dos clases de demanda: La introductiva de instancia y la demanda incidental. La primera es la que se ha definido anteriormente, en tanto la segunda, configura lo que se llaman incidentes, que suponen un proceso ya iniciado. La Ley del Organismo Judicial regula lo correspondiente a los incidentes o aquellas cuestiones que se promueven en un asunto y que tienen relación inmediata con el negocio principal.

3.2.3 Importancia de la demanda

La demanda es un proyecto de sentencia, por lo tanto, una demanda que reúne los requisitos legales y materiales, constituye una sentencia favorable para quien la interpuso, si también se encuentra ajustada la pretensión dentro de dicho planteamiento. Se puede decir, que es la base de éste y que de ella depende el éxito de la acción ejercitada. La demanda contiene las pretensiones del actor y sobre éstas ha de pronunciarse la sentencia, las demandas defectuosas serán repelidas por el juez (Artículo 109 del Código Procesal Civil y Mercantil) o en su

caso, originan excepciones procesales, sobre los hechos expuestos en la demanda o en la contestación se recibirá la prueba o sobre aquellos cuyo conocimiento llegare a las partes con posterioridad (Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil). De aquí proviene que la mayoría de los procesos que en la práctica no prosperan se debe al defectuoso modo de plantear las demandas.

3.2.4 Contenido de la demanda

El Artículo 106 de la legislación adjetiva civil guatemalteca, establece que en la demanda se fijaran con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición. La disposición citada, debe relacionarse con el Artículo 61 del mismo cuerpo legal, o sea que establece los requisitos indispensables de toda primera solicitud dirigida a los tribunales y que sirve de base a los jueces para aplicar el contenido del Artículo 109 ya citado.

En cuanto a lo anterior, la legislación indica que los jueces repelarán de oficio las demandas que no contengan los requisitos establecidos por la ley, expresando los defectos que hayan encontrado. Cabe señalar también, que en materia de familia, las demandas que no cumplan con éstos requisitos, no pueden ser rechazadas, sino que el juez tiene la obligación de imponer los denominados previos, para que la parte actora, los cumpla y de esa manera pueda darse el trámite respectivo.

3.2.5 Forma de la demanda

El Código Procesal Civil y Mercantil, establece de manera general un orden en la redacción de las demandas y en consecuencia se puede principiar con la petición, la práctica ha establecido una redacción más o menos ordenada, que va de la exposición de los hechos a la anunciación de la prueba, seguida de la fundamentación de derecho, para concluir con la petición. El Artículo 63 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “De todo escrito y documento que se presente deben entregarse tantas copias claramente legibles, en papel común o fotocopia, como partes contrarias hayan de ser notificadas, a cuya disposición quedarán desde que sean presentadas. Para el efecto de este artículo, se considerarán como una sola parte los que litiguen unidos y bajo una misma representación. Los litigantes presentarán una copia adicional, debidamente firmada, que utilizará el Tribunal para reponer los autos, en caso de extravío. En los escritos se hará constar el número de copias que se acompañen.”

3.2.6 Modificación de la demanda y acumulación de acciones:

Las pretensiones del actor o actora, se hacen valer a través del ejercicio de su acción y pueden ser susceptibles de cambiarse o de modificarse. El Artículo 110 preceptúa: “Podrá ampliarse o modificarse la demanda antes de que haya sido contestada”. En una misma demanda pueden proponerse diversas pretensiones

contra una misma parte, siempre que no sean contrarias, ni que hayan de seguirse en juicios sujetos a procedimientos de distinta naturaleza, o sea, lo que en doctrina se ha llamado acumulación objetiva de acciones.

El hecho de que el demandado ya haya intervenido en el juicio, oponiendo excepciones, no obsta el cambio o modificación de las pretensiones del actor, por cuanto que la demanda no ha sido contestada.

El hecho de haber trascurrido el término de la audiencia para que se conteste la demanda, tampoco obsta el cambio o modificación de las prestaciones del demandante, porque no hay disposición que lo obligue a acusar rebeldía por el sólo transcurso del término fijado. Pero la demanda no solamente puede ser modificada por la acumulación sucesiva de acciones de una misma parte, puede serlo también en relación con los sujetos, cuando se incorporaran nuevos sujetos al proceso, o en relación al objeto, cuando hay cambio en la cosa demandada o en la naturaleza del pronunciamiento que se persigue obtener del tribunal.

3.2.7 Fase de contestación de la demanda, emplazamiento y rebeldía

“Frente a la demanda la primera actitud que puede adoptar el demandado es la de no comparecer, a esta actitud, entendida como inactividad inicial y total, se denomina,

como hemos dicho un tanto incorrectamente, rebeldía”¹⁷

Cuando una demanda contiene los requisitos legales para ser admitida, ya sea en el juicio ordinario o en el juicio oral, el juez dicta resolución en la que se admite la demanda para su trámite, y se ordena en la misma el emplazamiento del demandado, concediéndole audiencia para que se manifieste respecto de la demanda entablada en su contra. El Artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “Presentada la demanda en la forma debida el juez emplazará a los demandados, concediéndoles audiencia por nueve días comunes a todos ellos”.

El Artículo 113 del mismo cuerpo legal indica “Si transcurrido el término del emplazamiento el demandado no comparece, se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se le seguirá el juicio en rebeldía, a solicitud de parte”.

Al contestar la demanda, debe el demandado interponer las excepciones perentorias que tuviera contra la pretensión del actor. Las nacidas después de la contestación de la demanda, se pueden proponer en cualquier instancia y serán resueltas en sentencia, conforme lo establece el Artículo 118 del Código Procesal Civil y Mercantil.

¹⁷Montero Aroca, José; Chacón Corado, Manuel. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág.122

Respecto a la reconvención, o contra demanda, el Artículo 119 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que “Solamente al contestarse la demanda podrá proponerse la reconvención, siempre que se llenen los requisitos siguientes: que la pretensión que se ejercite tenga conexión por razón del objeto o del título con la demanda y no deba seguirse por distintos trámites”.

3.3 Excepciones

“Es el título o motivo que como medio de defensa, contradicción o repulse, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor”.¹⁸

La excepción entonces, es la facultad procesal que tiene el demandado de hacer valer el derecho de defensa frente a la demanda y pretensión del actor, dentro del principio contradictorio.

3.3.1 Clasificación de las excepciones

3.3.1.1 Clasificación legal y común de las excepciones

La clasificación legal y común de las excepciones, se distinguen en:

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág.231

- a) Previas o dilatorias
- b) Mixtas
- c) Perentorias

- Excepciones previas o dilatorias

Son aquellas que tienden a postergar la contestación de la demanda:

- a) Incompetencia;
- b) Litispendencia;
- c) Demanda defectuosa;
- d) Falta de capacidad legal;
- e) Falta de personalidad;
- f) Falta de Personería;
- g) Falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se haga valer;
- h) Caducidad;
- i) Prescripción;
- j) Cosa juzgada;
- k) Transacción;

Este carácter dilatorio que tienen las excepciones previas, ha hecho creer frecuentemente que el fin de la excepción es el de dilatar o de alargar el juicio, circunstancia que debe ser mas profundamente analizada, sin que el hecho de dilatar el proceso, tiene como objetivo depurarlo, que implica o tiene como consecuencia, lograr la eficacia y la validez de los actos procesales posteriores.

- Excepciones perentorias

Estas excepciones son las que se emiten sobre el fondo del asunto y se deciden por esa misma razón en sentencia, como ejemplo de estas, se encuentran:

- a) Pago;
- b) Compensación;
- c) Novación;

Estas excepciones no aparecen nominadas en la ley, a diferencia de las dilatorias o previas, y tienen su naturaleza jurídica en circunstancias de hecho o de derecho y se resuelven, por ese mismo motivo, en la sentencia, porque deciden o ponen fin al juicio.

- Excepciones mixtas

Las excepciones mixtas, son aquellas que, teniendo carácter de previo a la contestación sobre el fondo, es decir, planteando una cuestión anterior al motivo mismo del juicio, proponen una defensa que, siendo acogida, pone fin a éste:

- a) Cosa juzgada.
- b) Transacción.
- c) Caducidad.
- d) Prescripción.

Se trata, entonces, de las que deciden del conflicto por razones ajenas al merito de la demanda. La excepción mixta tiene pues, la forma de previa y el contenido de perentoria. Ponen fin al juicio, pero mediante un pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de un derecho, sino merced al reconocimiento de una situación jurídica que hace innecesario analizar el fondo del derecho.

3.3.1.2 Clasificación de las excepciones conforme el Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil, contiene las siguiente clasificación: El Artículo II6 del Código Procesal Civil y Mercantil, indica:

El demandado puede plantear las siguientes excepciones previas:

- a) Incompetencia.
- b) Litispendencia.
- c) Demanda defectuosa.
- d) Falta de capacidad legal.
- e) Falta de personalidad.
- f) Falta de personería.
- g) Falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se haga valer.
- h) Caducidad.
- i) Prescripción.
- j) Cosa juzgada.
- k) Transacción.

Independiente a las excepciones nominadas en el artículo citado anteriormente, también es importante, establecer que la ley también regula la excepción de arraigo, sin establecer legalmente como previa o perentoria, pero debido a su naturaleza jurídica, debe entenderse que es previa.

3.3.1.3 Trámite de las excepciones

El Artículo 120 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “Dentro de seis días de emplazado, podrá el demandado hacer valer las excepciones previas. Sin embargo, en cualquier estado del proceso podrá oponer las de litispendencia, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería, cosa juzgada, transacción, caducidad y prescripción. El trámite de las excepciones será el mismo de los incidentes. El Artículo 121, indica: *“El juez resolverá en un sólo auto todas las excepciones previas. Si entre ellas se hallare la excepción de incompetencia y el juez la declare infundada, se pronunciará sobre las otras excepciones previas en el mismo auto. Si la incompetencia fuere declarada con lugar, el juez se abstendrá de decidir las restantes, hasta que quede ejecutoriada la decisión recaída en materia de incompetencia. Si el auto fuere apelado, el tribunal superior se pronunciará sobre todas las excepciones previas que se hubieren resuelto. Si debiera pronunciarse sobre la incompetencia y la declarase fundada, se abstendrá de pronunciarse sobre las restantes y dispondrá la continuación del juicio por el juez que declare competente”.*

3.4 La prueba

Comúnmente la prueba se define como la acción y el efecto de probar, probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

En el proceso, las partes que intervienen afirman la existencia, la modificación o la extinción de ciertos hechos, cuya alegación fundamenta la posición que tales sujetos procesales mantienen en el desarrollo de la controversia, pero no es suficiente, únicamente alegarlos, sino que es menester probarlos. De conformidad con el principio dispositivo que en este punto, con algunas excepciones, todavía impera en el ordenamiento procesal civil guatemalteco “corresponde a las partes la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. La prueba de los hechos cuando se controvierten, es indispensable, porque la manera como queden fijados en el proceso, será determinante para la aplicación de las normas jurídicas que controlen cada particular situación”.¹⁹

3.4.1 Objeto de prueba

Según la reglamentación de los códigos, se han distinguido los juicios de hecho de los de puro derecho, siendo en los primeros, la prueba necesaria, en tanto que en los segundos no es necesaria, en virtud de que el juez sabe el derecho y no tiene que probarse. Con respecto a la prueba de derecho, la regla general es: “el derecho no está sujeto a prueba”; sin embargo, según indica Couture, hay varios casos en que se producen excepciones, como sucede cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, en cuyo supuesto hay que probarla, cuando la

¹⁹ Aguirre Godoy. **Ob. Cit.** Pág.559

costumbre es fuente de derecho, hay que probar la existencia del derecho.”²⁰

3.4.2 La carga de la prueba

Conforme lo establece la ley, corresponde a las partes la prueba de sus afirmaciones, pero se ha discutido en la doctrina si esto constituye o no una obligación. La opinión mas difundida es que la prueba constituye una carga procesal para las partes, por cuanto que, si no la producen estarán sometidas a las consecuencias que se deriven de su omisión. La aportación de la prueba por las partes, también representa que dicha aportación sea necesariamente para el proceso y que tiene mucha relación con el principio de adquisición procesal, en que el juez tiene la obligación de valorar, no solo quién aportó la prueba, sino también, la capacidad o disponibilidad en que se encontraba la parte procesal de aportarla, y la indisponibilidad en que se encontraba la otra de no aportarla, porque en conclusión o como fin, debe establecerse que la prueba, no es más que el medio para llegar a un fin, mediante un método que es la averiguación de la verdad histórica en un hecho relatado que debe prácticamente reconstruirse mentalmente e inclusive en unos casos, físicamente, para poder establecer lo sucedido y por lo tanto, fallar en apego a la justicia, la verdad y la legalidad.

²⁰ **Ibid.**

3.4.3 Apertura a prueba

El Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que si hubieren hechos controvertidos, se abrirá a prueba el proceso por el termino de treinta días, con otro plazo extraordinario, que puede ser aplicado a diez días más cuando sin culpa del interesado no haya podido practicarse las pruebas pedidas en tiempo. La solicitud de prorroga deberá hacerse, por lo menos tres días antes de que concluya el termino ordinario y se tramitará como incidente.

3.4.4 Medios de prueba

De conformidad con el Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil, que también le es aplicable a lo conceptualizado en el juicio sumario, los medios de prueba son:

- a) Declaración de las partes.
- b) Declaración de testigos.
- c) Dictamen de expertos.
- d) Reconocimiento Judicial.
- e) Documentos.
- f) Medios Científicos de prueba.
- g) Presunciones.

3.5 Vista

Según el Diccionario vista es la “audiencia o actuación en que un tribunal oye a las partes o sus letrados, en un incidente o causa, para dictar el fallo”.²¹

Concluido el plazo de prueba, el secretario lo hará constar sin necesidad de providencia, agregará a los autos las pruebas rendidas y dará cuenta al juez.

El juez, de oficio, señalará día y hora para la vista dentro del plazo señalado en el Artículo 196 del Código Procesal Civil y Mercantil, oportunidad en la que podrán alegar de palabra o por escrito los abogados de las partes y éstas si así lo quisieran. La vista será pública, si así se solicitare conforme lo establece la norma legal citada.

3.6 Auto para mejor fallar

El auto para mejor fallar, constituye por excelencia la prueba oficiosa, porque es la que puede realizar el juez, al concluir todo el diligenciamiento de la prueba ofrecida por las partes, que pueden contribuir a esclarecer el hecho y fallar a través de la sentencia, pero que a través de auto para mejor fallar o mejor proveer, el juez tiene la posibilidad de que no estando convencido de determinado asunto,

²¹ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 419

pueda resolver este auto, que permita un fallo apegado solo a la justicia, legalidad y realidad.

Auto, conforme lo establece la Ley del Organismo Judicial es un decreto judicial dado en alguna causa civil o criminal. Los jueces y tribunales, antes de pronunciar su fallo, podrán acordar para mejor proveer:

- a) Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
- b) Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que consideren necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.
- c) Traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso.

Estas diligencias se practicarán en un plazo no mayor de quince días. Contra esta clase de resoluciones no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal conceda”.

3.7 Sentencia

Para Chiovenda la sentencia es: “la resolución del juez, que admitiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la

inexistencia o existencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien al demandado”.²²

El Artículo 198 del Código Procesal Civil y Mercantil al respecto indica: “efectuada la vista, o vencido el plazo del auto para mejor fallar, se dictará la sentencia conforme a lo dispuesto en la ley”.

3.8 El juicio voluntario de divorcio

3.8.1 Generalidades

De conformidad con lo que establece el Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiera la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Dentro de los asuntos que se tramitan en esta vía se encuentran:

- a) Declaratoria de incapacidad
- b) Ausencia y muerte presunta

²² Chiovenda, José. **Principios de derecho procesal civil**. Pág.109

- c) Disposiciones relativas a la administración de bienes de menores, incapaces y ausentes
- d) Disposiciones relativas al matrimonio, en el caso del divorcio y la separación.
- e) Disposiciones relativas a los actos del estado civil, reconocimiento de preñez o parto, cambio de nombre, identificación de persona, asiento y rectificación de partidas, patrimonio familiar.
- f) Subastas voluntarias
- g) Proceso sucesorio

3.8.2 Fases del trámite

3.8.2.1 Memorial inicial:

Este tiene la singularidad de asemejarse a un escrito de demanda, y conlleva la solicitud que se dirige al juez de ambos cónyuges para que sea declarada la separación o el divorcio por mutuo acuerdo. Además, debe establecer lo relativo a las bases del divorcio, en lo que respecta a la guarda y custodia de los hijos, los alimentos, etc.

3.8.2.2 Medidas cautelares

El Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “Al darle curso a la

solicitud, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cual será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuera el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre, y los hijos varones mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los jueces determinarán igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentran en su poder”.

3.8.2.3 Junta conciliatoria

Con el objeto de lograr el juez, persuadir a los presentados de la importancia que tiene el matrimonio y de establecer una posible reconciliación, tomando en consideración el deber del Estado en la protección de la familia, el juez cita a las partes para que comparezcan a una junta conciliatoria dentro de los ocho días siguientes a partir del momento en que se presentara el memorial de solicitud, debiendo por ello, que las partes tienen que comparecer personalmente, auxiliadas de sus respectivos abogados.

Si en el caso no hubiere conciliación, las partes ratificarán su solicitud inicial y continuará el proceso hasta concluir en una sentencia que dictará el juez.

El Artículo 432 del Código Procesal Civil y Mercantil indica al respecto lo siguiente: “Reconciliación. En cualquier estado del proceso de separación o divorcio y aún después de la sentencia de separación, pueden los cónyuges reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia. Sólo por causas posteriores a la reconciliación, podrá establecerse nuevo proceso. La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal ante el juez, por memorial con autenticación de firmas o por escritura pública”.

De conformidad con la ley, las bases del divorcio o de la separación, deben contener los siguientes requisitos:

- a) A quien quedan confiados los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio.
- b) Por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en que proporción contribuirá cada uno de ellos.
- c) Que pensión deberá pagar el marido a la mujer, si esta no tienen rentas propias que basten para cubrir sus necesidades.

- d) Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges. El convenio no perjudicará a los hijos quienes a pesar de las estipulaciones, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y educados con arreglo a la ley.

3.8.2.4 Aprobación de las bases del convenio, sentencia y registro

Al no haber tenido éxito la conciliación, el juez emitirá un auto aprobando las bases del convenio suscrito entre las partes, y tiene la facultad de solicitar aclaración de los puntos que así lo considere, respecto a las temas principales que debe contener el mismo.

El Artículo 431 del Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto al pronunciamiento de la sentencia, indica: "Cumplidos los requisitos anteriores, e inscritas las garantías hipotecarias en su caso, el juez dictará la sentencia dentro de ocho días, la que resolverá sobre todos los puntos del convenio y será apelable. Después de seis meses de haber causado ejecutoria la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede pedir que se convierta en divorcio, fundado en la ejecutoria recaída en el proceso de separación. Esta petición se resolverá como punto de derecho, previa audiencia por dos días a la otra parte. En caso de oposición, se tramitará en juicio ordinario".

Respecto a la inscripción y registro de la sentencia, la misma la realiza el juez de oficio tanto en el Registro General de la Propiedad si fuere el caso, y en el Registro Civil correspondiente, siendo objeto de inscripción y registro:

- a) La sentencia de separación.
- b) La reconciliación posterior a ella.
- c) La sentencia de divorcio.

CAPÍTULO IV

4. La fase de conciliación en los juicios de separación o divorcio y la comparecencia de los apoderados, análisis del Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil y la necesidad de su reforma.

4.1 La fase de conciliación

La conciliación constituye en la doctrina una forma extrajudicial de resolver conflictos, es una forma de descongestionar a los tribunales de justicia del cúmulo de procesos o expedientes que se tramitan a diario y que cada uno de ellos conlleva un conflicto, una problemática. En el derecho de familia, una problemática de orden familiar, entre los miembros de un grupo de familia.

La conciliación para efectos del enfoque del presente trabajo, debe entenderse desde dos puntos de vista, el primero, que se refiere a la conciliación propiamente dicha, que conlleva un arreglo, de manera extrajudicial, o bien la que realiza el juez, en cumplimiento a lo que establece el Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil, o bien cuando las partes no tienen proceso y acuerdan separarse y fijarse la pensión alimenticia para los hijos, o bien establecer un convenio de relación familiar, cuando los padres ya se encuentran separados.

En el otro caso, se refiere a la conciliación que obligadamente debe practicar el juez en un proceso y que la establece como obligatoria, como sucede en los asuntos de familia, con los juicios orales, en los asuntos laborales, en la primera audiencia, el juez procurará avenir a las partes para que lleguen a un arreglo. El hecho de que el juez celebre conciliaciones, es muy importante, porque no sólo contribuye a descongestionar los tribunales de justicia, sino también aplica una justicia pronta y cumplida, a partir del momento en que trata de avenir a las partes para que lleguen a un arreglo y las partes lo hacen, el juez aprueba dicho convenio, previendo que no contengan reglas, normas que trasciendan y violen garantías y derechos constitucionales, tanto de la mujer, del hombre como de los hijos.

Anteriormente a la introducción de programas de modernización en el Organismo Judicial, no existía en los jueces el hábito de la conciliación, y se sometían estrictamente a lo que se observaba en el proceso, aunque esa observación fuera mínima. En el derecho penal, por ejemplo, no existía la conciliación ni la mediación, y fue a partir de la creación del Código Procesal Penal moderno y de sus reformas, como se introdujo la conciliación y la mediación como formas extrajudiciales de resolver conflictos facultando al fiscal del Ministerio Público como al síndico de la municipalidad del lugar, cuando no exista Ministerio Público, lo cual repercute positivamente, porque este tipo de conciliación o de mediación, se suscita en los casos en que el hecho constituye un delito o falta.

En el derecho de familia, se sitúa la conciliación como obligatoria, toda vez, que tanto el Código Procesal Civil y Mercantil, como la Ley de Tribunales de Familia, establecen la importancia de la intermediación del juez y de la oralidad, publicidad y otros principios fundamentales que garantizan un proceso ágil, y flexible en materia de conciliación.

En la institución de la separación y el divorcio, como quedó anotado anteriormente, se suscitan casos a diario y a juzgar por la sustentante, se han incrementado los casos en que se producen con mayor frecuencia los divorcios, y primeramente las separaciones de hecho.

La problemática radica en los hijos, porque ellos son los que más sufren las consecuencias de las separaciones, toda vez, que para los hijos, tanto el padre como la madre, representan personas importantes y fundantes para su sano desarrollo; sin embargo, a veces, debe suponerse que el hecho de que los hijos presencien casos de violencia intrafamiliar, maltrato, etc., se continúen dando, y que resultaría mejor la separación de cuerpos o bien el divorcio de los cónyuges.

Tanto en el divorcio ordinario como en el voluntario, que se diferencian, el uno por el hecho de que cualquiera de los cónyuges no se encuentra de acuerdo con el divorcio y en el otro caso, que existen un consenso y que ambos desean divorciarse y así lo hacen, se suscita la importancia que debe tener el papel del

juez tanto en el juicio ordinario como en el voluntario.

Por un lado, en el caso del juicio ordinario, debe señalar día y hora para la celebración de la audiencia de Junta Conciliatoria, la misma, se ha observado que si comparecen las partes, se practica, sino comparecen no se practica, pero ya no se vuelve a señalar audiencia para junta conciliatoria, si las partes hubieren sido bien notificadas. Es decir, que algunos jueces consideran la junta conciliatoria, como algo trivial, como un requisito de forma que puede o puede que no se de, y que al no haber comparecido cualquiera de las partes, especialmente la parte demandada a la junta conciliatoria previamente señalada, la parte actora, tendrá la facultad transcurrido el tiempo, de solicitar que se tenga por contestada la demanda en sentido negativo, si no hubiere comparecido anteriormente la parte demandada, aunque no se hubiere hecho presente a la audiencia de la junta conciliatoria, y se tendrá a la parte demandada como rebelde.

Así también, la parte actora, podrá solicitar la apertura a prueba por considerar que existen hechos controvertidos.

El juicio continúa su curso, y llega el momento procesal en que el juez tiene que resolver valorando cada una de las pruebas aportadas al proceso, para establecer si procede o no la pretensión de la parte actora de declarar disuelto el vínculo del matrimonio.

En este sentido, debe estimarse, lo que regula el Artículo 163 del Código Civil, en cuanto le sea aplicable, el cual indica que el juez debe pronunciarse sobre los puntos importantes para poder declarar con lugar una demanda de divorcio o separación, como lo es la pensión alimenticia para los hijos, con quién de los padres quedarán los hijos en cuanto a su guarda y cuidado, lo relativo a la pensión alimenticia que le pudiera corresponder a la cónyuge, así como la garantía de los alimentos.

4.2 Análisis del Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil

El Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil se encuentra dentro de las normas que se regulan para el trámite del juicio voluntario de divorcio, y data:

“El juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días. Las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas por diferente abogado. Previa ratificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones convenientes, a fin de que continúen la vida conyugal. Si aquellos se avinieren, el juez declarará el sobreseimiento definitivo.

Únicamente el cónyuge que esté fuera de la república podrá constituir apoderado para este acto. En ningún caso pueden los cónyuges designar apoderado a una misma persona para tramitar estas diligencias”.

Como se podrá observar, en este tipo de procesos, la citación de las partes para una junta conciliatoria resulta obligada para el juez, incluyendo que establece un plazo perentorio de ocho días. El otro aspecto fundamental a observar, es el hecho de que la norma establece como un mandato que las partes comparezcan, al indicar que las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas por diferente abogado, a esto último, la sustentante establece que existe contradicción, porque si se considera que el divorcio es mutuo o por acuerdo de ambos cónyuges, bien podrían comparecer ambos auxiliados de un sólo abogado.

En cuanto a la obligatoriedad de que las partes comparezcan en forma personal, difiere esta obligatoriedad o se aminora al considerar el último párrafo del artículo analizado, toda vez, que establece que cualquiera de los cónyuges, cuando se encuentren fuera de la República de Guatemala, podrán constituir apoderado para este acto.

En el caso de la comparecencia personal, si concuerda con lo que establece la legislación con relación a la conciliación, porque lógicamente no puede haber conciliación y que los jueces la practiquen, con personas ajenas al proceso, como lo son los mandatarios o apoderados, con quienes en ningún momento se hace posible la conciliación, la cual se torna cada día más, por el volumen de demandas de divorcio o separación, así como por el volumen de trabajo del juez, es difícil

de poder cumplir el juez con los verdaderos fines por los cuales se creó esta norma, respecto a que practique la conciliación y para lograr persuadir a los cónyuges de la importancia del matrimonio y de la importancia de que ambos contribuyan al sano crecimiento y de manera integral respecto a sus hijos.

La problemática que surge entonces en cuanto a los juicios ordinarios y voluntarios de divorcio con respecto a la conciliación es crítica, toda vez, que el juez en ninguno de los casos, tiene la obligatoriedad de practicar la conciliación. En el juicio ordinario, señala obligadamente día y hora para la audiencia de junta conciliatoria, pero ello, en la actualidad, se ha convertido en un requisito que debe cumplirse, y en el caso de la inasistencia de los cónyuges, se procede con las siguientes fases del juicio.

En el caso del juicio voluntario de divorcio, se establece la conciliación de manera obligatoria para el juez, pero no existe coercibilidad en la norma, toda vez, que pese a que establece que para practicar la conciliación por parte del juez, debe hacerla directamente con las partes del proceso, que son los cónyuges, cualquiera de éstos puede hacerse representar por medio de mandatario, porque la norma establece que se encuentre fuera de la República, y el mandatario puede indicar que se encuentra fuera de la república, lo cual no puede ser verificable en el momento de la audiencia, y se toma por cierto. En otros casos, se ha sabido que los jueces no permiten que comparezcan apoderados sin la

constatación escrita de que su representado se encuentra fuera de la república de Guatemala, y que atendiendo al espíritu de la norma, en cuanto a que constituye una forma de justificar la inasistencia de cualquiera de los cónyuges por casos de fuerza mayor, en el que le fue imposible a éstos acudir a dicha audiencia, de que se haga comparecer por medio de apoderado, sin embargo, en la práctica ello no se ha convertido en una costumbre de los cónyuges, en cuanto a que no desean comparecer a la junta conciliatoria y lo hacen a través de mandatarios, pero que ello repercute negativamente en la actividad que debe realizar el juez, porque resultaría ilógico que pudiera practicar la conciliación en las personas designadas como mandatarios o apoderados, y que éstos puedan conciliar y avenirse, para declarar el sobreseimiento definitivo.

4.3 La comparecencia por medio de apoderados y sus repercusiones en la fase de conciliación.

Como se ha explicado con anterioridad, el mandato o poder constituye una justificación por parte de quien la otorga a favor de un tercero, para que este lo represente en los actos encomendados por éste y que puede ser oneroso o gratuito.

La utilización del mandatario en los procedimientos judiciales, es muy común, sin

embargo, para unos casos resulta oportuno para quien se hace comparecer por medio de mandatario, pero en algunos casos, la ley debería establecer los casos de excepción como sucede en el presente caso, con los juicios voluntarios de divorcio.

En los juicios ordinarios de divorcio, podría operar, ya que la conciliación resulta litigiosa, sin embargo, debe estimarse también que en el caso de los juicios ordinarios, lógicamente, uno de los cónyuges desea divorciarse y el otro no, por ello, la conciliación o la fase de conciliación en este tipo de procesos, debe estimarse por los legisladores, para establecer que debe ser obligatoria por parte del juez y que la presencia de los cónyuges no puede hacerse por medio de mandatarios o apoderados como lo establece la ley.

Debe crearse conciencia en los legisladores, la problemática de deterioro que vive la sociedad guatemalteca, especialmente la familia guatemalteca, con la introducción de culturas importadas, del comercio, la industria, las maras, el desempleo, la desnutrición, etc., todos los problemas que afronta la sociedad, entre ellos también lo relativo a la violencia intrafamiliar, sin existir instituciones o mecanismos estatales que puedan contribuir a contrarrestar esta problemática que día a día provoca la desintegración de la familia y la proliferación de madres solteras, padres solteros, hijos sin padre, o bien hijos sin madre, que efectivamente provoca deterioro en la atención integral que necesita el menor en el

momento del desarrollo.

Por lo tanto, en los juicios voluntarios como ordinarios, la fase de conciliación es muy especial y debe ser obligatoria, fase sin la cual no puede continuarse las subsiguientes, y que el juez se encuentre preparado con el personal idóneo, respecto a la trabajadora social o bien psicólogo o psicóloga para que puedan practicar lo que la ley establece, respecto a las formas de conciliación y de reflexión conveniente para los cónyuges para que continúen la vida en común.

CAPÍTULO V

5 Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo

El trabajo de campo, significó el análisis de procesos de divorcio, así como de entrevista con dos jueces de familia y diez personas, entre abogados litigantes y estudiantes de derecho, y a continuación se presentan los resultados del trabajo de campo.

Cuadro No. 1

Pregunta:

¿Considera que en la actualidad los juicios ordinarios de divorcio han aumentado en el índice de demandas en los tribunales?

Respuesta	cantidad
Si, y es alarmante	08
Si, así como de parejas en convivencia	02
Si, especialmente ordinarios	02
Total:	12

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

Cuadro No. 2

Pregunta:

¿Considera usted que se producen con mayor frecuencia los divorcios ordinarios que los voluntarios?

Respuesta	Cantidad
Considero que los ordinarios	10
Los voluntarios	02
Total:	12

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

Cuadro no. 3

Pregunta:

¿Considera que existe una intervención directa del juez en los juicios de divorcio?

Respuesta	Cantidad
Si, en la medida de lo posible	02
No	10
Total:	12

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

Cuadro no. 4

Pregunta:

¿Considera que la conciliación en los juicios ordinarios es obligatoria?

Respuesta	Cantidad
Si	08
No	04
Total:	12

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

Cuadro no. 5

Pregunta:

¿Considera que, es correcto que señalado el día de la audiencia de conciliación las partes no se presentan, continuar el proceso y obviar la conciliación?

Respuesta	Cantidad
No, porque debe señalarse otra audiencia de modo que el juez cumpla su función	08
Si, porque si no asisten las partes es porque no desean la conciliación	04

Total: 12

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

Cuadro no. 6

Pregunta:

¿Considera que, es correcto que el juez no intervenga en la conciliación en cualquiera de los juicios tanto ordinarios como voluntarios de divorcio?

Respuesta	Cantidad
No, porque debe tratar de avenir a las partes para que no se separen o divorcien	08
No	04
Total:	12

Fuente: Investigación de campo, Agosto de 2003

Cuadro no. 7

Procesos de divorcio

No. de procesos	Cantidad en la que se practicó la conciliación por parte del juez
-----------------	---

20 ordinarios	08
20 voluntarios	06

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003

Cuadro no. 8

Pregunta:

¿Considera que, debe reformarse la ley en el sentido de que la conciliación sea obligatoria practicarla por el juez en los juicios de divorcio?

Respuesta	Cantidad
Si	12
No	08
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

Cuadro no. 9

Pregunta:

¿Considera usted que, debe eliminarse del Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil, la asistencia de cualquiera de los cónyuges por medio de apoderado?

Respuesta	Cantidad
Si	10
Si, pero deben establecerse limitadas excepciones	02
Total:	12

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

Cuadro no. 10

Pregunta:

¿Considera usted, que por no existir una intermediación del juez y la conciliación, se ha proliferado el volumen de demandas de divorcio?

Respuesta	Cantidad
Existen muchos factores que contribuyen a que se den los divorcios, independiente del mencionado.	02
Si es importante la intervención del juez, porque muchas veces, eso necesitan las parejas	06
Debe ser tratada esta problemática desde distintos puntos de vista y con intervención directa del Estado	04
Total:	12

Fuente: Investigación de campo, agosto de 2003.

CAPÍTULO VI

6 Percepciones del trabajo de campo realizado

De acuerdo a los resultados del trabajo de campo realizado, se puede establecer que:

- a) En el caso de los divorcios ordinarios y los divorcios voluntarios, en materia de conciliación, no existen mayores diferencias, estableciéndose además que los jueces no le dan la importancia que merece, y la conciliación en éstos casos no la practican.

- b) El Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil, en virtud de que establece como obligatoria la conciliación, además de que establece que los cónyuges solicitantes deben comparecer personalmente, haciéndose acompañar de sus abogados respectivos, y que en esta fase, el juez tiene la obligación de hacerlos reflexionar de la decisión que han tomado y de la importancia que tienen el mantener el hogar y brindarles a los hijos una mayor estabilidad con la presencia de ambos cónyuges, circunstancia que en la actualidad no se practica, toda vez, que como sucede en el caso del último párrafo de la norma citada, los cónyuges ya no utilizan esta norma para justificar una inasistencia por motivos de fuerza mayor, sino que es un pretexto, para no comparecer personalmente ante el juez.

CONCLUSIONES

1. El derecho de familia, surge de la necesidad sentida por las familias y la sociedad organizada, para la adecuada solución de conflictos que se generan dentro de la familia como institución, y que tuvo recientemente su separación en cuanto a que sus normas constituyen reglas de derecho público.
2. El proceso de divorcio conlleva una serie de fases o procedimientos; que en algunos casos, aún basados los juzgadores en la ley, la misma los limita a emitir una sentencia que proteja la integración familiar.
3. El deterioro de valores morales de la población guatemalteca y especialmente de la familia guatemalteca, han provocado aumentar los índices de demandas de divorcio tanto ordinarias como voluntarias.
4. La tendencia de la ley respecto a la separación o el divorcio, es contribuir a través de la intervención del juez en la junta conciliatoria a la reconciliación de los cónyuges para proteger la unidad familiar, es por ello que se establece como obligatoria esta fase en los procesos respectivos, pero que actualmente crea contradicción a su finalidad, al permitir en el Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil, se admita la presencia de un representante legal por parte de alguno de

los cónyuges, totalmente ajeno al conflicto de pareja, restándole la importancia que esta fase tiene.

RECOMENDACIONES

1. El Estado debe propiciar los cambios en la política social a través de sus autoridades, que proporcionen a las familias y a la sociedad guatemalteca, el acceso a los medios y satisfactores sociales que sean útiles para su subsistencia, y que con ello, se disminuyan los altos índices de desnutrición, falta de empleo, falta de educación, etc. factores considerados como causas principales de desintegración familiar.
2. La conciliación debe realizarse en los tribunales de familia solamente en presencia de las partes en conflicto, ya que representa una forma de resolverlos, razón por la que en los procesos de divorcio tanto voluntarios como ordinarios, debe ser esencial, y efectuarse en lo posible con la sola presencia del juez y no por medio de apoderados o mandatarios.
3. Reformar el artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a regular que la asistencia a la junta conciliatoria debe ser obligada y personal de los cónyuges, así como que éstos puedan comparecer acompañados solamente de un profesional, contribuyendo de esta manera a la economía familiar, y que se elimine lo relativo a la comparecencia por medio de apoderado o mandatario, otorgándoles a cualquiera de los cónyuges presentar una excusa y señalar nueva audiencia.

4. Crear instituciones como una de las prioridades del Estado, que puedan brindar la ayuda de orientación psicológica y familiar necesarias para la sociedad, tomando en consideración que en la relación de pareja es difícil para cualquiera el sostenimiento del hogar, sobrellevando cargas y vicisitudes que pueden afectar de manera ilimitada la personalidad de cada uno de los cónyuges originando todo tipo de violencia, dañando muchas veces de manera irremediable la integración familiar.
5. Apoyar por medio de los recursos necesarios otorgados por el Estado o instituciones públicas o privadas la función de la Iglesia y las religiones, como ejemplo de unidad y fomento de principios morales, indispensables para propiciar cambios en la mentalidad de los guatemaltecos con relación al divorcio, toda vez, que ello ya representa una cotidianidad, respuesta a ello, es el volumen de demandas de divorcios tanto voluntarios como ordinarios.
6. Utilizar a través del Estado los medios de comunicación necesarios para hacer del conocimiento de toda la población el derecho que tienen tanto los padres, como los hijos de conocer las leyes que regulan la convivencia familiar, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño; las convenciones internacionales sobre los derechos de la mujer; de lo que establece la ley en materia de familia, con relación a los alimentos, los bienes, la separación, la obligación de los padres hacia los hijos, de los hijos hacia éstos y demás miembros del grupo familiar, etc.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. t. I y II; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 1981.

ALVAREZ MORALES DE FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Tesis de graduación, Escuela de Trabajo Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: (s.e.), 1990.

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**. Tesis de Grado Académico, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Imprenta Zeta, 1970.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Nociones generales de las personas, de la familia. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 1973.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral, derecho de familia, relaciones conyugales**. 9ª. ed; Madrid, España: Ed. Reus, 1976.

DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. ed., Guatemala: (e.d.), 1997.

DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil y del derecho de las personas con relación a su estado civil**. Guatemala: Ed. Valencia Juan Mariana y Sanz, (s.f.).

DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullón. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones.** 3ª. ed.; Madrid, España, 1983.

GONZÁLEZ COUREL, Teodosio. **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil.** (s.e.) , Valladolid, Colegio Santiago, España, 1924.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** ed. 2ª. Reimpresión de la 3ª. t. I; Guatemala: (s.e.), 1994.

MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica.** Tesis profesional, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: (s.e.), 1970.

PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil; la familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela.** Guatemala: Ed. Bosch, 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español; familia y sucesiones.** t. V; Pamplona, España: Ed. Arazandi, 1974.

RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico práctico; del contrato, del matrimonio, de la compraventa.** (s.e.) Madrid, España: Ed. España Moderna, (s.f.).

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil, personas y familia.** v. I; México D.F: Ed. Porrúa, 1978.

SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** México: Ed. Mimosa, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Derecho civil español, Derecho de familia**, parte especial, t. IV. Madrid, España: Talleres Tipográficos, 1975.

VARGAS ORTIZ, Ana Maria. **Breve comentario sobre el Decreto ley número 106**. Guatemala, Guatemala: (s.e.), (s.f.).

Legislación:

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

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ratificado por el Congreso de la República, Decreto número 27-90. 1990.

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

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

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

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República, Decreto número 97-96.