

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

**EL CRITERIO DE FACILIDAD PROBATORIA APLICADO A LOS JUICIOS DE
FAMILIA DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN**



CJORINDA OLIVIA VALDEZ VALLADARES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, diciembre de 2007

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

**EL CRITERIO DE FACILIDAD PROBATORIA APLICADO A LOS JUICIOS DE
FAMILIA DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN**



CLORINDA OLIVIA VALDEZ VALLADARES

GUATEMALA, DICIEMBRE DE 2007

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

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

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

Lic. Álvaro Florindo Aguirre Morales

2 calle 13-25 zona 11, tel. 22069287

col. 5964



Guatemala, 1 de septiembre de 2007

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín

Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho

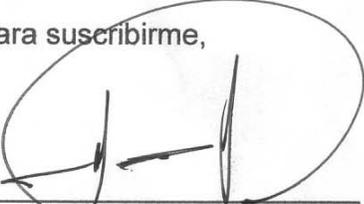
Por este medio, en cumplimiento con la resolución emanada de esa casa de estudios, en donde se me nombra asesor de la investigación intitulada *El criterio de facilidad probatoria aplicado a los juicios de familia de paternidad y filiación*, propuesta por la estudiante **CLORINDA OLIVIA VALDEZ VALLADARES**; me permito informarle lo siguiente:

Con base en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, se analizó el trabajo de mérito encontrando que: se cumple debidamente con las formas de redacción. El estudio contiene abundante cita de autores tanto nacionales como extranjeros. Asimismo, se estableció que se cumple con la utilización de los métodos científicos de investigación, entre los que destacan el empleo del método inductivo y deductivo. Las técnicas de investigación también son usadas en forma idónea, de manera que la hipótesis que implica el presente trabajo de tesis, se encuentra debidamente comprobada en el desarrollo de su contenido.

Encontrando que el mencionado trabajo cumple con todos los requisitos previstos para las investigaciones de esta naturaleza, procedo a emitir el correspondiente ***Dictamen favorable***.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme,

Atentamente,


Lic. Álvaro Florindo Aguirre Morales
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cinco de octubre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ARMANDO GONZÁLEZ VILLATORO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CLORINDA OLIVIA VALDEZ VALLADARES, Intitulado: "EL CRITERIO DE FACILIDAD PROBATORIA APLICADO A LOS JUICIOS DE FAMILIA DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN".

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 el 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 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 estimen pertinentes"*.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

Lic. Armando González Villatoro
5 avenida 5-20, zona 2.
Tel 2232 3083
Colegiado 5517.



Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

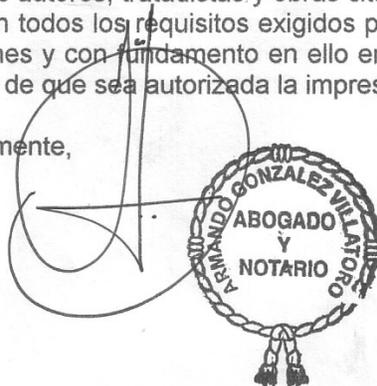
Respetable Licenciado:

Para el efecto de dar cumplimiento al nombramiento de revisor recaído en mi persona, de la investigación intitulada **El criterio de facilidad probatoria aplicado a los juicios de familia de paternidad y filiación**, propuesta por la estudiante **CLORINDA OLIVIA VALDEZ VALLADARES** respetuosamente me permito informar con base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, lo siguiente:

- En cuanto al contenido científico y técnico del trabajo, el mismo es de carácter teórico comparativo, toda vez ser un estudio desde el punto de vista cognitivo de la ciencia del derecho, especialmente en lo tocante a la rama civil y de familia especialmente.
- La metodología empleada, corresponde con los tradicionales métodos científicos de inducción, deducción, análisis y síntesis.
- Las técnicas de observación y fichas de textos fueron los instrumentos principalmente usados en la redacción de punto de contenido.
- De manera que, el aporte científico de la investigación consiste fundamentalmente en el análisis de la carga probatoria en el juicio de familia, y el derecho de las mujeres a la justicia.
- Entre las conclusiones, es posible enfatizar el esfuerzo de la ponente por evidenciar que el mecanismo actual de los juicios de paternidad y filiación, el cual deviene obsoleto y sistemáticamente violador de los derechos de la mujer. Y en consecuencia la recomendación más importante es regular el principio probatorio en el proceso de paternidad y filiación.

Por lo anterior, y con base en los autores, tratadistas y obras citadas, encuentro que el trabajo de mérito cumple con todos los requisitos exigidos por nuestra casa de estudios para tales investigaciones y con fundamento en ello emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que sea autorizada la impresión respectiva.

Atentamente,



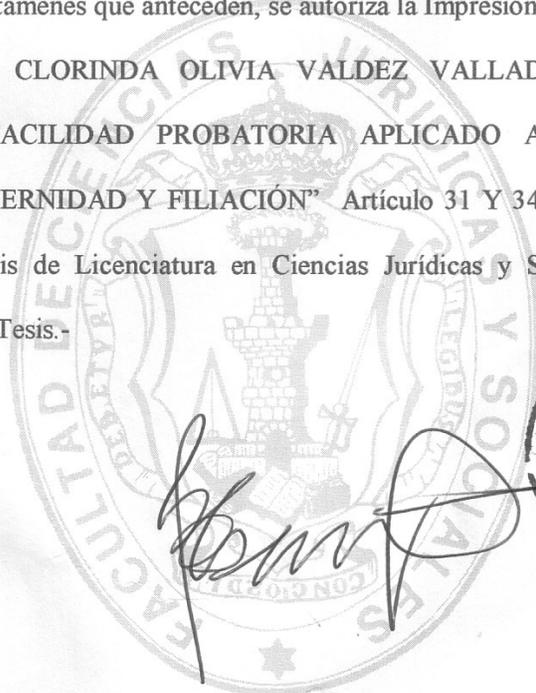


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de noviembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLORINDA OLIVIA VALDEZ VALLADARES, Titulado "EL CRITERIO DE FACILIDAD PROBATORIA APLICADO A LOS JUICIOS DE FAMILIA DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

A DIOS: Por su infinita sabiduría y porque su mano siempre guía a aquel que marcha con fe.

A MI ESPOSO: Lic. César Augusto Ruíz Gutierrez.
Gracias por tu apoyo y tolerancia cuando me ausenté, porque amar es observar las mismas montañas desde ángulos diferentes.

A MIS HIJOS: Paola Wallessca, Merlín Janessa y César Augusto Ruíz Valdez. Recuerden que el camino del conocimiento es el que nos enseña la mejor forma de llegar a alcanzar nuestras metas y nos enriquece mientras lo estamos recorriendo.
Con todo mi amor.

A MI PADRE: Rodolfo Siguilfredo Valdez Sánchez (+).
Le agradezco infinitamente el haberme enseñado que las decisiones, son solamente el comienzo de algo, que lleva a una persona hasta un lugar que jamás hubiera soñado en el momento de decidirse.
Siempre lo amare.

A MI MADRE: Alicia Valladares Vda. De Valdez.
Como mínima recompensa a sus esfuerzos.

A MI HERMANO Y SU ESPOSA: Rodolfo Alirio Valdez Valladares y Liceth de Valdez.
Gracias por su apoyo incondicional.

A MIS SOBRINOS: Derick; Alerick, Aleck Valdez, Astried Marie y Heiser Doménica Valdez.
Con mucho cariño.

A MIS AMIGOS: Lic. María Eugenia Saavedra Vargas, Ing. Hugo Calzia, Ing. Raúl Figueroa, Ing. Héctor Castellanos, Ing. Julio Carlos Prado, Sr. Daniel Armando Calderon, Sra. Paulina Barillas, Sra. Liliana Abauta, Sr. Pablo Mazariegos, Sra. Ana Raquel Aguilar, Ing. Jorge Luis Quemé y Sr. José Domingo Prado.
Con respeto y cariño.

ESPECIALMENTE A: Lic. Víctor José Moreira Sandoval; Gratitud perdurable. Y Sr. Armando Laparra (+) Flores sobre su tumba.

AL INSTITUTO
NACIONAL DE
ELECTRIFICACIÓN
INDE:

En especial a la Unidad de Facturación.
Gracias porque la teoría lleve a la práctica a través de ustedes.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A: La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala.

A USTED: Que la recibe, especialmente.

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de la paternidad y filiación.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.1.1. La familia en la antigua Roma.....	3
1.1.2. La familia moderna.....	7
1.1.3. La familia posmoderna.....	11
1.1.4. La familia indígena.....	14
1.2. Definición de familia.....	21

CAPÍTULO II

2. Generalidades de la paternidad y filiación.....	25
2.1. Generalidades.....	25
2.2. Clases de filiación.....	25
2.3. Formas de filiación.....	27
2.4. Regulación legal.....	34
2.5. Trámite.....	35

CAPÍTULO III

3. Procesos de paternidad y filiación.....	39
3.1. Concepto de proceso.....	39
3.2. Definición de proceso civil.....	41

3.3. Importancia del inicio del proceso.....	42
3.4. Clases de proceso.....	53
3.4.1. De conocimiento.....	54
3.4.2. Ejecutivos.....	55
3.4.3. Procesos cautelares.....	56

CAPÍTULO IV

4. Adecuación de las reglas de la carga de la prueba en los procesos de paternidad y filiación.....	63
4.1. Planteamiento de la problemática.....	63
4.2. Objeto de la prueba.....	64
4.3. La prueba del derecho.....	64
4.4. Prueba de hechos negativos.....	67
4.5. Carga de la prueba.....	71
4.6. Inversión de la carga de la prueba.....	73
4.7. Principios aplicables a la prueba.....	73
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

El objeto central de estudio en la presente investigación, constituye la necesidad de adecuar las reglas de la carga de la prueba a la realidad de la mujer en los juicios de paternidad y filiación, que actualmente no corresponde a las condiciones económicas de género.

La forma en que una mujer puede probar dentro de un proceso judicial, de manera consistente la paternidad y filiación pretendida de un demandado, es obteniendo una prueba de ADN de éste, lo cual es permitido por el Código Procesal Civil y Mercantil según la regla de permisividad de los medios científicos de prueba contenida en el Artículo 191, párrafo final, del cuerpo de leyes en mención; en lo que se refiere a análisis hematológicos. En otras palabras, la práctica de la prueba de ADN como medio de comprobar la paternidad y filiación de un sujeto demandado, no está prohibida en la ley procesal guatemalteca. Ahora bien, la problemática reside en la factibilidad práctica de que tal prueba se llegue a realizar.

Los obstáculos que se enfrentan al practicar una prueba de ADN en un juicio de familia actualmente; son los siguientes:

En primer lugar, se tiene la dificultad económica de la mujer que demanda. Un examen de ADN es sumamente costoso, por lo cual muchas mujeres desisten de tal medio probatorio. Y si a ello se suma el alto costo del juicio ordinario en general, se tiene una verdadera imposibilidad práctica para la mujer. En segundo lugar, la estructura legal actual obliga a que quien demanda, debe probar los hechos en que funda su acción (Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil). Es decir que la carga de la prueba recae, en el caso en cuestión; en la mujer, quien debe pagar por la prueba de ADN

puesto que es ella quien acusa a determinado sujeto de ser el padre de su hijo.

Si se suman todos esos factores, se tiene a una mujer renunciando a la prueba de ADN y con ello al medio más seguro de comprobar la paternidad y filiación alegadas en juicio. Estando así las cosas, los únicos medios de prueba que le quedan son fotografías, cartas, testigos, que dejarán en el juzgador o juzgadora la duda, y por lo tanto un muy posible fallo a favor del demandado. Todo lo cual significa, la poca dignificación de la mujer en la justicia civil guatemalteca, por cuanto este es proceso que únicamente incumbe a la mujer, toda vez que en sentido contrario (es decir, la prueba de maternidad) no representa una problemática y son otros los medios para probarlo. Consiguientemente, si existe un desequilibrio en la estructura actual de la justicia de familia que violenta en última instancia los derechos que dignifican a la mujer.

La solución a tal problemática reside precisamente en la estructura actual de la legislación nacional. La base de cualquier medida a este problema se encuentra en el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual no dispone entre sus reglas de la carga de la prueba, lo que según la doctrina viene en llamarse *criterio de la normalidad y facilidad probatoria*. La misma, introducida por medio de una reforma al Artículo 126 de la ley indicada, permitiría la inversión de la carga de la prueba adecuándola a la realidad económica de las partes. En otras palabras, sabiéndose del desequilibrio económico que priva en la mayoría de relaciones hombre mujer en la sociedad guatemalteca (lo cual es un hecho por demás evidente), es más justo que el hombre pague por la prueba de ADN y ello se logra únicamente con la aplicación del criterio doctrinario aludido.

La investigación está contenida en cuatro capítulos, el primero se refiere a los aspectos generales entre los que se incluye los antecedentes de la familia, desde la antigua Roma pasando por la moderna, hasta la postmoderna. Haciendo un breve análisis de la familia indígena. El segundo contiene la paternidad y filiación, especialmente en lo que se refiere a sus generalidades, clasificación, formas, regulación legal y trámite. El tercero, se refiere a los procesos de paternidad y filiación; el concepto de proceso, definición de proceso, clases de proceso civil, dentro de los cuales se encuentra contenido el tema central. Finalmente el capítulo cuarto, en donde se propone la adecuación de la carga de la prueba en los procesos de paternidad y filiación; planteamiento de la problemática, objeto de la prueba, la prueba de derecho, prueba de hechos negativos, carga de la prueba, inversión de la carga de la prueba y los principios aplicables a esta.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de la paternidad y filiación

1.1. Antecedentes

Morgan propuso la teoría Evolutiva de la Sociedad humana, sobre la base de su precursor Bachofen: "Para Morgan, antes de la etapa de la civilización, en la que se impone definitivamente el matrimonio monogámico, el hombre transcurrió por un estadio de salvajismo y otro de barbarie. En el primero, la caracterización inicial fue un estado de promiscuidad sexual, que en una evolución posterior deriva en los llamados Matrimonios por Grupos"¹; es decir un sistema de unión en que grupos enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecían recíprocamente. Las variantes dentro de este estilo de matrimonios grupales habrían sido la familia consanguínea (que establece un progreso sobre la promiscuidad inicial al excluirse a madres e hijos del comercio sexual); y la familia Punalúa, en la que ya no solo se elimina los contactos sexuales entre los ascendientes y descendientes, sino también los matrimonios entre hermanos.

En el estadio de la barbarie por su parte, el matrimonio por grupos se reemplazaría por relaciones más individualizadas. Aparece la llamada familia sindiásmica, con la que se comienza la vida en pareja; pero con la particularidad de que solo a las mujeres, se les exige la fidelidad durante la vida en común, mientras que las prácticas poligámicas continúan siendo un derecho de los hombres.

¹ Lewis H. Morgan, Mizrahi, Mauricio Luis. **Derecho de familia**. Págs. 11 y 12.

En este largo período del salvajismo según Morgan: “solo existía certidumbre respecto de la maternidad”², pues reinaba una absoluta ignorancia acerca de quién era el padre del nacido; esto determinó necesariamente que la descendencia se contara por la línea materna.

La tesis evolucionista corresponde a la que regularmente se denomina Teoría Matriarcal, en la que supuestamente la madre era, como precisa Belluscio, “el centro y origen de la familia”³.

Posteriormente se logra el Matrimonio monogámico estable. Es así como se opera la transformación de la familia matriarcal a la familia patriarcal, quedando desde ese entonces determinada la paternidad y sustituido el parentesco uterino por el agnaticio.

Los evolucionistas afirman la existencia de las sociedades prepatriarcales, esto significa la plena vigencia de un derecho materno en un primitivo estadio cultural, conforme al cual la soberanía de los grupos se encontraba en las manos de las mujeres. Para la subsistencia cotidiana, la mujer –único progenitor conocido- desempeñaba las funciones domésticas, familiares, sociales y políticas, situación que le confería una gran fuerza y respeto dentro de los clanes (gens). Y el hombre únicamente se dedicaba a la caza y a la pesca. “Es la era de la ginecocracia”⁴, caracterizada por un dominio femenino absoluto.

Según Engels, como lo explica en el materialismo dialéctico, se modifica la existencia real del hombre con el surgimiento de la propiedad privada, la acumulación de riquezas y la producción de bienes para su

² **Ibid.** Pág. 12

³ **Ibid**

⁴ **Ibid.** Pág 18

cambio. El sexo masculino adquiere una posición importante, lo que le permite abolir la filiación según el derecho materno y el orden de la herencia establecido conforme a esta línea filiatoria. La mujer por su lado, pasa a ser una especie de satisfactor sexual. En una estructura social en la que el hombre determinaba las leyes, se da pues, la disminución de la mujer.

La tesis matriarcal tradicional encuentra como causas del tránsito antes indicado, del régimen matriarcal al régimen patriarcal, la estabilización de la familia en el cese de la incertidumbre en lo relativo a la paternidad; y consecuentemente, el despertar en el hombre un "sentimiento paterno"⁵.

1.1.1. La familia en la antigua Roma

Los integrantes de la antigua Familia romana no tenían entre sí necesariamente un vínculo de sangre; al menos no era un elemento determinante. Lo que importaba era la comunidad en el culto. El parentesco y en consecuencia el carácter de familiar, surgía en tanto se invocara el mismo hogar y se ofreciera la misma comida fúnebre a los mismos antepasados. Prevalecía la agnación, en el sentido de que la tradición era de varón en varón con exclusión de las mujeres, pero la descendencia masculina no era por sí sola suficiente si no mediaba el lazo del culto, los hijos de un hombre y una mujer no ligados por el matrimonio religioso y sagrado quedaban excluidos. De ahí se establece que no bastaba el hecho mismo del nacimiento. Los esclavos y clientes formaban parte de la familia, pues esta no admitía la convivencia con extraños. El servidor se integraba a la familia tras una ceremonia especial que lo hacía partícipe de la religión; y en cuanto al cliente, el hecho de quedar liberado por su amo, no lo hacía salir de la familia; seguía asociado al culto y recibía la protección del

⁵ Augusto C. Belluscio, **Manual de derecho de familia**, Pág. 18.

patrono. Fustel de Coulanges indica: "dos hombres podrían llamarse parientes cuando tenían los mismos dioses, el mismo hogar, la misma comida fúnebre"⁶. Se advierte que no se podía ser pariente por línea de la mujer.

Fassi por su parte cuando señala: "que el concepto antiguo de familia (la primitiva romana) se refiere al grupo social integrado por las gentes que viven en una casa"⁷. Esta noción concuerda con la situación de aislamiento en que vivía cada familia gens, que se bastaba así misma, y que interpretaba como antagónico al grupo familiar vecino. En la familia gens, hogar, tumba y patrimonio eran indivisibles; y es hasta que se inició el proceso de desmembración que fue perpetuando de siglo en siglo su culto y nombre. En la familia romana antigua ni la muerte los separaba, ya que los difuntos eran sepultados en la tumba familiar común, excavada dentro del mismo perímetro que ocupaba cada agrupación. Al fallecer uno de los miembros de la familia era endiosado; y se convertía en guía y sostenedor de los sobrevivientes.

La familia gens romana tenía un jefe, el pater. La autoridad máxima no residía en él sino en la religión doméstica; por lo que la mera paternidad sin el lazo del culto no confería al progenitor derecho alguno. El pater tenía la cuádruple función de sacerdote, legislador, juez y propietario. Todos le reconocían como jefe supremo de la religión doméstica.

Posteriormente sufre cambios este derecho, se opera el desmembramiento de la gens, la cual concentrada en un estado de aislamiento entra en oposición con una agrupación social mayor como lo constituyó, la ciudad. Cesa la regla de la indivisión forzosa (la cual se

⁶ de Coulanges, Fustel. **La ciudad antigua**, Pág. 35

⁷ Fassi, Santiago. **La familia antigua**, Pág. 35.

establecía sobre la tierra), y el derecho de primogenitura. La eliminación de esta última provoca según Fustel de Coulanges: “una verdadera revolución que transforma la sociedad al provocar la quiebra de la familia grande, mediante su separación en diferentes ramas”⁸.

A mediados del siglo V, en Roma, el reparto del patrimonio era ya la regla. Con la separación de la gens en diferentes ramas, cada una tuvo su parte de propiedad su domicilio, sus propios intereses, su independencia. Por ejemplo, el llamado “segundo” se separa del llamado primogénito; y el servidor se separa del jefe.

La quiebra de la gens, determina la aparición de la familia extensa o familia linaje y es aquí cuando se separan los conceptos de una y de otra. Esta nueva familia, es multifuncional y abarca prácticamente el total de las actividades de un sujeto.

El proceso de cambio no se opera de una manera idéntica en todas las clases sociales, en el caso de las familias ampliadas de los orígenes se mantiene su estructura, sobre todo en las altas capas de la oligarquía, sin embargo, factores de índole económico facultaron una suerte de familia más reducida en las clases bajas de la sociedad.

En este cambio sufrido por la familia gens, los poderes del Pater se modifican. Continúa gozando de amplios poderes como el derecho de vida y de muerte; la Manus (ejercida sobre su cónyuge); la Patria Potestad sobre los hijos y en general la autoridad sobre los esclavos, no obstante ya había tenido comienzo de manera paulatina el debilitamiento del poder familiar,

⁸ **Ibid.** Pág. 46

representado en la figura del Pater, debido al traspaso constante de sus funciones a otros entes que trascienden a la propia familia.

Con Justiniano aparecen los dos sistemas de parentesco: el tradicional (agnatio, es decir por descendencia masculina) y el fundado en el vínculo de sangre (cognatio es decir descendencia femenina), absolutamente desvinculado de las reglas emanadas de la religión doméstica.

Fassi explica las consecuencias de la admisión del nuevo sistema de parentesco: “la persona ha dejado de pertenecer a una familia para ser miembro de dos (la paterna y la materna)”⁹. En cada hijo confluyen y se confunden esas dos familias y de cada hijo partirán vínculos independientes de parentesco. Es decir que ya no será la familia el centro alrededor del cual se agrupan los parientes, sino que cada hijo es el centro de la familia. Con lo cual se modificó finalmente la estructura familiar que sociológicamente se mantuvo hasta aquel tiempo.

Posteriormente en la Ley de las XII Tablas, un ordenamiento de transición entre el derecho primitivo de Roma y el nuevo derecho pretoriano que ya se vislumbraba, se conserva por un lado reglas del viejo derecho, por ejemplo regula la potestad del padre de juzgar a su hijo, de condenarlo a muerte o de venderlo; y por el otro, la autoridad del pater se limita por primera vez al establecer aquel estatuto que el padre no podrá disponer más de tres veces de la persona del hijo; y que después de tres ventas este quedará libre.

La citada ley mantienen las reglas antiguas en cuanto a la herencia: “que se refiere a que se reconoce la calidad de herederos a los agnados y a

⁹ **Ibid.**

falta de estos a los gentiles. A los parientes por vía femenina (cognados) no se les admite ningún derecho. Pero se aparta de las reglas primitivas al conceder formalmente al sujeto el derecho de testar. Y de manera específica dicho ordenamiento concede por primera vez una acción a los fines de lograr el reparto del patrimonio entre los hermanos, convirtiendo en impracticable la primogenitura".¹⁰

El derecho pretoriano sigue la vía directa por la Ley de las XII Tablas, trazándose un derecho completamente nuevo; por ejemplo se transforma la institución matrimonial, prevaleciendo en la costumbre y la ley escrita el matrimonio plebeyo y extinguiéndose el matrimonio religioso, junto con el debilitamiento de las antiguas creencias acerca de los muertos. "La jerarquización del matrimonio romano se percibe nítidamente con la elevación a categoría jurídica de la *Affectio maritalis*, un sentimiento que se incorpora vivamente a los romanos y que debía ser continuo y duradero para entender que se mantenía el vínculo matrimonial"¹¹.

En este período también se empezó a distinguir entre el divorcio verdadero y propio –por mutuo consentimiento- y el divorcio unilateral y repudio.

1.1.2. La familia moderna

La revolución industrial transformó todas las relaciones sociales de su época, y la familia no fue la excepción uno de los más significativos cambios operados en la familia lo constituye el hecho de individualizar las concepciones de lugar de trabajo y vivienda, en relación con el hogar, puesto

¹⁰ Fustel de Culanges. **Ob. Cit;** Pág. 49 y 50

¹¹ Bonfante, Luis. **Instituciones de derecho romano** Pág. 180,182.

que si bien antes de ese proceso de revolución industrial, la familia trabajaba, dormía, recibía visitas y “vivía” en un mismo inmueble, es en este período que se divide hogar de lugar de trabajo, o como señalan los autores, quedan separadas la vida mundana, profesional y privada, puesto que cada cual tiene sus lugares específicos, dando énfasis a la intimidad de la familia, tal como se evidencia en la siguiente cita:

“Hasta la Revolución Industrial las viviendas servían para todo (comer, dormir, trabajar, recibir visitas etc.); a tal punto que lo habitual era usar camas desmontables. A partir de dicho proceso quedarán separadas la vida mundana, la profesional y la privada: cada cual tendrá sus locales apropiados, y la cama pasará a ser un mueble permanente. Con un marcado progreso de la intimidad, la familia queda reducida a padres e hijos, y excluidos, los criados, clientes y amigos”.¹²

A partir de la familia Justiniana vendrán posteriormente los aportes del Derecho Canónico y, en la Edad Media el derecho feudal. Los hechos importantes que se observan durante el dominio del derecho feudal, son: la influencia en la política, que recobra la familia –por el debilitamiento del Estado- y la supremacía categórica de la Iglesia, que mantuvo sujeta a su disciplina el grueso de las instituciones familiares. Sostiene Michon que “durante trece siglos (del siglo IV hasta fines del siglo XVI) la Iglesia Cristiana se había adueñado de Instituciones como el matrimonio y la familia ...esta conquista fundada sobre una larga posesión y vivificada constantemente por una doctrina siempre activa, parecía definitiva. Y sin embargo a los alrededores de 1740 y 1789, ese edificio milenario y sólido, ha sido agrietado y derrumbado luego, en los espíritus y en las costumbres y por último en la Revolución Francesa; la ley consagrando las ideas nuevas ha

¹² Díez-Picazo **Familia y derecho**, Pág. 55.

secularizado el derecho de la familia y del matrimonio, se lo ha arrebatado a la Iglesia”¹³.

Debido a dichos hechos la regulación legal del derecho de familia se da históricamente, de forma tardía, adicionalmente el código de Napoleón mantuvo el modelo familiar del antiguo régimen.

En esta época se da impulso al poder de la razón individual y a los procesos reflexivos, por dicha razón se dice que en esta época se da la primera revolución individualista, tiene su inicio el proceso de personalización, (el cual llega a nuestros días).

Al difundirse la idea de un hombre libre, autónomo y semejante a los demás, se rompe la continuidad con el pasado y con el peso ejercido por la tradición. Se comienza a perfilar con nitidez los valores de la libertad y autonomía personal.

En el campo económico se verifica un gran desarrollo industrial, con un profundo cambio en la organización del trabajo, como ya se señaló en cuanto a la Revolución Industrial. La manufactura artesanal hogareña se reemplaza por una masiva elaboración fabril de los objetos y productos. Prevalecen los ideales de progreso, crecimiento, cosmopolitismo, movilidad, espíritu de empresa, fe en el futuro, ahorro, trabajo, esfuerzo, etcétera. Todo esto provoca hondas transformaciones en la familia y en el matrimonio.

Foucault señala que “desde fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX se despliega en el mundo una gigantesca maquinaria de instituciones para la vigilancia y el control permanente de las personas, de ahí la

¹³ Mazeaud, Henri. **El derecho de familia**. Págs. 53 y 54.

calificación de sociedad disciplinaria, cuya característica sobresaliente sería el reinado del Panoptismo (vigilancia individual y continua sobre los sujetos) término tomado por el escritor francés Bentham del "Panóptico", expresión que hace referencia a un estilo arquitectónico que impone a sus edificaciones una forma de anillo, mediante este recurso el individuo que la habita está expuesto a la mirada de un vigilante que puede ver todo sin ser visto por nadie. La acción controladora de las personas no solo se ejercía a través del Estado; sino que Foucault advierte que más bien se estaba ante una actividad infraestatal, un sub-poder, o sea un conjunto de pequeños poderes, situados a un nivel más bajo que el estatal"¹⁴.

El análisis de la estructura de la familia desde mediados del siglo XVIII hecho por Cooper en su obra intitulada la Muerte de la Familia, señala en síntesis que "la familia estaba convertida en la imagen más perfecta del desencuentro, donde las personas que lo componían se desarrollaban condicionadas para necesitar seguridad antes que amor; éste último de los sentimientos era considerado anormal, peligroso y hasta subversivo"¹⁵.

En resumen, en la modernidad se enfatiza en la idea de la intimidad y de la privacidad.

Posteriormente aparece la denominada "Ley de estrechamiento continuo de la familia, la cual con su operatividad, adquiere relevancia la Familia Nuclear o Conyugal, donde la pareja matrimonial no queda absorbida por la gran familia, sino que representa un acto de fundación de un nuevo núcleo familiar"¹⁶. Por eso certeramente Malaurie enseña que "el hombre nace en una familia y luego, a su turno funda otra familia que más tarde

¹⁴ **Ibid.** Págs. 55 y 56.

¹⁵ Cooper, David. **El ámbito familiar en el derecho.** Pág. 57.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 59.

constituirá nuevas familias, antes moría en la familia de sus hijos; y el ciclo quedaba cerrado”¹⁷.

En el ámbito de la familia nuclear, apartadas ya las tareas específicamente productivas adquiere un matiz preeminente la división funcional en la pareja matrimonial, surge una dicotomía en los roles respectivos del marido y la mujer, ésta concentrada en la organización del consumo, las labores domésticas y la atención de la prole; y el hombre desempeñando tareas remuneradas fuera del hogar y erigido en el único o principal sostén económico de la familia. La división sexual del trabajo aseguraba de algún modo, la dependencia recíproca entre los cónyuges, aunque encuadrada en una clara relación de autoridad en la que el sujeto pasivo, desde luego, era la mujer.

1.1.3. La familia posmoderna

En el siglo XX, en la segunda mitad, se agotan o debilitan mucho los valores que se sostuvieron en la era moderna. Al parecer de Mauricio Luis Misrahi, autor multicitado en el presente trabajo de investigación: “se vive una mutación sociológica y antropológica; quizás una metamorfosis, en el sentido de que esos valores no son ya lo que eran”¹⁸.

Por una parte se da una ruptura con la sociedad disciplinaria y coercitiva de entonces.

El pase del individualismo “limitado” de la modernidad al individualismo “total” de nuestros días. El reemplazo de las reglas disciplinarias permite ingresar en organizaciones más flexibles y abiertas en las que prevalecen el

¹⁷ Malaurie, **Ob. Cit**; Pág. 59.

¹⁸ Lipovetsky, Eduardo. **La era del vacío**, Pág. 61

orden de la seducción y la persuasión. “Es decir la desreglamentación de los marcos estrictos y el aflojamiento de los controles anunciaría el fin de la estructuración jeraquizada de la sociedad”¹⁹.

Durante esta época se resalta como valor esencial el culto a la realización personal; que cada uno pueda escoger, libre e íntegramente, su modo de existencia.

El derecho a la libertad individual y a la autonomía personal se instala en las costumbres, en la vida cotidiana, en la sexualidad, al caer las armaduras ideológicas e instituciones que servían de barreras a su expansión.

“En el pos modernismo entra definitivamente en crisis la concepción ligada al poder de la razón y a la confianza en la conciencia del hombre cuestionándose que todas sus actuaciones son el producto de decisiones libremente aceptadas. La trascendencia del psicoanálisis, tras el descubrimiento del inconsciente humano, fue un claro determinante en la pérdida de confianza en el ideal de la razón; en la crisis del horizonte racional de la conciencia cartesiana”²⁰.

Se desploma el pensamiento que entendía al sujeto como un ser entero y unificado, que se conoce así mismo y sin contradicciones estructurales. Freud demostró que se trata de un sujeto dividido, con un consciente y un inconsciente; este último integrado por un saber ignorado por el individuo.

Otro cambio profundo de la época pos moderna ha sido el desarrollo de la lingüística, que inaugura el estudio de los signos en el seno de la vida

¹⁹ **Ibid.**

²⁰ **Ibid.**

social. Este movimiento epistemológico en la lingüística contemporánea desempeñó un papel de primer orden en el fenómeno de interpretación y entrecruzamiento de las distintas ciencias sociales.

Durante la posmodernidad, en la familia nuclear se produce la democratización, toda vez que ya no hay supremacía en el padre-marido, a lo interno de la familia, además de que ya no hay una posición únicamente doméstica en la mujer y una posición terminantemente subordinada en los hijos, puesto que todos participan en la toma de decisiones familiares.

También la posmodernidad trajo consigo una crisis familiar en cuanto a su institución social del matrimonio, la cual queda reflejada en la siguiente cita como lo expresa Malaurie: “para esta etapa importan el desmoronamiento de la familia nuclear, cuyas notas relevantes serían la crisis del matrimonio, por el auge del divorcio y la unión libre, la reducción de las autoridades familiares tradicionales y la caída de la natalidad”²¹.

“Así las cosas, la fuerza de los hechos hace que finalmente se expanda la idea de que al derecho, en el vínculo matrimonial, no le compete ya intervenir para adjudicar funciones y deberes a un sexo determinado, termina por no estimarse lícito distribuir legalmente roles y cometidos entre los cónyuges, ni que se legitimen modos de convivencia que discriminen a uno de los esposos. De esta forma y como resultado lógico de la nivelación sociológica entre el hombre y la mujer, la subordinación sede el paso a la coordinación, y la verticalidad a la horizontalidad”²².

²¹ **Ibid.**

²² Mauricio, Luis, **Ob. Cit.** Pág. 66.

1.1.4. La familia indígena

La “familia indígena guatemalteca” es la que interesa a la presente investigación, desde los mayas a la venida de los españoles.

Una mención necesaria, constituye la familia indígena en Guatemala. A la venida de los españoles, el matrimonio era la base de dicha familia, este se celebraba con un acto exclusivamente religioso en la que no intervenían los representantes del poder público, pues ningún acto sociocultural daba inicio sin la ritualidad religiosa. En esta ceremonia participaba además de los contrayentes y el sacerdote, los padres de ambos, amigos y parientes. el Memorial de Sololá señala: “...era prohibido también casarse dos veces y separarse cuando se tenían hijos...”.²³

Históricamente también para la gran civilización maya, “la unidad básica ... era la familia extendida, es decir, aquella constituida por los padres, los hijos, las esposas e hijos de estos, y a veces también otros parientes y personas allegadas...”²⁴. Un proceso similar se puede equiparar a la familia primitiva romana gens, en particular el tema del pater familia puesto que entre los mayas: “la organización familiar estaba dirigida por un jefe o cabeza de linaje que, dotado de mucho poder y autoridad, tomaba las decisiones dentro del grupo o en el marco de la política local”²⁵. Además “El cargo de Jefe tribal quizá fomentó el desarrollo primigenio de los linajes, ya que quien ejercía ese puesto era a su vez cabeza de una familia extensa”²⁶.

²³ El Memorial de Sololá citado por Gallo Armosino, Antonio. **Los mayas del siglo XVI**, Pág. 266.

²⁴ Varios autores. **Historia sinóptica de Guatemala**, Pág. 50.

²⁵ **Ibid.**

²⁶ **Enciclopedia de Guatemala**, Pág. 116.

Antonio Gallo refiriéndose a la familia maya del siglo XVI señala que: “el orden social se complementa con el orden familiar. La preocupación por la familia es también previsión del futuro. Un pueblo que pretenda crecer, debe educar para la próxima generación. La idea de duración se contiene, implícitamente en las normas que regulan las relaciones interpersonales en la comunidad”.²⁷ Agrega después el mismo autor: “la unidad familiar extendida, el clan y el linaje, juegan un papel fundamental para establecer las relaciones, tanto a nivel de parentesco directo como a nivel de distribución de trabajo. Las casas grandes y las casas ordinarias poseían órdenes jerarquizadas en los que se fundaba toda la estructura de la autoridad, el poder, la religión, los servicios y el trabajo ...a esta escala de micro organismo, el sistema político funciona más como una familia extendida que como un conglomerado de vecinos”.²⁸

En cuanto a los cakchiqueles, el mismo autor señala un aspecto relevante de la administración de bienes limitado al hombre y del cuidado de los hijos que a veces hasta podría perder la madre viuda: “en el caso de los cakchiqueles se ve, positivamente, que el vínculo familiar es interpretado con un sentido, más bien, democrático y debe someterse a los consejos ...y si eran de (tal) edad que no era prudente entregarles la hacienda, dábanla a un tutor, deudo más cercano, el cual daba a la madre para criarlos, porque no usaban dejar nada en poder de (las) madres, o quitábanles los niños, principalmente siendo los tutores hermanos del difunto. Estos tutores daban a los herederos lo que se les entregaba, y no hacerlo era gran fealdad entre ellos y causa de muchas contiendas. Cuando así lo entregaban era delante de los señores y principales”²⁹.

²⁷ **Ibid.** Pág. 266.

²⁸ **Ibid.**

²⁹ **Ibid.** Pág. 258.

La familia guatemalteca indígena desde el punto de vista de Miguel Ángel Asturias, en su trabajo de tesis de grado en 1923, "El problema social del indio", influenciado por la época quedaba en los siguientes términos:

"para Asturias el amor en el indio es una idea confusa, "residuo de sus primitivos tiempos y donde a la vez puede observarse la psicología utilitarista del indio" ...el indio con relación a su propia familia "es víctima del utilitarismo, de sus componentes comúnmente hay desapego de los hermanos entre sí y hasta odio; porque en la lucha por la existencia el odio llega hasta el exceso, porque "a su manera de entender (para el indio) el hermano (suyo de el) viene a quitarle lo que le corresponde como heredero ...Según Asturias Rosales ...no existe la familia porque no han contraído matrimonio y es "incontable el número de amancebados entre los indios"; y no se casan, según Asturias Rosales, por varias causas: una, por no tener recursos; dos, porque el indio le basta, "cree perfecta la unión de esa manera"; y tercero porque existe la general aceptación que el vecindario tiene que las uniones libres son perfectas. La consecuencia es que los amancebados viven así "sin diferencia" alguna con los que han legalizado su unión"³⁰.

Por el proceso de aculturación sufrido por el tipo de familia de los grupos mayenses, muchas de sus prácticas ancestrales se filtran hasta hoy, por la forma en que los españoles ejercieron su dominio político, una mezcla de prácticas culturales que determinó una sociedad sincretizada, como en el caso de la religión católica en donde se funden tradiciones cristiano-europeas con prácticas socioculturales indígenas.

³⁰ López Marroquín, Rubén. **Asturias, Los espejos resplandecientes, Análisis crítico de la tesis "el problema social del indio"**, Pág. 57.

Los mayas indudablemente fueron, (y así continuaron en los distintos grupos mayenses en que se encontraban a la venida de los españoles), una sociedad donde predomina el varón, es probablemente esa misma práctica social (aunada al machismo europeo traído por las costumbres españolas), la que aún persiste en la actualidad en Guatemala, y es que no se valora a la mujer como lo describe Yolanda Colom en su libro *Mujeres en la Alborada* cuando cuenta: "A mi me llamaron la atención ...que varios fueran polígamos (refiriéndose a los indígenas) ...Uno de los trabajadores polígamos se llamaba Diego Pu y anualmente llegaba con sus cuatro esposas y toda su prole ...La primera mujer era la de mayor edad y autoridad; ella organizaba y mandaba a las demás".³¹ Prácticas sociales increíbles refiere cuando señala que: "Entre 1974 y 1977, una muchacha casadera podía obtenerse en la zona ixil o en el Ixcán por Q60.00. En el mismo período una vaca costaba Q90.00 en esa región"³².

Técnicamente la familia constituye el grupo social más importante y seguro donde puede desarrollarse un ser humano desde que nace. En una familia un ser humano puede aprender y luego expresar sus mejores cualidades y virtudes. Por lo tanto la familia se puede considerar, con independencia a los significados afectivos, emocionales y humanos que puedan dársele, una de las agrupaciones sociales en donde se asienta y fortalece cualquier sociedad del mundo, de allí saldrán los ciudadanos que darán continuidad a la sociedad y en un sentido más extensivo, de toda la humanidad.

³¹ Colom, Yolanda. **Mujeres en la alborada**, Pág. 37.

³² **Ibid.**

La familia es "un producto cultural de cada sociedad"³³, es decir, un resultado de sus prácticas sociales, religiosas, políticas, legales y hasta económicas.

La familia como producto cultural, ha presentado a través del tiempo formas de diversa naturaleza por lo que su concepto no es unívoco (es decir uno solo en todas partes).

La denominación de familia nos remite a agrupaciones sustancialmente diferentes: Patrilineales (agnaticias) o Matrilineales (cognaticias), Patrilocales o Matrilocales, Familia Gens de orientación u origen, Familia Conyugal, Matrimonial o Extramatrimonial, Ensambladas, Monoparental y Segmentaria, etcétera.

Para concebir a la familia es preciso determinar desde que punto de vista se hace, no es posible delinear un concepto abstracto e intemporal de la familia. En todo caso lo factible es analizar el significado de la expresión familia, enumerando los caracteres propios de una estructura familiar concreta, vigente en un determinado tiempo y espacio sociales; y con las necesarias especificaciones y particularidades.

Al hacerlo desde el punto de vista sociológico se sabe que familia es: "el conjunto de parientes con los cuales existe un vínculo de convivencia, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado"³⁴.

³³ Mizrahi, Mauricio Luis. **Ob. Cit**; Págs. 11.

³⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Pág. 313.

Desde un punto de vista jurídico, para Díaz De Guijarro la familia es: "Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de filiación".³⁵

Se observa que hay diferentes tipos de familia que cambian en función de la época, de la geografía, del desarrollo económico, técnico y social, de la clase social y de la evolución de las ideas. Desde esta amplia perspectiva, debe incorporarse en el concepto de familia a la llamada extramatrimonial, toda vez que, no es posible identificar o declarar separadamente a familia y matrimonio, dado que agrupaciones personales no fundadas en el matrimonio constituyen, conjuntos familiares que deben merecer la debida protección del Estado, tal como lo establece el Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

En una misma época y lugar la coexistencia de varios tipos de familias, ha permitido la formulación del "Principio de la Pluridad de los Tipos".

Se puede aludir, con el vocablo indicado (familia), a una agrupación restringida (la que conforman los padres e hijos que conviven con ellos o bien con el tipo monoparental integrado por un solo progenitor y sus hijos o una abuela o abuelo y sus nietos).

Una familia más extensa que como dice Carbonnier, comprende a todos los descendientes de un progenitor común que se hallan ligados por un vínculo de parentesco consanguíneo dentro de los límites prefijados, es la familia jurídica que para Josserand, engloba a todas las personas unidas por

³⁵ **Ibid.**

un lazo de parentesco de consanguinidad o de afinidad; la cual se entendería hasta ciertos límites, según los parámetros establecidos por el derecho, y descansaría a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción.

Los autores Hanser y Huet-Weiller señalan que el proceso que parecía inevitable –pareja, hijo, familia- a veces se encuentra invertido; pues el nacimiento de un hijo crea toda una familia en torno a una persona sola. La familia monoparental, se caracteriza por la convivencia de un hijo o más con un solo progenitor, ante la falta del otro.

En conclusión, cualquiera sea la postura y la concepción en que nos ubiquemos, lo cierto es que la familia está lejos de ser una entidad congelada, pues está sujeta de manera permanente a transformaciones.

Pero podríamos decir en un sentido amplio que existe familia, cuando entre determinados sujetos hay vínculos de parentesco.

En Guatemala, la Constitución Política de la República le concede un lugar preferencial a la familia, como base fundamental de la sociedad, sobre cualquier otra forma de agrupación social, y de esa manera la protege, aunque ciertamente, en la práctica se presenten formas distintas de familia, a las originadas en el matrimonio, y la misma Carta Magna reconoce por ello, la unión de hecho. La ley de Desarrollo en su Artículo 6 señala: “la organización de la familia es la unidad básica de la sociedad. La que se considera sobre la base legal del matrimonio. Constituye también núcleo familiar con los mismos derechos, la unión de hecho, las madres y padres solteros, en atención a los Artículos 48 de la Constitución Política de la

República y 173 del Código Civil". A pesar de la protección a la que se compromete el Estado a brindarle, la familia atraviesa una crisis social.

1.2. Definición de familia

Con los elementos aportados en las nociones generales anteriores, se puede establecer la definición de la familia, y para tal efecto se citarán a los principales tratadistas y autores que han aportado alguna definición del término.

Según el autor Alfonso Brañas, se puede hablar de un sentido popular y un sentido propio para la palabra familia. En el sentido popular se dice que familia es el: "Conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida".³⁶ Mientras que en sentido propio: "la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre".³⁷

Señalan Marcel Planiol y Georges Ripert que familia es: "el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcional por la adopción".³⁸

Francisco Messineo indica que: "la familia en sentido estricto es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico) y que constituye un todo unitario".³⁹

³⁶ Federico Puig Peña, **Manual de derecho civil**, Tomo I, Pág. 104.

³⁷ **Ibid.**

³⁸ Georges, Ripert, Marcel Planiol. **Derecho civil, parte A**, Volumen III, Pág. 103

³⁹ Messineo, Francisco, **Derecho civil**. Pág, 105.

En sentido restringido es: “el núcleo paterno filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad”.⁴⁰

Para el relevante tratadista Federico Puig Peña, familia es: “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.⁴¹

La Constitución Política de la República establece en su Artículo 47. Protección a la familia. 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.

El Código Civil guatemalteco no define lo que debe significar “familia”.

La Convención Sobre Derechos del Niño⁴² señala en su Artículo 5: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con

⁴⁰ **Ibid.**

⁴¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español**, Volumen V, Pág. 18.

⁴² Ratificada por el Estado de Guatemala, el 22 de mayo de 1990, y publicada el 25 de febrero de 1991.

la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

La Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia⁴³, señala en su Artículo 18. “todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia”.

En Guatemala, lo mismo que a nivel mundial, la familia enfrenta una crisis que no es más que la consecuencia de los cambios por los que atraviesa a su vez la sociedad. Sin embargo, es preciso plantear por separado los distintos componentes de la crisis familiar, para confrontarlos, si bien todos forman entidades interrelacionadas, cada uno plantea también su propia problemática. Por un lado, resulta provechoso individualizarlos y nombrarlos, pero por otro lado conviene tomar una postura al respecto de aquellos que su solución depende de factores que escapan de los límites de la familia, por ejemplo, los problemas que son consecuencia de las crisis económicas, que no dependen de una solución familiar, sino más bien de una solución a nivel sociedad-Estado. Por lo tanto la postura al respecto debe ser producto de una propuesta social de mayor envergadura.

Por las razones mencionadas dejamos de lado la problemática producida por la crisis económica y entre los principales problemas que se manifiestan hoy en la familia guatemalteca se mencionan:

⁴³ Decreto Legislativo 27 - 2003 con vigencia a partir del 18 de julio de 2003.

- Desintegración familiar. La cual obedece a distintas causas y no a una sola como podría equivocadamente pensarse. Entre dichas causas se pueden mencionar: el alcoholismo; la drogadicción, la infidelidad, violencia intrafamiliar, la migración hacia otros países y la misma migración interna y especialmente las consecuencias que acarreó el conflicto armado interno, violencia interna.
- La promiscuidad. Como una de las problemáticas en ascenso por la constante que se manifiesta en los padres que abusan de sus propios hijos.
- Las diferencias culturales. No sólo en aspectos de tipo étnico y costumbrista como consecuencia del matrimonio de personas de distintos grupos étnicos, sino también, las diferencias en el nivel académico y social.
- La falta de comunicación, base de todo entendimiento en cualquier grupo social, provocada asimismo por la necesidad de que ambos padres trabajen para el sostenimiento de la familia.
- El deterioro de la institución matrimonial ante la proliferación de la unión libre sin ánimo de permanencia.
- El maltrato infantil y la violencia intrafamiliar. Dos de los lastres más antiguos en la sociedad guatemalteca y que hoy más que nunca se evidencian gracias a un esfuerzo por lograr su denuncia.

CAPÍTULO II

2. Generalidades de la paternidad y filiación

2.1. Generalidades

Puede definirse la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. "La relación de filiación toma también los nombres de paternidad o maternidad según que se considera en relación con el padre o con la madre."⁴⁴

Por lo que podemos entender que en derecho la filiación trata del vínculo existente entre padre o madre e hijo.

2.2. Clases de filiación

Básicamente se dice que la filiación surge en su más perfecta expresión, como resultado del matrimonio.

Sin embargo, siempre han existido, y al parecer, existirán, una serie de filiaciones que se crean extramaritalmente. Lo importante en cada caso es la forma en cada legislación, de cada Estado lo tenga regulado.

⁴⁴ Planiol-Ripert, **Manual de Derecho Civil**, Pág. 194.

Tal es el caso de la legislación francesa que admitía cinco clases de filiación: (a) La legítima: cuando surgía como fruto del matrimonio. (b) Natural simple: Cuando los padres estaban separados, pero que sin ningún impedimento se podían unir en matrimonio antes o después de la concepción. (c) Natural adulterina: cuando ambos padres o solo uno de ellos tenían vínculo matrimonial con un tercero. (d) Incestuosa: Cuando ambos padres son parientes entre sí. (e) Adoptiva: Cuando se daba entre adoptante y adoptado.

En Guatemala, se reconocen las siguientes:

- Filiación matrimonial. La del hijo concebido durante el matrimonio. La encontramos regulada en los Artículos 199 al 208 del Código Civil.

La doctrina nos enseña que siempre se presumirá que el marido es el padre del hijo nacido dentro del matrimonio, aun cuando el matrimonio sea declarado insubsistente o nulo. Si el hijo nace dentro del término mínimo y máximo determinado por la ley. (término mínimo es de ciento ochenta días desde el día de la celebración del matrimonio y el máximo es de trescientos días desde la disolución del matrimonio).

- Filiación cuasi matrimonial: La del hijo nacido o concebido durante la relación de unión de hecho. Es decir que es la resultante de la unión de hecho, siempre y cuando esta sea reconocida y registrada.
- Filiación extramatrimonial: La de hijo concebido fuera del matrimonio e inclusive fuera de la unión de hecho declarada y

registrada. Regulada en el Código Civil, en sus Artículos del 209 al 227.

La ley concede los mismos derechos a los hijos procreados fuera del matrimonio, que los nacidos dentro de matrimonio. Sin embargo, para que vivan dentro del hogar conyugal, se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge. La doctrina establece que el reconocimiento de un hijo fuera de matrimonio, se puede dar voluntaria o forzosamente. Esta misma diferencia la establece el Artículo 221, del Código Civil, cuando establece las formas en que se puede dar el reconocimiento voluntario.

Por otro lado, si el padre no reconoce al hijo procreado fuera del matrimonio, este último tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación; y este derecho nunca prescribe respecto de él.

- Filiación adoptiva: La del hijo tomado como hijo propio por la persona que lo adopta. En este caso la ley le concede también los mismos derechos a los hijos que establecen su filiación por medio de la Adopción. Este tipo de relación se regula a partir del Artículo 228 del Código Civil.

2.3. Formas de filiación

En el caso de la filiación materna, la doctrina señala que los medios de prueba son: "acta de nacimiento, posesión de estado, información testimonial"⁴⁵, de los cuales el acta de nacimiento es el medio de prueba por excelencia,

⁴⁵ Bonnecase, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**, Pág. 269.

Resulta oportuno citar textualmente al autor Julien Bonnecase: “ Hemos afirmado que en la filiación legítima, la materna se prueba por varios medios en efecto, el acta de nacimiento, la posesión de estado y la prueba testimonial, son modos de prueba de tal maternidad. Deben hacerse sin embargo, dos observaciones : 1. No es idéntica la fuerza probatoria de cada uno de estos medios de prueba; 2. Cada uno de ellos, por si solo, no prueba íntegramente el parto de la pretendida madre, y la identidad del actor con el hijo dado a luz por ésta.

Prueba por el acta de nacimiento. Es el modo de prueba normal. El Artículo 319 declara: “la filiación de los hijos legítimos se prueba por las actas de nacimiento inscritas en el registro civil”. En realidad, la fórmula del Artículo 319 es muy amplia. El acta de nacimiento no prueba la identidad del actor con el hijo dado a luz por la pretendida madre; únicamente demuestra el parto de ésta, a condición naturalmente, de que en el acta consten tanto el nombre de la madre como el del hijo. En cuanto a la identidad del hijo, cuando es desconocida, puede probarse por todos los medios, sea testimonial o presuncionalmente sin que sea necesario el principio de prueba por escrito a que se refiere el Artículo 323; en efecto se trata de un hecho meramente material que, por lo demás, se apoya en un título: el acta de nacimiento.

Prueba por la posesión de estado. Ya estudiamos la posesión de estado, principalmente en su aplicación la filiación legítima materna. Por tanto, no nos referiremos nuevamente a su noción y elementos constitutivos. Precisaremos únicamente que esta posesión de estado debe ser constante. “En defecto de este título, dice el Artículo 320, basta la posesión de estado de hijo legítimo”. El dominio de aplicación de posesión de estado es más extenso que el del acta de nacimiento, pues al mismo tiempo demuestra el

parto de a madre la identidad del hijo. Debe irse aún más lejos y decir que la posesión de estado sobrepasa a la filiación materna, demostrando al mismo tiempo la paterna, puesto que debe existir tanto respecto del padre como de la madre. Por último, cuanto la posesión de estado no está en contradicción con el acta de nacimiento, prueba plenamente la filiación legítima. Por demás está decir que hemos venido suponiendo que, en estos casos, no se discute sobre la existencia misma del matrimonio de los padres.

La presunción: *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Su significación en cuanto a la prueba de la paternidad legítima. La procreación del hijo por el marido de la pretendida madre representa el quinto elemento constitutivo de la filiación legítima. Esta procreación no puede probarse directamente. A este respecto el legislador se conforma con una presunción, enunciada así en el Artículo 312: "el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido". Tradicionalmente esta regla se enuncia en la forma siguiente: *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Ya sabemos que a partir de la sentencia Degas, debe sustituirse la fórmula del Artículo 312 por la siguiente: "el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido". Únicamente que la presunción de paternidad del marido no tiene un alcance absoluto; puede el marido destruirla mediante la acción de desconocimiento de paternidad.

Acción de desconocimiento de paternidad. Su principio. Sus diferencias con la impugnación de legitimidad. Sus condiciones prejudiciales. Es importante explicar el fundamento de la acción de desconocimiento y distinguirla de la de impugnación de legitimidad. Como hemos dicho, esta última puede tener como consecuencia demostrar la no paternidad del marido, no es este su objeto directo. Dicha acción tiende a demostrar que el hijo en cuyo favor existe la presunción de paternidad del marido, y tiende a

destruir tal presunción que como hemos dicho, no es irrefragable. No es obstáculo para lo anterior, que el legislador haya reglamentado rigurosamente la acción de desconocimiento, autorizándola solo en casos muy especiales y bajo condiciones estrictas⁴⁶.

Sin embargo nuestra ley, establece claramente, que en el caso del varón, es necesario comprobarse. Y de ahí que se torne litigiosa.

Existen dos formas en que se produce la filiación:

- Filiación Matrimonial.
- Filiación extramatrimonial.

En la filiación matrimonial, la denominada legítima, y que nuestro código nombre de la primera de las formas. Se dice que no es necesario comprobar la maternidad, en cuanto que la paternidad sí.

En el primero de los casos mencionados, (es decir el de filiación matrimonial), para el doctor Cruz, el desconocimiento del hijo puede suponerse en tres casos diferentes:

- Si ha sido concebido antes y nacido después de contraerse el matrimonio;
- Si es concebido y nacido en el matrimonio y
- Si nace después de la disolución del matrimonio.⁴⁷

⁴⁶ **Ibid.**

⁴⁷ Brañas, Alfonso. **Ob. Cit.** Pág. 201.

En el segundo de los casos, la filiación extramatrimonial, se entiende el vínculo que une al hijo con sus progenitores, no se han unido en matrimonio, necesariamente no basta la existencia de tal vínculo, por lo que debe constar fehacientemente ante Registro civil. Por lo que se tiene que recurrir a la figura del reconocimiento judicial pues hay voluntario.⁴⁸

Esta situación señala el licenciado Brañas se entiende por el vínculo jurídico no existente, y por el hecho ilícito de concepción del hijo fuera del matrimonio, que se vuelve tal, (ilícito), al no reconocerlo. Para nosotros no es ilícito como irregular, y productor de un desorden jurídico, que es necesario corregir.

La determinación de la filiación legítima paterna es un hecho casi imposible de demostración directa.

Sin embargo, en una mujer el caso es basado en doble presunción: (1) La cohabitación con su marido (2) Fidelidad.

En el primer caso, las relaciones sexuales con el marido, constituyen lo dicho con relación a la presunción de cohabitación. En el segundo caso, se supone el hecho de la fidelidad, de conformidad con lo establecido en el Artículo 199 del Código Civil⁴⁹.

En sentido contrario, el padre debe recurrir a medios de prueba más técnicos.

⁴⁸ **Ibid.** Pág. 206.

⁴⁹ Chavarría Alvarado, Leonel Rodrigo. **La jurisdicción voluntaria en la doctrina y la legislación.** Pág. 17.

Esto último, toma especial importancia, en un caso en el que, del reconocimiento del fruto de la concepción (reconocimiento de preñez), dependa que el padre, (por ejemplo) sufrague gastos médicos para dicho nacimiento o durante el período de gestación. Como también es conteste con la posible muerte del padre, y que la herencia (testamentaria), dependa del reconocimiento previo.

En cuanto a la procedencia de estas diligencias, nos tenemos que remitir a los siguientes elementos:

- Que se parta de tres supuestos: La ausencia, la muerte del marido, o la separación.
- Que el embarazo o preñez, estén dentro de los términos que para el efecto establece el Código Civil en sus Artículos 199 y 206.
- Supuestos de la reclamación

Además de estar fundada en una unión matrimonial, la solicitud de la interesada (puesto que también se supone que es una mujer la requeriente), debe comprobar cualquiera de los extremos que ya mencionamos: La ausencia, la separación o la muerte del marido.

Por lo tanto, es necesario que de uno de los tres supuestos mencionados, provenga la solicitud. Sin embargo, en nuestra sociedad también se gestan casos en los que aún viviendo con su mujer, el marido no reconoce a sus hijos, o por lo menos alguno de ellos. Cabe la pregunta de ¿Qué pasa en este caso?. Misma para la que consideramos que la respuesta es la que se da comúnmente en la práctica: Que las señoras comparecerían asentar la partida de nacimiento

de sus hijos tan solo con sus apellidos, tal el caso de que se tratara de una madre soltera.

- De los plazos

El Código Civil establece en su Artículo 199 lo siguiente:

"El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio:

- El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y
- El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio".

Es por supuesto, de relevancia procesal el segundo de los numerales de este Artículo, en lo que se refiere a las diligencias de reconocimiento de preñez o parto.

El Artículo 206, del código en mención, señala:

En caso de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté encinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en el término de noventa días contados desde su separación o divorcio. Asimismo, si la mujer quedare encinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente, dentro del mismo término, a fin de que en uno u otro caso, se tomen las disposiciones

necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación".

2.4. Regulación legal

Tanto en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, como en el Código Procesal Civil y Mercantil; el proceso de Reconocimiento de Preñez o parto, se encuentra regulado por tan solo tres artículos. Los que sirven de base para desarrollo, inicio y conclusión del mismo. Por lo tanto, y a pesar de que su trámite sea mucho más extenso que únicamente tres artículos, no representa mayor trabajo analizarlo. Por lo tanto transcribimos el contenido de los tres artículos que la regulan en el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

Artículo 14. -Solicitud. La mujer puede solicitar ante notario, el reconocimiento de su preñez en los casos de ausencia, separación o muerte de su marido, solicitud que deberá publicarse por edictos, tres veces durante un mes en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país.

Igual derecho tienen los herederos instituidos o legales del marido, en caso de que éste haya muerto.

Ante notario, deberá probarse la ausencia, la separación o la muerte del marido, conforme lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil.

Artículo 15. -Medidas de Oficio. El notario está facultado para tomar todas las medidas a que se refiere el Artículo 436 del Código Procesal Civil y

Mercantil, y, en su caso, los facultativos deberán cumplir con las obligaciones establecidas en el citado Artículo.

Artículo 16. - Declaración Notarial. Si no hubiere ocurrido oposición, el notario declarará el hecho del nacimiento, amparando al nacido en la cuasiposesión del estado de hijo, resolviendo también lo relativo a alimentos del menor.

2.5. Trámite

Los Artículos 14 al 17 del Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, regulan lo relativo al trámite notarial de reconocimiento de preñez o parto, ordenando el trámite de la siguiente manera:

- Acta notarial de requerimiento: La mujer solicita al notario, el reconocimiento de su preñez, en los casos de ausencia, separación o muerte de su marido, probando cualquiera de esos tres extremos. Presenta la prueba documental del caso.
- El notario dicta la primera resolución dando trámite a las diligencias, en la cual resuelve publicar edictos, recibir pruebas, puede dictar de oficio cuanta medida considere necesaria y nombre facultativos.
- Publicación de edictos por tres veces durante un mes en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación.
- Recibir las otras pruebas ofrecidas o las que de oficio le solicite.
- Discernimiento del cargo a los facultativos nombrados.

- Recibir los informes de los facultativos nombrados.
- Dicta la resolución o auto final, en ella declara el hecho del nacimiento, ampara al nacido en la cuasiposesión del estado de hijo y resuelve lo relativo a alimentos.
- Expide certificación para los efectos registrales.
- Remite el expediente al Archivo General de Protocolos.

Se agrega a esto, dos cosas: Una que dado que no se menciona el número de facultativos que deben intervenir, se supone que tienen que ser como mínimo dos, a efecto de determinar con mayor certeza científica los resultados obtenidos, según el Artículo 435 del Código Procesal Civil y Mercantil. Y segundo que aunque este es un proceso en el que no se necesita la intervención de la Procuraduría General de la Nación, ya que no es exigido en las disposiciones legales, que regulan este trámite, sin embargo, existe un aforismo jurídico que indica que lo que la ley no prohíbe, está permitido, por consiguiente en el presente caso se puede solicitar la opinión de la Procuraduría.

Puede definirse la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce

idénticamente para todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad o maternidad según que se considera en relación con el padre o con la madre.⁵⁰

Por lo que podemos entender que en derecho la filiación trata del vínculo existente entre padre o madre e hijo.

⁵⁰ Planiol-Ripert, **Manual de derecho civil**, Pág. 194.

CAPÍTULO III

3. Procesos de paternidad y filiación

3.1. Concepto de proceso

En el lenguaje común se define a proceso como una serie de trámites que se deben realizar para llegar a un determinado fin, y el origen del vocablo proceso se deriva del latín *procedere* que significa marchar, avanzar hasta un punto determinado, pero a través de momentos sucesivos. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como: "Acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo; conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno".⁵¹

Juridicamente esto no tendría mayor trascendencia y es por ello que Carnelutti hace la siguiente ejemplificación: "Para distinguir entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: Procedimiento es la decena, el proceso es el número concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien puede comprender más de una".⁵²

Se puede derivar que procesal es una forma de decir proceso, para el autor Jaime Guasp, el Derecho Procesal es el "Derecho referente al Proceso; es pues, el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso"⁵³.

Guasp define los postulados fundamentales de toda ordenación del proceso al indicar que todo proceso exige una pretensión, toda pretensión

⁵¹ Varios autores. **Diccionario de la lengua española**, Pag. 1671

⁵² Palacio, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**, Pág. 59.

⁵³ Jaime Guasp, **Derecho procesal civil**. Pág. 31.

lleva consigo un proceso y ningún proceso puede ser mayor o menor o distinto de dicha pretensión, y llega al concepto de proceso el cual define como "Una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos para ello"⁵⁴.

Eduardo J. Couture tiene un concepto más simple del proceso judicial, e indica que: "Es una serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad sometido a su decisión"⁵⁵.

Es importante citar nuevamente a los Licenciados Montero y Chacón, quienes con respecto a la historia del proceso señalan: "Fue en Alemania, y en el inicio del siglo XIX, cuando la doctrina puso de manifiesto que carecía de método científico el ir explicando juicio tras juicio sin elevarse conceptualmente a la idea general de proceso, para desde ella poder entender lo que hacen los órganos jurisdiccionales y las partes. El proceso pasó así a ser un concepto, como lo es el contrato, y sólo cuando se comprende el mismo se está en disposición de entender los procesos en concreto que ofrece la realidad, de la misma forma como sólo se entienden los contratos en particular cuando se parte del concepto general de contrato"⁵⁶.

De lo anteriormente expuesto, se puede definir el concepto de proceso como una consecución de actos judiciales concatenados que pretenden llegar a un fin; en términos prácticos se suele llamar el derecho adjetivo, ya

⁵⁴ Guasp, Jaime. **Derecho procesal civil**. Pág. 31.

⁵⁵ Couture, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 121.

⁵⁶ Montero y Chacón, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 117-118.

que es poner en dinamismo las normas sustantivas del Derecho Civil, esto no significa más que impartir justicia por parte del Estado, mediante un conjunto de procedimientos establecidos en la ley respectiva (Decreto Ley 107).

3.2. Definición de proceso civil

Couture lo define como: "El derecho procesal civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil"⁵⁷.

Para algunos autores existe un concepto más riguroso del Derecho procesal civil como: "Conjunto de normas que regulan la resolución jurisdiccional de las controversias jurídicas"⁵⁸. Otros que lo definen como: "El conjunto de normas que 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"⁵⁹.

Es preciso establecer además que en un primer momento existía un solo proceso, en el cual se conocía de todas las pretensiones, es decir, aún fueran estas de materia penal, puesto que dicho Derecho no había ganado independencia. Se dice que es preciso señalarlo, puesto que en este sentido se tienen dos elementos a estudiar. Por un lado el hecho de dilucidar si el tribunal tiende a actuar el Derecho Penal o el Derecho Civil (o cualquier otra

⁵⁷ Couture, Eduardo J. **Ob. Cit**; Pág. 3.

⁵⁸ Morón Palomino, Manuel. **Sobre el concepto del derecho procesal**. Pág. 124.

⁵⁹ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**, Pág. 19.

rama del Derecho Objetivo), de conformidad con el proceso. Lo cual nos lleva al criterio base que distingue entre necesidad y oportunidad, y que cada uno de los procesos tiene sus propias características.

Por otro lado, y como consecuencia de dicha situación, a pesar de que también ha sido creado el Centro administrativo de gestión penal, los servicios que brinda éste, no se podrían unificar con el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia, aparte de la notoria distinción que existe en razón de la materia, por los principios mencionados y básicamente por las características de cada proceso.

De las diversas acepciones de proceso civil no se debe olvidar que la razón de ser del proceso es precisamente resolver una litis, o sea un conflicto del orden civil (en este caso) y responder a una reclamación mediante la ejecución de un proceso. "El objeto del proceso es, naturalmente, la reclamación o queja que se trata de satisfacer, es decir, la pretensión procesal"⁶⁰.

3.3. Importancia del inicio del proceso

La forma típica de iniciar un proceso civil es mediante una demanda, esto debido a que comúnmente el proceso se inicia por el conocimiento de personas distintas al órgano jurisdiccional y en este orden de ideas se concluye que no es función de dicho órgano conocer de procesos sino únicamente resolverlos. La demanda es por ende una parte vital del comienzo del proceso, para el autor Jaime Guasp la demanda es: "El acto típico y ordinario de iniciación procesal"⁶¹.

⁶⁰ Jaime Guasp, **Derecho procesal civil**. Pág. 17.

⁶¹ **Ibid.**

El sentido etimológico de la palabra proceso, no en su significación jurídica sino en su simple acepción literal equivale a avance, a la acción o efecto de avanzar. En sentido propio, *cedere pro* significa el fenómeno de que una cosa ocupe el lugar o sitio de otra, es decir, una serie o sucesión de acaecimientos que modifican una determinada realidad.⁶²

Previo a conocer definiciones de los juristas sobre Proceso, es necesario conocer el concepto de litigio, el cual según Alcalá-Zamora y Castillo⁶³ es entendido como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica, en virtud de las tres vías posibles para dicha solución: proceso, autocomposición y autodefensa.

Según David Lascano⁶⁴ el proceso siempre supone una litis o litigio o conflicto, entendido éste no sólo como efectiva oposición de intereses o desacuerdo respecto de la tutela que la ley establece, sino a la situación contrapuesta de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución sólo puede conseguirse con intervención del Juez.

Jaime Guasp define al proceso como una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de órganos del Estado instituidos especialmente para ello.⁶⁵

Por su parte, Eduardo Couture lo define como la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.⁶⁶

⁶² **Ibid.**

⁶³ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**, Pág. 237.

⁶⁴ Aguirre Godoy, **Ob. cit.** pág. 244.

⁶⁵ Guasp, **Ob. cit.**, pág. 25.

⁶⁶ Gordillo, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**, Pág. 28.

De acuerdo a Carnelutti no debe confundirse proceso con procedimiento, puesto que el primero es considerado como continente y el otro como contenido; explicándose así que una combinación de procedimientos (los de primera y segunda instancia, por ejemplo) pudiera concurrir a constituir un solo proceso⁶⁷. Jaime Guasp señala necesario distinguir el proceso como tal del mero orden de proceder o tramitación o procedimiento en sentido estricto, de manera que el procedimiento es parte del proceso, en tanto que constituye una serie o sucesión de actos que se desarrolla en el tiempo de manera ordenada de acuerdo a las normas que lo regulan, sin que ello constituya el núcleo exclusivo, ni siquiera predominante, del concepto de proceso⁶⁸.

El procedimiento en su enunciación más simple es “el conjunto de formalidades a que deben someterse el Juez y las partes en la tramitación del proceso”. Tales formalidades varían según sea la clase de procedimientos de que se trate (penal, civil, administrativo, etc.) y aún dentro de un mismo tipo de proceso, podemos encontrar varios procedimientos, como sucede en el de cognición, cuyo prototipo es el llamado juicio ordinario. Efectivamente existe un procedimiento para el denominado juicio ordinario de mayor cuantía y otro para el de menor cuantía.

Guasp afirma que la tesis unitaria del concepto de proceso debe ser enérgicamente afirmada: no se trata de una mera etiqueta común a realidades distintas en su esencia, sino de una sola e idéntica noción fundamental que puede predicarse sin trabajo todas las clasificaciones de procesos, todos los cuales revelan que son en su esencia, en efecto, instituciones destinadas a la actuación de pretensiones fundadas por órganos del Estado dedicados especialmente para ello.

⁶⁷ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; Pág. 239.

⁶⁸ Guasp, **Ob. Cit**; Pág. 25.

Desde el punto de vista lógico, el proceso civil no es sino una de las categorías o clases de procesos al mismo o semejante nivel que las demás: sin embargo, de hecho, no es dudoso que la rama jurídica que a él se refiere, por ser la que hasta ahora ha trabajado sus conceptos de una manera más intensa, contiene en muchos puntos la base de la teoría general que podría servir no sólo de orientación, sino a veces, plenamente para el tratamiento de los problemas de los otros grupos de procesos.⁶⁹

De acuerdo Guasp el proceso civil corresponde a la jurisdicción ordinaria o común. Es oportuno mencionar que según el citado autor hay dos categorías de procesos: Comunes, como el penal y el civil; y especiales, los demás: administrativo, social o del trabajo, de los menores, militar, canónico, etc.

La definición que da sobre el proceso civil es la siguiente: “una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión conforme con las normas del derecho privado por los órganos de la Jurisdicción ordinaria, instituidos especialmente para ello.

Nuestra legislación consagra la separación del derecho sustantivo civil del mercantil, aunque tiene unificado el derecho adjetivo. Tenemos un Código Civil y un Código de Comercio que operan por separado; y a su vez hay un Código Procesal Civil y Mercantil. En el derecho sustantivo el Código de Comercio se encarga de establecer la interdependencia entre la ley civil y la ley mercantil, pues el Artículo primero regula la supletoriedad del primero para con el segundo, bajo la estricta observancia de los principios del Derecho Mercantil.

⁶⁹ **Ibid.**

En cuanto al derecho procesal, si bien está unificado, hay que hacer la salvedad de que, para la pretensión procesal en el terreno mercantil, el Código de Comercio señala las vías más rápidas para dar soluciones jurisdiccionales: juicios sumarios, ejecutivos o arbitrales. En pocos y muy especiales casos está prevista la vía del juicio ordinario. Esto en obsequio a la característica del Derecho Mercantil. El comercio exige soluciones prontas para sus conflictos y por eso se prescriben los cauces más expeditos.⁷⁰

Aguirre Godoy señala que en la legislación guatemalteca, afortunadamente, tiene unificado su procedimiento civil y mercantil. No es necesario hacer resaltar en detalle la íntima relación entre estas disciplinas porque es notoria a lo largo de todo el desenvolvimiento del proceso, en relación a la capacidad, a la legitimación, a los modos de extinguirse las obligaciones, a la prueba de contratos, etc.

De manera que la naturaleza del Proceso Mercantil es la misma que la del Proceso Civil, con las observaciones hechas con anterioridad.

Dice Guasp: "La clasificación verdaderamente importante del proceso civil hay que obtenerla, pues, a base del análisis de la actuación a que el proceso tiende (por su función); aquí se ha de repartir de una diferenciación esencial, pero esta conducta es fundamentalmente diversa según que lo pedido sea una declaración de voluntad del Juez o una manifestación de voluntad: el primer caso, en que lo pretendido es que el Juez declare algo influyendo en la situación existente entre las partes, de un modo simplemente jurídico, se diferencia fácilmente del segundo en que lo que se pide al Juez es una conducta distinta del mero declarar, puesto que se pide que intervenga entre las partes de una manera física: basta para afirmar

⁷⁰ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, Pág. 37.

esta diferencia comparar la distinta actividad del órgano jurisdiccional cuando emite una sentencia que cuando entrega un bien al acreedor: si lo pedido es una declaración de voluntad, el proceso civil se llama de cognición; si lo pedido es una manifestación de voluntad, el proceso civil se llama de ejecución”.

El proceso civil de cognición comprende: a) proceso constitutivo: se tiende a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, llamándose a la pretensión que le da origen, pretensión constitutiva e igualmente a la sentencia correspondiente; b) proceso de mera declaración o proceso declarativo: se trata de obtener la constatación o fijación de una situación jurídica; la pretensión y la sentencia, reciben el nombre de declarativas; y c) Proceso de condena: normalmente se tiende a hacer que pese sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación determinada: la pretensión y la sentencia se denominan de condena.

El proceso civil de ejecución comprende: a) proceso de dación: si lo que se pretende del órgano jurisdiccional es un dar, bien sea dinero, bien otra cosa, mueble o inmueble, genérica o específica; y b) de transformación: si la conducta pretendida del órgano jurisdiccional es un hacer distinto del dar.

Por su parte, Manuel de la Plaza sostiene que al lado del proceso jurisdiccional de cognición y del de ejecución, se atribuye al proceso la misión de cumplir un fin más (el de prevención o aseguramiento de los derechos) y entonces se habla de un proceso preventivo o cautelar. Esta figura, con las del proceso de cognición y el ejecutivo, constituye un trinomio (clasificación que atiende a su función o finalidad), en cuya concepción vamos a apoyarnos, para construir la sistematización de nuestros procesos,

parangonándolos en lo posible, como decimos en la parte general, con los que no ofrecen los sistemas legales más progresivos.

Considerando el proceso desde el punto de vista unitario, estas tres fases del proceso, para algunos autores, configuran verdaderos procesos, aún cuando la opinión más generalizada no acepta todavía como verdaderamente definido el proceso cautelar. Pero de todas maneras, la influencia que esta clasificación de los procesos ha tenido en la estructuración de la sistemática del derecho procesal y de las legislaciones vigentes, desde este punto de vista, es muy sugestiva.

Asimismo, existen otras clasificaciones como por su contenido. Al respecto, indica Alcalá-Zamora y Castillo que también desde el punto de vista del contenido del proceso, pero referido al área de nuestra disciplina, encontramos la división de los juicios en universales y singulares, distinción que se hace, según que afecten o no la totalidad del patrimonio. Esta distinción se señala, por las características especiales de los llamados juicios universales, como son: la existencia de una masa de bienes con personalidad propia, en ciertos casos y momentos; por el fuero de atracción (*vis atractiva*) o acumulación-absorción como se llama, y por la intervención de órganos parajudiciales (por ejemplo, síndicos y junta general de acreedores, albacea, juntas de herederos).

Siempre atendiendo al contenido, pero según la índole del proveimiento emitido por la autoridad judicial, encontramos los de jurisdicción contenciosa opuestos a los de jurisdicción voluntaria, no sin cierto equívoco, toda vez que como se ha señalado por la doctrina, a la jurisdicción contenciosa se le opone propiamente la jurisdicción no contenciosa (por ejemplo el juicio en rebeldía) y no la jurisdicción voluntaria.

Frente a la natural dificultad en que coloca al jurista la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, cuya explicación e inclusión en Códigos no es del todo satisfactoria, al menos para algunas de sus instituciones.

Otra clasificación es por su estructura. Alcalá-Zamora y Castillo señala que si tomamos el proceso en su estructura, pero no en el sentido de desarrollo o procedimiento, sino en el de arquitectura de proceso, encontramos diferentes tipos procesales, como por ejemplo procesos con contradicción o sin él. Lo primero es lo normal; lo segundo, aún cuando constituye la excepción, podemos encontrar manifestaciones de tipos procesales sin contradictorio en el juicio contumacial o en rebeldía, en el juicio monitorio, en algunas fases de los embargos y en el juicio ejecutivo.

Siempre dentro de la clasificación del proceso por su estructura, tenemos aquella determinada por el órgano jurisdiccional que substancie el proceso y decida el litigio, al cual Alcalá llama criterio judicial subjetivo, y así distinguimos procesos desenvueltos ante jueces públicos o ante jueces privados.

Desde el punto de vista de su estructura y de la finalidad, pero referidos a la materia obrero patronal, señala Alcalá la diferenciación entre el proceso colectivo del trabajo y el individual o proceso privilegiado clasista.

Por la subordinación. En cuanto a la subordinación de un proceso a otro, se dividen los tipos procesales en incidentales y principales o de fondo, distinguiéndose entre aquellos los de simultánea y los de sucesiva sustanciación, "según que corran paralelamente al proceso principal o que interrumpan su curso hasta la decisión incidental". En virtud de que en

ninguna otra parte de la presente compilación se desarrolla lo relativo a los incidentes, se decidió incluirlo a continuación.

El incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve la incidencia, nunca el fondo del asunto principal y se utiliza cuando el asunto no tiene trámite específico o porque lo ordena la ley.

De manera, que si se tramita un divorcio en el proceso principal, y se presenta una excepción, surge el proceso paralelo que sería el incidente; nunca podría éste resolver el fondo del asunto principal o sea el divorcio. Tiene que resolver la incidencia, la cuestión "accesoria" que surgió dentro del proceso principal. Siguiendo el ejemplo anterior, el incidente resuelve la excepción, nunca va a resolver el divorcio.

Es importante manejar que los incidentes que están regulados en la Ley del Organismo Judicial se aplican en forma supletoria cuando no existe trámite específico dentro del proceso. Si analizamos el trámite de las excepciones previas dentro del juicio ordinario su trámite es incidental.

La definición legal del incidente está regulada en el Artículo 135 de la LOJ, y el desarrollo del trámite se encuentra regulado en los Artículos 138, 139 y 140 de la misma ley.

Existe una diferenciación si se trata de incidentes que se refiere a cuestiones de hecho o de derecho. La cuestión de derecho es todo aquello que está regulado en la ley, por ejemplo las excepciones previas, sólo con mencionar el Artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil, se tiene ya probado que existen. Esto quiere decir que las cuestiones de derecho no se prueban, ya que sólo con invocar el Artículo o su fundamento legal se tiene

por probado. La excepción a esta norma lo constituye el derecho extranjero, así el Artículo 35 señala que quien invoque el derecho extranjero debe probarlo.

A diferencia de la cuestión de derecho, la cuestión de hecho es todo aquello que no está en la ley, por lo tanto deben probarse, de manera que la materia que no se encuentra regulada en la ley es cuestión de hecho.

Partiendo de la diferenciación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, puede manejarse el esquema del trámite de los incidentes que se encuentra regulado en los Artículos 138-140 de la Ley del Organismo Judicial. A continuación se trata el trámite del incidente de cuestión de derecho:

Dice el Artículo 138 del cuerpo leyes mencionado que interpuesto el incidente, se dará audiencia por el plazo de dos días a las partes.

El Artículo 140 señala que evacuada la audiencia se resolverá dentro del plazo de tres días, al que se refiere el Artículo 138. De manera que se tienen 2 días de audiencia y 3 para resolver.

En cuanto al esquema de los incidentes por cuestión de hecho, siempre se toma como base el Artículo 138, que dice que interpuesto el incidente, se correrá audiencia a las partes por el plazo de dos días. Sin embargo, el Artículo 139 indica que si hay hechos controvertidos que probar se abrirá a prueba el incidente por el plazo de 10 días, en no más de dos audiencias.

El Artículo 140 indica que evacuada la audiencia, se resolverá dentro del plazo de 3 días al que se refiere el Artículo 138, (esto es en el de cuestión de derecho), o en la propia audiencia de prueba si la hubiere.

Entiéndase que si hay una o dos audiencias de prueba se resuelve en la propia audiencia. No hay tres días para resolver.

El único trámite de los incidentes que tiene audiencia es por cuestión de hecho, porque las cuestiones de hecho sí se prueban.

Aclarando lo relativo a los 10 días de plazo y las 2 audiencias, entiéndase que el juez tiene 10 días para desarrollar prueba en el incidente por cuestión de hecho y tiene un máximo de dos audiencias dentro de esos 10 días. Si la primera audiencia alcanza para desarrollar la prueba, allí mismo se resuelve. Si no alcanzara se señalará una segunda audiencia, y entonces se resuelve.

No debe entenderse que hay 5 días para una audiencia y 5 para la segunda, sino que el Juez tiene 10 días y en el transcurso de ellos puede señalar la primera o la segunda audiencia si la hubiere.

De manera que el trámite de los incidentes por cuestiones de hecho es de 2 días de audiencia, 10 días de prueba en un máximo de 2 audiencias, y se puede resolver en la primera audiencia de prueba, o en caso sea necesario en la segunda.

En cuanto al momento oportuno para ofrecer la prueba en un incidente por cuestión de hecho, debe tomarse como base el Artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial, que indica que el interponente del incidente ofrece su

prueba al plantear el incidente, y la otra parte ofrece su prueba al evacuar los dos días de audiencia a las partes.⁷¹

Clasificaciones impropias. Para concluir con las clases de procesos, Alcalá-Zamora y Castillo señala aquella motivada por la índole de la acción ejercitada (declarativa, constitutiva y de condena), que más que todo se refiere a pretensiones y fines de la jurisdicción, pero no al concepto procesal de acción ni a un tipo procesal determinado.

Cita también la división en juicios ordinarios y sumarios, que más que todo alude a la forma del procedimiento y no a un tipo procesal.

3.4. Clases de proceso

Debido a la variedad de pretensiones que accionan los particulares, consecuentemente a los diferentes hechos o asuntos surgidos entre ellos, es decir las diferentes formas que adquiere la "litis", así también surgen diferentes formas de atender los asuntos. Es decir diferentes clases de procesos.

El proceso civil es el proceso que mayor formas disímiles adquiere y mayor clasificaciones adopta. Contrariamente a lo que pasa en la sede penal, en cuanto a que formas del proceso existen menos y comúnmente son derivaciones de éste.

El proceso civil se clasifica en cuatro formas de las cuales se encuentran aún ramificaciones. Estas cuatro formas son: Procesos de Conocimiento; procesos Ejecutivos; procesos Cautelares y proceso Arbitral.

⁷¹ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Derecho procesal civil**, Pág. 93.

Con el objeto de establecer una mayor claridad entre las formas que adquieren los procesos y los requerimientos de la distribución del trabajo, servicio que presta el Centro que se analiza en el presente trabajo, se procede a continuación a explicar cada una de estas clasificaciones en forma ordenada.

3.4.1. 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 decir del insigne Maestro de Derecho Procesal Civil, el Doctor Mario Aguirre Godoy, en su obra derecho procesal civil, señala 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".⁷²

Por su parte los Licenciados Montero y Chacón señalan: "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. Estas pretensiones no dan lugar a tres clases de proceso, sino que cualquiera de ellas se conoce o ventila por el proceso de conocimiento o declaración".⁷³

⁷² Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit**; Pág. 563.

⁷³ Montero y Chacón, **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 253.

Las opciones que surgen a los procesos de conocimiento son los Ejecutivos y los Cautelares, que se explican más adelante.

Como especie de los procesos de conocimiento, surge el proceso ordinario, en el que no hay (como su mismo nombre lo indica), limitación a objeto alguno.

3.4.2. Ejecutivos

El proceso de ejecución comprende para nuestra ley, (Código Procesal Civil y Mercantil),

- Proceso de dación, cuando lo que pretende el proceso es dar.
- De transformación: si la conducta que se pretende es un hacer distinto a dar.

Los procesos de ejecución son aquellos en los cuales el tribunal o juzgado obliga a la realización de la conducta que se estableció previamente en un documento, que se tiene como justo título o como título ejecutivo propiamente dicho.

Por tal motivo se señala, que la función del órgano jurisdiccional, de obligar al sujeto a observar determinada conducta, puede ir en dos sentidos: La de dar algo o la de hacer algo.

En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil se ocupa de dichos procesos en su Libro Tercero.

3.4.3. Procesos cautelares

La idea del juicio cautelar es garantizar un derecho, tutelar un derecho, proteger un derecho con el objeto de hacer prevalecer el derecho del litigante que en efecto le asiste un derecho.

Esto lo señala de mejor forma Manuel de la Plaza, citado por el tratadista guatemalteco, Doctor Mario Aguirre Godoy: "...ocurre que por ser el proceso un acto complejo que ni siempre puede iniciarse en momento propio ni nunca se desarrolla, por perfecto que el sistema sea, sino a través de un lapso más o menos largo se impone frecuentemente la necesidad de asegurar, inicialmente una posición con notoria ventaja para el litigante, o de evitar, previniendo sus consecuencias, los daños positivos que por no haberlas previsto pudieran causarse, mediante la adopción de una serie de variadas medidas... Por ello, al lado del proceso jurisdiccional de cognición y del de ejecución, se atribuye al proceso la misión de cumplir un fin más (el de prevención o aseguramiento de los derechos) y entonces se habla de un proceso preventivo o cautelar..."⁷⁴.

Se estimó conveniente sustentarse en la obra de Mario Gordillo por la claridad con que expone dicha materia, además de relacionarla con la legislación del país.

- Dispositivo o inquisitivo:

Mario Gordillo señala que conforme a este principio, corresponde a las partes la iniciativa del proceso, este principio asigna a las partes, mediante su derecho de acción y no al juez, la iniciación del proceso. Son las partes las

⁷⁴ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil** Pág. 260.

que suministran los hechos y determinan los límites de la contienda. Conforme a este principio se aplican los aforismos romanos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iure ex officio*, no hay jurisdicción sin acción. Contrario al sistema inquisitivo cuyo impulso le corresponde al juez y a él también la investigación. En el sistema dispositivo únicamente se prueban los hechos controvertidos y aquellos que no lo son o son aceptados por las partes, el juez los fija como tales en la sentencia.

Contienen este principio entre otras las siguientes normas procesales:

- El juez debe dictar su fallo congruente con la demanda y no podrá resolver de oficio sobre excepciones que sólo pueden ser propuestas por las partes. (Artículo 26 del Código Procesal Civil y Mercantil).
- La persona que pretenda hacer efectivo un derecho, o que se declare que le asiste, puede pedirlo ante los jueces en la forma prescrita en este Código. (Artículo 51 del Código Procesal Civil y Mercantil)
- La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte. (Artículo 326 Código Procesal Civil y Mercantil).
- El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil obliga a las partes a demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

Es importante resaltar que nuestro proceso no es eminentemente dispositivo, puesto que el propio ordenamiento procesal contiene normas que obligan al juez a resolver, sin petición previa de las partes, así el Artículo 64

segundo párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil establece que vencido un plazo, se debe dictar la resolución que corresponda sin necesidad de gestión alguna, el Artículo 196 del Código Procesal Civil y Mercantil obliga al juez a señalar de oficio el día y la hora para la vista. La revocatoria de los decretos procede de oficio (Artículo 598 Código Procesal Civil y Mercantil)⁷⁵

- Oralidad y escritura

Mario Gordillo señala que en virtud del principio de escritura la mayoría de actos procesales se realizan por escrito. Este principio prevalece actualmente en nuestra legislación procesal civil. El Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil regula lo relativo al escrito inicial. Es importante recordar que no existe un proceso eminentemente escrito, como tampoco eminentemente oral, se dice que es escrito cuando prevalece la escritura sobre la oralidad y oral cuando prevalece la oralidad sobre la escritura.

Asimismo, aclara que más que principio de oralidad se trata de una característica de ciertos juicios que se desarrollan por medio de audiencias y en los que prevalecen los principios de contradicción e inmediación. En el proceso civil guatemalteco el Artículo 201 establece la posibilidad de plantear demandas verbalmente ante el juzgado, caso en el cual es obligación del secretario levantar el acta respectiva. Conforme a las disposiciones del título II, capítulo I, Artículos del 199 al 228 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el proceso oral, prevalece la oralidad a la escritura, circunstancia que permite, que la demanda, su contestación e interposición de excepciones, ofrecimiento y proposición de los medios de prueba e interposición de medios de impugnación, pueda presentarse en forma verbal. Es importante recordar

⁷⁵ Gordillo, **Ob. cit.**, Pág. 7.

que en los procesos escritos no se admiten peticiones verbales, únicamente si estuviere establecido en ley o resolución judicial (Artículo 69 LOJ)⁷⁶.

- Inmediación y concentración

En cuanto al principio de inmediación Gordillo señala que a su criterio es uno de los principios más importantes del proceso, de poca aplicación real en nuestro sistema, por el cual se pretende que el juez se encuentre en una relación o contacto directo con las partes, especialmente en la recepción personal de las pruebas. De mayor aplicación en el proceso oral que en el escrito. El Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil contiene la norma que fundamenta este principio, al establecer que el juez presidirá todas las diligencias de prueba, principio que de aplicarse redundaría en la mejor objetividad y valoración de los medios de convicción. La Ley del Organismo Judicial lo norma también al establecer en su Artículo 68 que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba.

Al referirse al principio de concentración indica que por este principio se pretende que el mayor número de etapas procesales se desarrollen en el menor número de audiencias, se dirige a la reunión de toda la actividad procesal posible en la menor cantidad de actos con el objeto de evitar su dispersión. Este principio es de aplicación especial en el juicio oral regulado en el título II del libreo II del Decreto Ley 107. Efectivamente conforme a lo estipulado en el Artículo 202 del Código Procesal Civil y Mercantil si la demanda se ajusta a las prescripciones legales el juez señala día y hora para que comparezcan a juicio oral y conforme a los artículos 203, 204, 205 y 206 las etapas de conciliación, contestación de la demanda, reconvención,

⁷⁶ **Ibid.**

excepciones, proposición y diligenciamiento de prueba, se desarrollan en la primera audiencia, relegando para una segunda o tercera audiencia, únicamente el diligenciamiento de aquella prueba que material o legalmente no hubiere podido diligenciarse⁷⁷.

- Igualdad

También llamado de contradicción, se encuentra basado en los principios del debido proceso y la legítima defensa, es una garantía fundamental para las partes y conforme a este, los actos procesales deben ejecutarse con intervención de la parte contraria, no significando esto que necesariamente debe intervenir para que el acto tenga validez, sino que debe dársele oportunidad a la parte contraria para que intervenga. Todos los hombres son iguales ante la ley, la justicia es igual para todos (Artículo 57 LOJ). Este principio se refleja entre otras normas en las siguientes:

El emplazamiento de los demandados en el juicio ordinario(Artículo 111 Código Procesal Civil y Mercantil) así como en los demás procesos.

La audiencia por dos días en el trámite de los incidentes (Artículo 138 LOJ).

La recepción de pruebas con citación de la parte contraria (Artículo 129 Código Procesal Civil y Mercantil).

La notificación a las partes, sin cuyo requisito no quedan obligadas (Artículo 66 Código Procesal Civil y Mercantil)⁷⁸.

⁷⁷ Gordillo, Mario. **Ob. Cit.**, Pág. 8.

⁷⁸ **Ibid.**

Asimismo, el Artículo 12 de la Constitución señala que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

- **Bilateralidad y contradicción:**

Como se indicó anteriormente Mario Gordillo lo equipara al principio de igualdad, así como también lo hace Mario Aguirre Godoy, quien señala que el principio de igualdad es una garantía procesal por excelencia y unas veces se le llama también principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia. Couture dice que se resume en el precepto *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte)⁷⁹.

- **Economía:**

Tiende a la simplificación de trámites y abreviación de plazos con el objeto de que exista economía de tiempo, de energías y de costos, en nuestra legislación es una utopía, aunque algunas reformas tienden a ello, las de la Ley del Organismo Judicial que establecen que la prueba de los incidentes se recibe en audiencias y que el auto se dicta en la última podría ser un ejemplo de economía procesal⁸⁰.

Asimismo, Orellana Donis señala que este principio lo que busca es que el proceso sea más económico, que las partes sufran el menor desgaste económico en el proceso y mantener un equilibrio en que prevalezca que no sea más costoso un proceso que el costo de la litis. Este principio va a determinar al final del proceso la condena en costas procesales⁸¹.

⁷⁹ **Ibid.**

⁸⁰ **Ibid.**

⁸¹ Orellana Donis, **Ob. Cit;** pág. 85.

CAPÍTULO IV

4. Adecuación de las reglas de la carga de la prueba en los proceso de paternidad y filiación

4.1. Planteamiento de la problemática

Couture define la prueba en un sentido procesal y es "Un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio", probar es tratar de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión.

La prueba es la demostración judicial por los medios que establece la ley de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.

En el proceso las partes que intervienen afirman la existencia la modificación o la extinción de ciertos hechos cuya alegación fundamenta la posición de tales sujetos procesales mantienen pero no es suficiente únicamente algarlos sino es menester probarlos.

Alsina la define como "la comprobación judicial por los modos que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende"

Carnelutti indica que prueba es " una comprobación de la verdad de una proposición.

4.2. Objeto de la prueba

Objeto de la prueba son las afirmaciones o realidades que deben ser probadas en el proceso.

El tema objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta que se prueba que cosas deben ser probadas.

Esta división elemental suministra una primera noción para el tema de estudio regularmente el derecho no es objeto de prueba sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

Nuestros códigos han distinguido los juicios de hecho de los de puro derecho los primeros dan lugar a prueba los segundos no, Agotada la etapa de sustanciación directamente se cita para sentencia.

4.3. La prueba del derecho

Existe un estrecho vínculo entre la regla general que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; no tendrá sentido la prueba de derecho en un sistema en el cual éste se supone conocido. El conocimiento se ha dicho trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma. Según enseña Couture hay varios casos en que se producen excepciones como sucede cuando existe una ley discutida y controvertida en cuyo supuesto hay que probarla, otra excepción es cuando la costumbre es fuente de derecho, en estos casos que la costumbre es fuente de derecho, si esta fuere discutida y controvertida habría de ser objeto prueba. Pero también en estos casos debe tenerse presente que a la falta de prueba suministrada el juez puede hacer la

investigación respectiva por sus propios medios por lo que el mas que una carga de la prueba habría un interés de la prueba. Una tercera excepción al principio de que el derecho no es objeto de prueba es la que se refiere a derecho extranjero Artículo 35 Ley del Organismo Judicial. se presume conocida con arreglo al principio ya enunciado tan sólo la ley nacional y con la relación a todos los habitantes del país, pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero.

Pero el problema fundamental es el referente a la prueba de los hechos. Estos, siendo aquellos sobre los que versa la demanda son aquellos que se contravierten por lo que es natural que los aceptados por las partes están fuera de prueba la doctrina llama admisión a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario. Los hechos admitidos quedan fuera de contradictorio y como consecuencia fuera de la prueba acá se puede establecer un principio de economía procesal en el cual se debe realizar el proceso en el mínimo de los actos posibles, en cuanto a los hechos aceptados tácitamente hay necesidad de fijar el alcance de esta doctrina teniendo en cuenta aquellos casos en los que la demanda no ha sido impugnada por imposibilidad jurídica material de hacerlo. Así cuando el demandado es declarado rebelde, son tomados como ciertos todos los extremos que invoca el actor aunque el juez puede aplicar menor rigor en la apreciación de la prueba en reacción a la propia actitud del demandado. Todavía el principio de que los hechos controvertidos son objeto de prueba, exige nuevas aclaraciones porque determinados hechos controvertidos no necesitan probarse, no son objeto de prueba por ejemplo dentro de los hechos controvertidos los hechos presumidos por la ley ni los evidentes ni notorios, en cuanto a los hechos presumidos por la ley estos no necesitan prueba pues sobre estos recae una presunción legal que es una proposición normativa acerca de la verdad del hecho, si admite prueba en contrario se

dice que es relativa si no admite prueba en contrario se dice que es absoluta, así Couture establece que no es necesario probar que el demandado conocía cuáles eran sus obligaciones jurídicas porque todo el sistema de derecho parte de la presunción del conocimiento de la ley tampoco hay necesidad de probar en el Juicio que el hijo nacido durante el matrimonio viviendo los padres es hijo de los padres, tampoco están sujetos a prueba los hechos evidentes, a nadie se le exigiría probar por ejemplo el hecho de que hayan llegado primero ante sus sentidos los efectos de luz que los efectos del sonido, que la luz del día favorece la visión de las cosas y la oscuridad la dificulta, en estos casos la mentalidad del juez suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia del juez o magistrado, tampoco es aplicable la prueba de hechos notorios por tanto manifiesta Calamandrei que aquellos hechos que entran en el conocimiento en la cultura o en la información normal de los individuos con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado en el instante que incurre la decisión, pero con respecto a estos debe aclararse que no se aplica la excepción cuando se refiere a aquellos casos en que la ley exige la notoriedad como elemento determinante del derecho como sucede en la legislación Civil Guatemalteca Artículo 223 "posesión notoria de estado". En cuanto a los hechos normales la tesis que de lo evidente no se necesita prueba ha tenido una extensión tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan que a falta de prueba los hechos deben suponerse conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas, frecuentemente los tribunales suplen las faltas de prueba de las partes admitiendo que los hechos deben haber ocurrido como suceden naturalmente en la vida y no en forma extravagante o excepcional. Aquel quien la noción normal beneficia es relevado de la prueba su adversario es quien deberá probar lo contrario. Este tema es atinente a la carga de la

prueba ya que aparentemente significa eximir de la prueba a una de las partes y gravar con ella a la otra pero parece fácil de percibir que tampoco se halla aquí en juego un principio de distribución de la carga de la prueba, entre las partes lo que esta en tela de juicio es el punto de saber si los hechos evidentes son objeto de prueba, la regla en el sentido que acaba de exponerse es la de que los hechos normales no son objeto de prueba, el conocimiento de éstos forma parte de esa especie de saber privado del juez, que este puede invocar en la fundamentación de la sentencia. Lo contrario de lo normal eso sí es objeto de prueba, la parte que sostenga que la visibilidad era perfecta en la noche o que una casa nueva y bien construida amenaza ruina, pero nada impide que al que alega la dificultad de ver en la noche o la dureza de la casa por ser nueva, dirigir su actividad probatoria hacia esos hechos que por normales se deben tener admitidos hasta prueba en contrario.

En el Código Procesal Civil y Mercantil contiene la siguiente norma general Artículo 126 "Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión quien contradice la pretensión ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión, este Artículo permite la proposición y producción de prueba sobre los extremos indicados"

4.4. Prueba de hechos negativos

En cuanto a este punto hay que hacer la diferenciación sobre que no es lo mismo la negativa de un hecho que un hecho negativo, el hecho negativo sí necesita prueba, esto ocurre por ejemplo cuando se alega la omisión o la inexistencia de un hecho como fundamento de una acción o

de una excepción, porque en la omisión se afirma la inejecución de una prestación debida y en la inexistencia se afirma la ausencia de un hecho constitutivo o la falta de un requisito esencial en el mismo. En la simple negativa de un hecho el que se niega sí esta relevado de prueba aunque como dice Alsina la prudencia le aconseje producirla para desvirtuar la rendida por el actor. La negativa de la acción o en la excepción puede ser de derecho de cualidad o de hecho.

La negativa de derecho se da cuando se alega que determinada cosa no corresponde con las normas legales como sucede cuando se sostiene que una persona no puede ejecutar determinado acto por impedírselo la ley; así la compra por el mandatario de los bienes que esta encargado de vender por cuenta de su comitente. En estos casos basta invocar el precepto legal que corresponda.

La negativa de cualidad se da cuando se niega a una persona una cualidad determinada. Si es de las que todos tienen naturalmente como la capacidad, la prueba es necesaria y en tal caso corresponde a quien la niegue porque debe destruir una presunción; si se trata de cualidades que competen accidentalmente como el título profesional es decir que no corresponde normalmente a todas las personas la prueba también será necesaria pero no por parte de quien la niega sino de quien afirma. En este punto hay que hacer una aclaración para que sea congruente el término cualidad que usa Alsina debe entenderse que no es el mismo a que alude el concepto de calidad porque esta es una condición necesaria de la acción para obtener una sentencia favorable mientras que el párrafo citado mas bien se refiere a cierta particularidad en el sujeto que no vincula forzosamente al fondo del asunto. Esto se desprende del pensamiento de Alsina cuando manifiesta que "La negativa de cualidad debe probarse por

quien la aduce cuando se refiere a cualidades naturales y por quien la sostiene cuando se refiere a cualidades específicas; ciertas negativas de hecho se prueban por otros hechos positivos; tal es el caso de la imposibilidad de acceso con la mujer en la acción de desconocimiento de filiación legítima.

La negativa de un hecho puede ser simple o calificada, simple es aquella que no determina tiempo lugar ni circunstancia alguna como por ejemplo no haber contraído una obligación o no haber ejecutado un acto. Es lo que ocurre dice Alsina cuando el demandado niega el hecho constitutivo afirmado por el actor no puede probarse por el que niega y le basta con su negativa porque el hecho no se presume. En la negativa calificada la negación importa una afirmativa por ejemplo cuando se alega que no se renunció o no se contrajo espontáneamente la obligación porque se afirma implícitamente un hecho la violencia el dolo el error. Es lo que ocurre cuando el demandado se excepciona alegando un hecho impeditivo modificativo o extintivo.

El principio que la prueba no debe recibirse cuando sea contraria a derecho no despierta mayores dudas así ocurre por ejemplo en la indagación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada Artículo 215 del Código Civil.

Con respecto a la prueba extemporánea debe hacerse una diferenciación, en primer término con respecto a aquellos casos que se pretenda aportar prueba cuando ya ha transcurrido el término probatorio. En segundo lugar cuando se pretende aportar prueba que no se ha ofrecido en la demanda o contestación de la demanda o bien que no se acompañó en su oportunidad, en ambos casos la prueba debe rechazarse por haber

pasado la oportunidad de proponerla y acompañarla, ahora bien parece claro que en los supuestos mencionados la prueba se rechace de plano. Pero esto se ve con claridad con respecto a la prueba contra derecho y a la extemporánea no puede perfilarse con mucha precisión al referir a la prueba impertinente, en la práctica es corriente que se mande recibir prueba que no tiene relación con el asunto y en algunos casos hasta llega a admitirse prueba que por su naturaleza no es conducente para probar el extremo respectivo.

De la Plaza al aludir a las reglas generales del procedimiento probatorio luego de estudiar el primer término el principio de competencia para la práctica de la prueba o sea, que las pruebas se practiquen ante el juez que conozca del asunto examina el principio de la adecuación de las pruebas con los hechos que han de referirse lo que plantea una situación admisibilidad que a su vez se resuelve en consideración a dos puntos de vista el de su necesidad y el de su pertinencia. Aún en los sistemas inspirados en el principio dispositivo se otorgan al juez poderes especiales para rechazar aquellas en que concurra cualquiera de las de esas dos circunstancias y así en el nuestro, el Juez está facultado para repeler de oficio las que no versen sobre los hechos definitivamente fijados y las que sean impertinentes decir ajenas a la cuestión e inútiles, esto es innecesario, bien por que afecten a hechos que por reconocidos no sean menester de prueba , bien por que no conduzcan a los fines del proceso.

Se presenta un problema que debe ser susceptible de análisis entre la admisibilidad y la pertinencia de la prueba, prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba; prueba impertinente es por el contrario aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración, en cuanto a la

prueba admisible e inadmisibile se vincula este concepto a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho, no se trata del objeto de la prueba sino de los medios aptos para producirla así puede sostenerse que es prueba inadmisibile la de los testigos para acreditar la pericia de un sujeto, en un arte.

Couture afirma que la jurisprudencia sin embargo ha dejado a los jueces una especie de válvula de seguridad para ciertas pruebas como por ejemplo las notoriamente impropias o escandalosas.

Por ejemplo: En Juicio de responsabilidad civil se solicita prueba de testigos para probar la falta de aptitud del demandado para el manejo de vehículo esa prueba puede adolecer de dos vicios: 1) El hecho de la inaptitud no fue invocada por el actor en la demanda; 2) Ese aspecto solo puede ser probado por peritos.

El juez no podrá rehusarse admitir la prueba invocando su impericia pero podrá denegar diligenciamiento aduciendo la inadmisibilidat del medio para demostrar el hecho. El Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil.

4.5. Carga de la prueba

En su sentido estrictamente procesal es la conducta impuesta a uno o ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

Los autores sostienen que corresponde a las partes la prueba de sus afirmaciones, pero se ha discutido si esto constituye o no una obligación: La

opinión más difundida que la prueba constituye una carga para las partes, pues si no la producen estarán sometidos a las consecuencias de dicha omisión pues la prueba es la condición para la admisión de las pretensiones de las partes.

Cuando las partes aportan suficiente prueba no hay problema para el fallo del que no hay problema para el juez al dilatarlo de lo contrario el juez debe apreciar a quien correspondía probar "Distribución de la carga de la prueba" de acuerdo a la teoría de los hechos constitutivos y extintivos modificativos o implícita.

Al actor le incumbe probar el hecho constitutivo del derecho, ahora con respecto al actor el demandado puede tener una actitud negativa, desconociendo la pretensión del actor e interponiendo excepciones perentorias de falta de acción, falta de derecho, en ese caso la carga de la prueba le corresponde al actor. En otro caso el actor además del hecho constitutivo debe probar la violación de derecho.

En caso de un hecho impeditivo o modificativo puede ser el fundamento de una pretensión del actor, en este caso deberá probar el hecho que impidió la constitución de una relación jurídica o su modificación o extinción.

En el allanamiento el actor no deberá probar nada la ley impone que previa notificación el juez dictará el fallo sin más trámite, según Artículo 145 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Cuando el demandado sin desconocer la relación jurídica que invoca el actor se opone a la misma interponiendo excepciones le corresponde

probar el hecho extintivo, modificativo, impeditivo, en que funda su excepción.

La carga de la prueba está regulada en el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil.

4.6. Inversión de la carga de la prueba

En este caso el que demanda no tiene que probar el hecho constitutivo de su pretensión.

Alsina expone que en ciertos casos la ley regula la carga de la prueba atribuyéndola no a quien afirma el hecho (constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo) sino a quien niega su existencia, Esto ocurre siempre que la ley establece una presunción iuris tantum que consiste en dar por existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente, el efecto de la presunción es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia dando por existente el hecho presumido pero siempre que se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente.

4.7. Principios aplicables a la prueba

- Principio de necesidad de la prueba

El juez aunque conozca de los hechos por su propia cuenta debe dictar sentencia de acuerdo a la prueba aportada por las partes pues de no ser así existirían muchas arbitrariedades e iría contra la fiscalización de la prueba y contra la publicidad de la misma.

- Principio de unidad de la prueba

Todas las pruebas pueden y deben ser apreciadas en su conjunto.

- Adquisición de la prueba

La prueba aportada afecta ambas partes.

- Principio de contradicción de la prueba

Toda la prueba debe ser aportada con citación de la parte contraria a efecto que se pueda contradecir la misma.

- Principio de publicidad de la prueba

Ambas partes deben conocer la prueba ofrecida dentro del juicio para que exista una verdadera seguridad jurídica de las partes.

- Principio de preclusión de la prueba

Terminada la fase procesal correspondiente es decir al plazo de prueba este ya no se puede reabrir a efecto de recibir nueva prueba.

- Principio de pertinencia idoneidad y concurrencia de la prueba

Que la prueba sirva para lo que fue propuesta y que los hechos que se pretenden probar por ambas partes sean probados por los medios de prueba adecuados para probar dichos hechos.

- Procedimiento probatorio

Este aspecto resuelve el problema a la pregunta como se prueba.

Se concibe un sentido lógico que para probar los hechos cada una de las partes debe sujetarse a la ley para aportar la misma mediante un procedimiento ajustado al régimen legal. Por lo que el tema del procedimiento de prueba consiste en saber cuáles son las formas que es necesario respetar para aportar la prueba al proceso y la prueba producida sea válida. En este sentido el procedimiento probatorio queda dividido en dos campos; en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas y en el otro de carácter especial se señala el mecanismo de cada una de los medios de prueba a la oportunidad para solicitarla y recibirla y las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba; el tema general es el procedimiento para todos los medios de prueba y el específico es el funcionamiento de cada uno de los medios de prueba.

El procedimiento de prueba tiene 3 fases:

- Ofrecimiento: El ofrecimiento es en el derecho un anuncio de carácter formal que se cumple con las simples palabras “ofrezco prueba”, consignado en los escritos de demanda y contestación de demanda los cuales son los momentos procesales para ofrecer la misma.
- Petitorio o proposición 30 días apertura a prueba: Es el segundo momento de la prueba y este responde al concepto de que la prueba se obtiene por mediación del juez y el debe determinar su admisión en este momento que es cuando el interesado solicita la prueba para

su posterior diligenciamiento, en tal virtud el juez, el intermediario por lo que no se puede incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba sin la participación de juez, es él a quien se le formulan las solicitudes y quien ordena a los agentes de su dependencia las medidas requeridas para la producción de diversas pruebas. A la parte le compete la elección de los medios de prueba idóneos y al juez acceder a lo solicitado efectuando la fiscalización del procedimiento; la fiscalización radica en tres puntos:

- Sobre la oportunidad de la producción dado que pueden ser rechazados *in limine* las peticiones de prueba luego de vencido el término probatorio.
- Sobre la admisibilidad del medio de elegido para producir la prueba.
- Sobre la regularidad del procedimiento usado para hacer llegar a juicio un determinado medio de prueba sea idóneo y las formas usadas para obtenerlo.

No existe en cambio una verificación inlimine sobre la conveniencia o utilidad de la prueba esa fiscalización no se efectúa en el momento de la petitoria sino al dictar sentencia.

- Diligenciamiento: Es el tercer momento de la prueba y el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para así llevar a juicio los medios de convicción propuestos por las partes. Formulada la solicitud por la parte y accediendo el juez comienza el procedimiento probatorio de cada uno de los medios de prueba con la colaboración de los encargados de cada uno de los medios de prueba y su incorporación

material a juicio por ejemplo el diligenciamiento de la prueba de testigos es señalar día y hora para su realización y comunicar tal circunstancia al adversario, citando al testigo y recibir su declaración registrándola en un acta para incorporarla al expediente.

El procedimiento probatorio no es más que una manifestación de contradictorio; no se puede concebir que una parte produzca una prueba sin la rigurosa fiscalización del juez y del adversario una prueba producida a espaldas de la otra parte es ineficaz pues toda la prueba se produce con la injerencia y posible oposición de la parte que puede perjudicar.

Son los de cada medio de prueba en su procedimiento específico.

La consecuencia práctica mas significativa es la que surge cuando se aportan pruebas al proceso que fueron utilizadas y producidas en otro juicio y en especial las producidas en un juicio penal cuyas consecuencias se hacen efectivas en un juicio civil.

El problema no es tanto de formas de prueba como un problema de garantía de contradictorio.

Las pruebas de otro juicio civil pueden ser válidas si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación e impugnación que la ley le otorga en el juicio que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías son eficaces, los hechos que fueron motivo de debate en juicio anterior y que vuelven a repetirse en el nuevo proceso. No son eficaces en cambio, si no han podido ser fiscalizadas en todas las etapas del diligenciamiento o si se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba. De la misma manera las

pruebas del juicio penal pueden ser válidas en el juicio civil si en proceso criminal la parte tuvo oportunidad de ejercitar contra esas pruebas todas las formas de impugnación que el procedimiento penal conocía en todo caso si esas garantías fueron menores que las del juicio civil; el juez les dará la valoración respectiva en el nuevo juicio. El debate sobre la identidad y diferencias estructurales entre la prueba civil y la penal. No aporta a este problema consecuencias fundamentales lo que se trata de dilucidar no es un problema de métodos prácticos de obtención como una cuestión de garantía lo que se halla en juego es la posibilidad de hacer llegar a juicio pruebas que hayan sido objeto de impugnación (real o eventual) de la parte a quien perjudican si en ellas el contradictorio ha sido posible la prueba puede ser válida de lo contrario la prueba carece de valor de convicción y aún si fuere admitida no tendrá mas eficacia que simples presunciones en todo caso la posibilidad de fiscalización debe ser tenida en cuenta por el juez en el nuevo juicio.

La manera de agrupar los medios de prueba no es uniforme en la doctrina; podemos destacar diversas posiciones. Unos tienen carácter directo por cuanto suponen contacto inmediato del juez, en otros falta ese contacto directo; se acude a una especie de reconstrucción o representación de los motivos de prueba y otros se apoyan a falta de comprobación directa o de representación en sistema lógico de deducciones o inducciones.

En base a lo anterior hay tres formas de producirse la prueba atendiendo a que esta llegue al conocimiento del juez.

Por percepción (de modo directo) como en el reconocimiento judicial.

Por representación (representación mediante cosas) Prueba Instrumental.

Por deducción cuando se infieren de los hechos conocidos los desconocidos mediante presunciones o las deducciones de aporte de terceros mediante su ciencia prueba pericial. Guasp desarrolla el tema fijándose en los instrumentos probatorios que encuentra el juzgador que pueden ser personas, sean sujetos del proceso, o no en cuyo caso debe hablarse de prueba personal, pueden ser cosas y entonces se trata de prueba real, o bien puede que sea el acaecimiento de actos (en sentido amplio) que sirvan para convencer al juez según su existencia o inexistencia presunciones.

En la prueba personal se usa a las mismas partes como ocurre en la confesión; o bien a terceros como los testigos y los peritos.

En las pruebas reales se obtienen procesalmente pruebas de objetos muebles o inmuebles como en los documentos o reconocimiento judicial.

En la prueba de presunciones encontramos como auténtico medio de prueba las presunciones hominis que son las humanas.

El Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil, sigue en términos generales este criterio.

Este tema busca resolver el problema sobre que eficacia tienen los diversos medios de prueba quien y como debe producirla.

Existen fundamentalmente 3 sistemas de valoración de la prueba:

- El sistema de la prueba tasada o legal:

La ley le señala al juez por anticipado el grado de eficacia que tiene la prueba en este sistema el juez no debe apreciar la prueba mas bien debe cumplir lo que la ley ordena que es que simplemente de por probado el hecho si en la prueba concurren los requisitos previos a que está sometida. En la actualidad se ha limitado a la prueba documental y la confesión.

- El sistema de la libre convicción:

Conforme este sistema el juez está autorizado para formar su convicción de acuerdo con su criterio; no está sometido a una regla de experiencia impuesta por la ley sino a la regla que libremente elija. El juez aprecia la eficacia de la prueba según los dictados de la lógica y de su conciencia y puede incluso en circunstancias que personalmente le consten. En nuestro código se reconocen como sistemas de valoración de la prueba el legal y el de la sana crítica el primero como excepción el segundo como regla general.

- Sistema de sana crítica:

El sistema mas afianzado para valorar la prueba es el de la sana crítica, la cual es sinónimo de recta razón, de buen juicio y de sentido común.

Couture afirma que es un sistema intermedio entre la prueba legal y la de libre convicción sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la segunda e indica que son reglas de correcto entendimiento humano en las que intervienen las reglas de la lógica y las de la experiencia del juez.

En el sistema legal el legislador le dice al juez "Tú fallas como te lo digo" , en el sistema de libre convicción le dice el legislador "Tu fallas como tu conciencia te lo diga con la prueba, sin la prueba y aun contra esta", pero en la sana crítica luego de haberle dado facultades al juez para completar el material probatorio por las partes le dice: " Tu fallas como tu inteligencia te indique, razonando la prueba de acuerdo con tu experiencia de vida y con la ciencia que puede darte los peritos".

La forma de que sistema se usa para valorar la prueba lo encontramos en el Artículo 127, 139 y 186 Código Procesal Civil y Mercantil.

CONCLUSIONES

1. Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho, según la estructura legislativa actual del proceso de paternidad y filiación, puesto que es una ordenanza legal de la legislación procesal civil y en general de todo el sistema de derecho de Guatemala, que quien afirma una cosa debe probarla, y tal prueba debe cumplir con los requisitos legales preestablecidos en el derecho objetivo.
2. La normalidad y facilidad probatoria, es precisamente el principio que al no encontrarse legalmente regulado en la legislación nacional guatemalteca, impide a los jueces poder establecer en forma distinta a la vigente, la carga de la prueba. Lo que dicho en otras palabras significaría permitir que una práctica común pueda ser probada por cualquier de las dos partes en un proceso y no solo por quien entabló la demanda.
3. Existe un desequilibrio económico que priva en la mayoría de relaciones hombre mujer en la sociedad guatemalteca, y este flagelo se demuestra y enfatiza con aquellos litigios en los cuales la mujer actúa en contra de un hombre reclamando, básicamente en el ámbito del derecho familia, alguna obligación que el demandado debe cumplir.
4. Por el desequilibrio aludido, el hombre se beneficia, si una mujer le demanda el reconocimiento del fruto de su concepción biológica, puesto que según la estructura legislativa actual de la carga de la prueba, la mujer tendría que sufragar el costo de una prueba de ADN para poder confirmar la razón de su pretensión.
5. Sabiéndose del desequilibrio económico que priva en la mayoría de relaciones hombre mujer en la sociedad guatemalteca (lo cual es un hecho por demás

evidente), es más justo que el hombre pague por la prueba de ADN y ello se logra únicamente con la aplicación del criterio doctrinario de facilidad probatoria.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, como garante de la vida y seguridad ciudadanas, el bien común, y protector de la persona humana, miembro de esta sociedad, debe legislar todas aquellas medidas que tiendan a compensar las desigualdades materiales que son consecuencia normal de la estructura económico social del país.
2. Resulta necesario que el Estado de Guatemala, compense especialmente la desigualdad existente en los juicios de familia, cuando un hombre es demandado por una mujer, soportando la estructura legislativa y económico social vigente, debe sufragar el costo que impliquen los medios científicos de prueba. Para ello, es necesario que se reforme tal estructura legal.
3. La facilidad probatoria debe ser introducida en el Código Procesal Civil y Mercantil, por el Congreso, a través de una reforma al Artículo 126 de la ley indicada, permitiría la inversión de la carga de la prueba adecuándola a la realidad económica de las partes. En tal sentido, cuando una mujer demanda a un hombre en un juicio de paternidad y filiación, es él, quien debe probar lo contrario a lo que afirma la parte actora.
4. El Estado de Guatemala debe regular el principio de facilidad probatoria, para los efectos de la aplicación de la institución de la carga de la prueba, en el sentido de que el desequilibrio económico existente entre hombres y mujeres se compense, obligando al hombre a soportar la costo del medio científico de prueba de ADN.
5. El Estado de Guatemala debe asimismo, permitir todas aquellas medidas que tiendan a facilitar la aplicación del medio científico de prueba en cualquier

juicio de familia por relación de parentesco, a efecto de que se pueda establecer de forma fehaciente, los hechos que se discuten.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario, **Derecho procesal civil guatemalteco**, Departamento de Reproducciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tomos I y II, Guatemala, 1982.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano (Historia e Instituciones)**, Ed. Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, 3era ed. 2da reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- ARIAS RAMOS, J. Y J.A. Arias Bonet. **Derecho romano II (Obligaciones-familia-sucesiones)**, Ed. Revista de Derecho Privado, Quinceava edición Madrid, España, 1979.
- BIAGIO, Brugi Dr. **Instituciones de derecho civil con aplicación especial a todo el derecho privado**. Traducción de la Cuarta Edición Italiana, Editorial Unión Tipográfica Hispanoamericana, México DF, México, (edición sin fecha)
- BORDA, Guillermo A. **Manual de derecho de familia**, Ed. Emilio Perrot, Undécima edición (actualizada), Buenos Aires, Argentina. (edición sin fecha)
- BORDA, Guillermo A. **Manual de derecho de familia**, Ed. Emilio Perrot, séptima edición Buenos Aires, Argentina. (s.f.)
- BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**, Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A., volumen 1, Parte A, México, D.F., 1997
- BEST Y TAYLOR. **Bases fisiológicas de la patología médica**. Madrid: Editorial Médica Panamericana, 12^a ed., 1993. Libro de texto frecuente en las facultades de medicina.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Ed. Estudiantil Fenix, Cooperativa de Ciencia Política. R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, marzo 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo del I al IV. Catorceava edición. Ed. Eliasta. Buenos Aires, Argentina 1979.

CAMUS, EF, Jaime. **Personas y derecho de familia**, Universidad, la Habana, Cuba La Habana, Cuba, 1946.

COLOM, Yolanda, **Mujeres en la alborada**, Ed Artemis & Edimter, Guatemala, 1998.

DE DIEGO, F. Clemente Dr. **Instituciones de derecho civil español**, Tomo I, Ed. Artes Gráficas, Julio San Martín, Nueva edición revisada y puesta al día, por Alfonso de Cassio y Corral y Antonio Guillón Ballesteros, Madrid, España, 1959.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón, **Sistema de derecho civil**, Volumen IV, Séptima edición, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1997

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, **Manual de derecho civil español**, Volumen II, 4ta ed. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975.

El Código de Familia, Estudio de Antecedentes, Proyecto número 37. Congreso de la República de Guatemala, Comisión de Apoyo Técnico Legislativo, Unidad Permanente de Asesoría Técnica. Guatemala, noviembre de 1997.

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

Omeba, **Enciclopedia Jurídica**, Tomos XIII, Tomo XV y Tomo XXI (Patria Potestad), Editorial Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1982.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Decimo quinta Edición. México. Ed. Porrúa, S.A. 1983.

Legislación

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

Código Civil, Decreto Ley número 106, del Presidente del Organismo Ejecutivo, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107 del Presidente del Organismo Ejecutivo, 1964.

Ley de Tribunales de Familia, Decreto 206, de la Corte Suprema de Justicia.

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