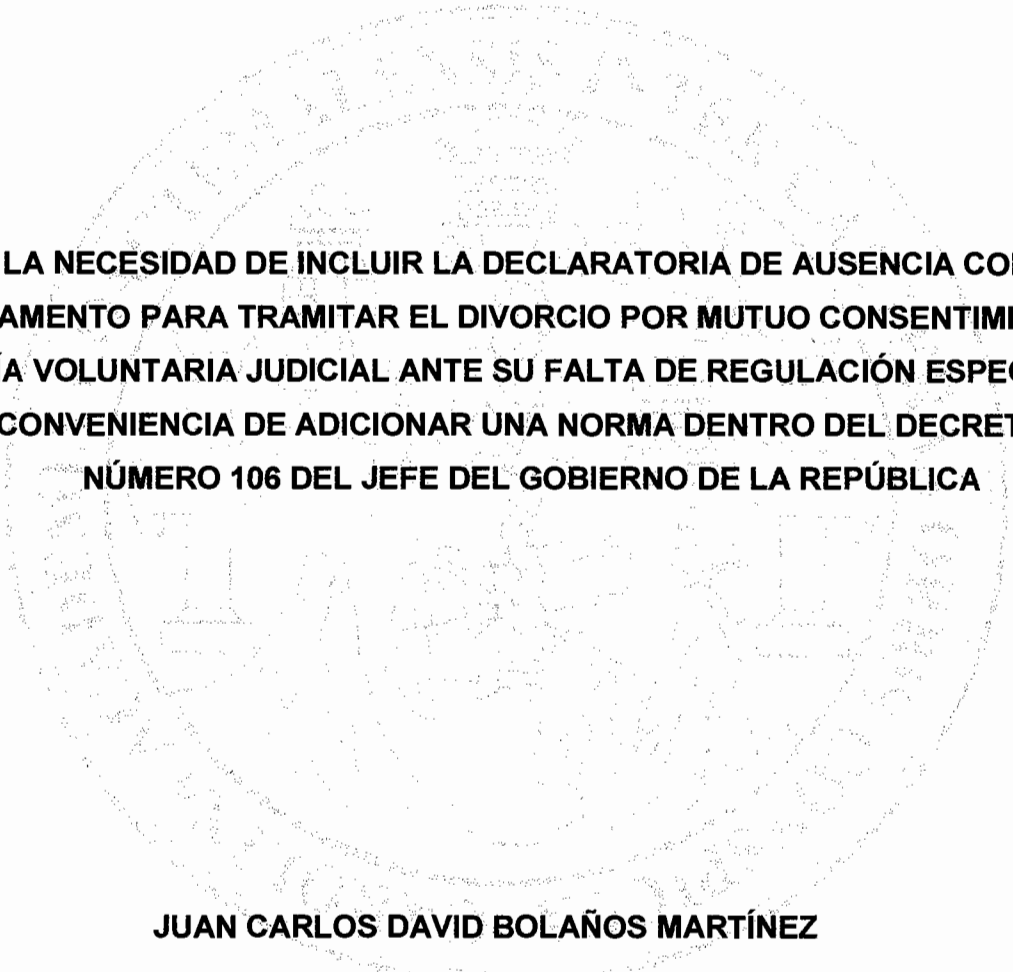


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA NECESIDAD DE INCLUIR LA DECLARATORIA DE AUSENCIA COMO
FUNDAMENTO PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN
LA VÍA VOLUNTARIA JUDICIAL ANTE SU FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA Y
LA CONVENIENCIA DE ADICIONAR UNA NORMA DENTRO DEL DECRETO-LEY
NÚMERO 106 DEL JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA**

JUAN CARLOS DAVID BOLAÑOS MARTÍNEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**LA NECESIDAD DE INCLUIR LA DECLARATORIA DE AUSENCIA COMO
FUNDAMENTO PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN
LA VÍA VOLUNTARIA JUDICIAL ANTE SU FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA Y
LA CONVENIENCIA DE ADICIONAR UNA NORMA DENTRO DEL DECRETO-LEY
NÚMERO 106 DEL JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN CARLOS DAVID BOLAÑOS MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Noviembre de 2009.

**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. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Dora Leticia Monroy Hernández
Vocal: Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretaria: Licda. Aura Marina Chang Contreras

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Patricia Eugenia Cervantes Chacón
Vocal: Lic. Alvaro Hugo Salguero Lemus
Secretaria: Licda. Diana Carolina Ruiz Moreno

RAZÓN:

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

BUFETE JURIDICO

Licda. Ruth Emilza Alvarado España
8ª. Avenida 12-29 Zona 1, 1º. Nivel Of. 1
Teléfono: 2220-0964, 5392-9036



Guatemala, 15 de octubre de 2008

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



Respetable Licenciado Castro:

Tengo el grato honor de dirigirme a usted, con el objeto de informarle que habiendo sido nombrada como asesora mediante la providencia de fecha veintiséis de septiembre de dos mil ocho, procedí a asesorar el trabajo de tesis del bachiller **JUAN CARLOS DAVID BOLAÑOS MARTÍNEZ**, intitulado: **“LA NECESIDAD DE INCLUIR LA DECLARATORIA DE AUSENCIA COMO FUNDAMENTO PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN LA VÍA VOLUNTARIA JUDICIAL ANTE SU FALTA DE REGULACION ESPECIFICA Y LA CONVENIENCIA DE ADICIONAR UNA NORMA DENTRO DEL DECRETO-LEY NÚMERO 106 DEL JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPUBLICA”**. Por lo que en virtud de tal nombramiento, procedo a emitir el dictamen respectivo, en los términos siguientes:

De la revisión efectuada, me permito expresar mi **opinión respecto del contenido científico y técnico** del trabajo de tesis, de lo que puedo mencionar que la misma tiene como objeto fundamentar teórica, jurídica y doctrinariamente la necesidad y conveniencia de adicionar una norma que dentro del Decreto Ley número 106 del Jefe de Gobierno, regule la posibilidad para el cónyuge de la persona declarada ausente de tramitar mediante dicha declaratoria su divorcio por la vía voluntaria judicial; toda vez que debido a los conflictos internos y fenómenos naturales que se han producido en el país, los cónyuges sobrevivientes a dichas situaciones mantienen un estado civil incongruente su realidad objetiva, pues tienen un vínculo legal inexistente y una relación de hecho carente de seguridad legal para su persona y los hijos nacidos dentro de ella, lo cual atenta no sólo con la realidad objetiva que pretende el ordenamiento jurídico guatemalteco en lo atinente al matrimonio, sino que además impide una protección adecuada a la nueva familia formada .



BUFETE JURIDICO

Licda. Ruth Emilza Alvarado España
8ª. Avenida 12-29 Zona 1, 1º. Nivel Of. 1
Teléfono: 2220-0964, 5392-9036

Respecto la **metodología y técnicas de investigación utilizadas**, se estableció que utilizó en forma concreta y acertada el método analítico y descriptivo, apoyándose en técnicas bibliográficas y documentales, que le permitieron obtener un parámetro de la situación legal del cónyuge de la persona declarada ausente y las consecuencias derivadas de mantener un vínculo matrimonial de hecho inexistente; así también, se utilizó una redacción adecuada para este tipo de estudio, siguiendo las normas de la Real Academia de la Lengua Española.

Con relación a la **bibliografía** consultada, se estableció que la misma fue la acertada, tanto nacional como extranjera, y también las leyes de la materia en que se sustentó el trabajo de investigación. Y por último, puedo mencionar que del trabajo en mención, el bachiller Bolaños Martínez, arribó a conclusiones y recomendaciones muy importantes, las que presentan hallazgos y las posibles soluciones a cada una de ellas, siendo éstas congruentes entre ambas, las que a mi parecer podrían ser tomadas en cuenta como un aporte científico para nuestra casa de estudios.

Por todo lo anterior, el suscrito asesor considera que en el trabajo de tesis relacionado, se cumplió con lo estipulado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que habiéndose llenado los requisitos reglamentarios y administrativos correspondientes en el trabajo de investigación analizado, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo del Bachiller **Juan Carlos David Bolaños Martínez**, para que el mismo continúe con el trámite respectivo y sea discutido en el examen público de tesis.

Atentamente,

Licda. Ruth Emilza Alvarado España

Abogada y Notaria

Colegiado 6,140

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, veintitrés de octubre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) NICOLAS GARCÍA FUENTES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JUAN CARLOS DAVID BOLAÑOS MARTINEZ, Intitulado: "LA NECESIDAD DE INCLUIR LA DECLARATORIA DE AUSENCIA COMO FUNDAMENTO PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN LA VÍA VOLUNTARIA JUDICIAL ANTE SU FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA Y LA CONVENIENCIA DE ADICIONAR UNA NORMA DENTRO DEL DECRETO-LEY NÚMERO 106 DEL JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPUBLICA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y 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. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm



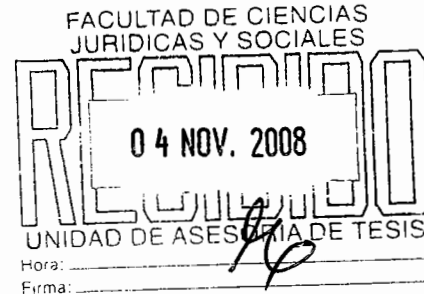


BUFETE JURIDICO PROFESIONAL
Lic. Nicolás García Fuentes
10 Calle 7-43, zona 1, oficina 31, 3er. Nivel Edificio El Torin
Teléfonos, 5113, 6336 y 4164-2290



Guatemala, 4 de noviembre del año 2008.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Licenciado Castro Monroy:

Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en cumplimiento a lo dispuesto en la resolución de fecha veintitrés de octubre del año en curso, procedí a revisar el trabajo de tesis del estudiante **JUAN CARLOS DAVID BOLAÑOS MARTÍNEZ**, intitulado: **“LA NECESIDAD DE INCLUIR LA DECLARATORIA DE AUSENCIA COMO FUNDAMENTO PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN LA VÍA VOLUNTARIA JUDICIAL ANTE SU FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA Y LA CONVENIENCIA DE ADICIONAR UNA NORMA DENTRO DEL DECRETO-LEY NÚMERO 106 DEL JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPUBLICA”**.

En relación al tema investigado, manifiesto que procedí a realizar las recomendaciones y correcciones necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo que me permito informar lo siguiente:

- a) El trabajo realizado, adquiere importancia puesto que es una problemática sobre la cual no se ha profundizado, ya que contiene doctrina, legislación y práctica que directamente le es aplicable, en el se deja constancia sobre la serie de dificultades que representa la falta de regulación concerniente al tema.
- b) Se exhortó y revisó que el estudiante realizara una investigación objetiva y actualizada sobre el tema, siendo en consecuencia el contenido final de la tesis de carácter técnico y científico, ya que utilizó los métodos deductivo, jurídico descriptivo y como técnicas, la documental y bibliográfica, siendo en mi opinión las adecuadas para resolver el problema planteado, con lo cual comprueba la hipótesis conforme la proyección científica de la investigación.
- c) El aporte científico del trabajo de tesis se aprecia al momento de verificar las ventajas que presenta para el cónyuge de la persona declarada ausente y los hijos extramatrimoniales de éste, la inclusión de la declaratoria de ausencia como causal para solicitar el divorcio por la vía voluntaria judicial, y así poner fin un estado civil y



BUFETE JURIDICO PROFESIONAL
Lic. Nicolás García Fuentes
10 Calle 7-43, zona 1, oficina 31, 3er. Nivel Edificio El Torin
Teléfonos, 5113, 6336 y 4164-2290



filiación que discrepa con la realidad del conyugue y de los hijos nacidos con posterioridad a la declaratoria de ausencia.

- d) Con respecto al orden seguido en el contenido del trabajo, el desarrollo del mismo y la bibliografía consultada son las adecuadas y las conclusiones y recomendaciones son congruentes con los temas desarrollados.

Luego de un trabajo de varias sesiones en las cuales he guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, al revisar el documento final, el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales establecidos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, recomendando que el mismo continúe el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, muy atentamente,

Lic. Nicolás García Fuentes
Abogado y Notario
Colegiado activo No. 5019

Lic. Nicolás García Fuentes
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de septiembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUAN CARLOS DAVID BOLAÑOS MARTÍNEZ, Titulado LA NECESIDAD DE INCLUIR LA DECLARATORIA DE AUSENCIA COMO FUNDAMENTO PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN LA VÍA VOLUNTARIA JUDICIAL ANTE SU FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA Y LA CONVENIENCIA DE ADICIONAR UNA NORMA DENTRO DEL DECRETO-LEY NÚMERO 106 DEL JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh





DEDICATORIA

- A Dios:** El Señor rey del universo y a todas las entidades de luz que iluminaron mi camino.
- A mi padre:** José Gerardo Bolaños Yela (+)
- A mi madre:** Matilde Martínez Gálvez
- A mi hermano:** Guillermo Bolaños
- A mis padrinos:** Con afecto sincero.
- A mis amigos:** Los presentes.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, sin la cual no sería posible este momento, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La jurisdicción.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Clases de jurisdicción.....	3
1.2.1 Contenciosa.....	3
1.2.2 No contenciosa.....	5
1.3 La jurisdicción voluntaria.....	5
1.3.1 Definición.....	5
1.3.2 Elementos.....	9
1.3.3 Naturaleza jurídica.....	11
1.3.4 Finalidad	12
1.3.5 Elementos subjetivos de la jurisdicción voluntaria.....	14
1.3.6 Características.....	15

CAPÍTULO II

2. La ausencia.....	19
2.1 Definición.....	19
2.1.1 Doctrinaria.....	19
2.1.2 Legal.....	20
2.2 Elementos.....	21
2.2.1 Personales.....	21
2.2.2 Reales.....	22
2.2.3 Formales.....	22
2.3 Finalidad.....	23
2.4 Declaración de ausencia para la representación en juicio.....	23



2.5 Requisitos de la declaración de ausencia legal.....	27
2.6 Importancia de la institución de la ausencia.....	26
2.7 Fases o etapas de la ausencia.....	29
2.8 Efectos de la declaración de ausencia.....	30
2.9 Derechos del ausente que regresa.....	32
2.10 Derechos que el representante del ausente puede ejercitar.....	33
2.11 Clases de ausencia de acuerdo a la doctrina.....	33
2.12 Trámite judicial de las diligencias de declaración de ausencia.....	36
2.12.1 Escrito Inicial.....	36
2.12.2 Primera Resolución.....	38
2.12.3 Notificación de la primera resolución de trámite.....	39
2.12.4 Actas judiciales de recepción de declaraciones testimoniales.....	39
2.12.5 Publicación de edictos.....	40
2.12.6 Nombramiento de defensor judicial por parte de juez competente.....	41
2.12.7 Discernimiento del cargo de defensor judicial.....	41
2.12.8 Audiencia a la Procuraduría General de la Nación.....	41
2.12.9 Dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación.....	42
2.12.10 Oposición de terceros interesados en representar al ausente.....	42
2.12.11 Oposición a la declaración de ausencia.....	42
2.12.12 Resolución o auto final.....	43
2.12.13 Certificación de la resolución o auto final.....	43
2.12.14 Inscripción definitiva de la resolución o auto final en el Registro Civil de las Personas.....	43
2.12.15 Inscripción de la resolución o auto final en el Registro General de la Propiedad.....	46

CAPÍTULO III

3. La separación.....	47
-----------------------	----

3.1 Definición.....	47
3.2 Clases de Separación.....	47
3.2.1 Separación conyugal.....	48
3.2.2 Separación de cuerpos.....	48
3.2.3 Separación legal.....	49
3.2.4 Separación judicial.....	50
3.2.5 Separación de hecho.....	50
3.2.6 Separación voluntaria.....	51
3.2.7 Separación convencional.....	51
3.2.8 Separación causal.....	52
3.2.9 Separación ante notario.....	52
3.2.10 Separación indefinida de cuerpos.....	54
3.2.11 Separación de cuerpos temporal.....	55
3.3 Efectos propios de la separación.....	55
3.4 El divorcio.....	56
3.4.1 Definición doctrinaria.....	56
3.4.2 El divorcio como una alternativa de la disolución del vínculo conyugal...	57
3.5 Clases de divorcio.....	58
3.5.1 Divorcio por mutuo consentimiento, por mutuo acuerdo o divorcio voluntario.....	58
3.5.2 Divorcio por causa determinada.....	58
3.6 Causales para obtener el divorcio por causa determinada.....	61
3.7 Efectos propios del divorcio.....	65
3.8 Efectos comunes de la separación y el divorcio.....	66
3.9 Proyecto de convenio de bases de divorcio por mutuo acuerdo o por mutuo consentimiento.....	66
3.10 Aprobación judicial del proyecto de convenio de bases de divorcio.....	69
3.11 Acción judicial para obtener el divorcio de la persona declarada judicialmente ausente.....	69
3.12 El concubinato.....	70
3.12.1 Definición.....	70
3.13 La separación de hecho del cónyuge inculpable y la unión	



extramatrimonial con tercera persona.....	72
3.14 Resumen de la reforma al Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de Gobierno.....	77
3.15 Consecuencias que conllevan obviar tramitar el divorcio del cónyuge declarado ausente.....	80
3.15.1 Para el cónyuge presente.....	80
3.15.2 Para los hijos procreados con el conviviente.....	81
3.16 Trámite judicial de una demanda de divorcio por mutuo consentimiento.....	82
3.16.1 Escrito inicial.....	82
3.16.2 Medidas cautelares.....	83
3.16.3 Junta conciliatoria.....	84
3.16.4 Convenio.....	84
3.16.5 Sentencia.....	85
3.16.6 Reconciliación.....	85
3.16.7 Inscripción en los registros.....	85
3.17 Trámite judicial de una demanda ordinaria de divorcio por causal determinada determinada.....	86
3.17.1 Escrito inicial	86
3.17.2 Emplazamiento.....	86
3.17.3 interposición de excepciones previas.....	87
3.17.4 Actitudes del demandado.....	87
3.17.5 Período de prueba.....	89
3.17.6 Vistas y alegatos.....	90
3.17.7 Auto para mejor fallar.....	90
3.17.8 Sentencia.....	91
3.17.9 Inscripción en los registros.....	92

CAPÍTULO IV

4. La declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento ante su falta de regulación y la conveniencia de adicionar una norma que lo disponga dentro del Código Civil Guatemalteco.....	93
--	----



	Pág.
4.1 Justificación.....	93
4.2 Propuesta de solución.....	99
4.3 Proyecto de reforma.....	100
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109



INTRODUCCIÓN

El tema objeto de la presente investigación se eligió, en virtud de que en el país actualmente se suscita el hecho que en muchos hogares, uno de los cónyuges emigra al extranjero, y con el tiempo se llega a ignorar su paradero o existencia, configurándose la ausencia. Transcurren los años, el cónyuge presente continúa unido en vínculo matrimonial con el cónyuge ausente, y en el caso de la cónyuge, forma nuevo hogar en convivencia extra matrimonial, procrea hijos, los cuales no son reconocidos y quienes ostentan una filiación que no les corresponde, pues el padre biológico posee impedimento legal para reconocer hijos atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona.

Para solucionar su situación jurídica el cónyuge presente necesita efectuar un trámite judicial previo a obtener su divorcio, que constituye solicitar la declaratoria de ausencia de su cónyuge, el cual se ventila en la vía voluntaria, para que posteriormente pueda tramitar el divorcio del cónyuge ausente en la vía ordinaria; éste último se caracteriza por ser un trámite lento, engorroso y oneroso, ambos trámites conllevan una espera indefinida, el pago de honorarios de dos trámites, y ante la falta de recursos económicos, opta por obviarlos.

Uno de los objetivos del trabajo de campo constituye determinar y analizar qué es más beneficioso para el solicitante, tramitar su divorcio en la vía ordinaria judicial, o tramitarlo en la vía voluntaria siempre judicial, y establecer la necesidad de adicionar una norma legal específica dentro del Código Civil que permita tramitar el divorcio del cónyuge ausente en la vía voluntaria judicial.

La hipótesis que se pretende comprobar en la tesis de grado es la siguiente: "Con la adición de una norma específica que permita regular la declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial, se agilizaría el trámite del divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente ante los tribunales de familia del municipio de Guatemala, departamento de Guatemala, y además conllevaría una reducción del pago de honorarios profesionales por parte del cónyuge solicitante, y coadyuvaría a resolver la situación jurídica en la que se encuentra el cónyuge presente y



los hijos procreados maridablemente con el conviviente quienes no pueden ser reconocidos por quien corresponde”.

El contenido de la tesis se desarrolla en cuatro capítulos; para el efecto el capítulo primero se refiere a la jurisdicción y la jurisdicción voluntaria; el segundo, describe la ausencia, elementos, finalidad clases y trámite judicial; el tercero comprende la separación, el divorcio, el concubinato y el trámite judicial en la vía voluntaria y ordinaria de una demanda de divorcio; el cuarto reseña la necesidad de incluir la declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial ante su falta de regulación específica, y la conveniencia de adicionar una norma dentro del Decreto-Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala y proyecto de ley de la reforma por adición de la norma legal sugerida.

Las teorías que fundamentan el trabajo de campo se encuentran plasmadas concretamente en el derecho civil, el derecho de familia y el derecho procesal civil, así lo expresan los tratadistas nacionales y extranjeros citados quienes definen algunos términos importantes relacionados al tema.

En la investigación de mérito, se observó en forma íntegra la aplicación de los métodos científico, analítico, sintético, conjunto de la concordancia y de la diferencia, así como el método jurídico; además se utilizaron como técnicas de investigación la documental y la encuesta.

Por último, se enfatiza que al no existir controversia de parte del defensor judicial del ausente, si es factible que el trámite del divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente se ventile en la vía voluntaria judicial, coadyuvando con ello de alguna manera a la integración familiar en aquellos casos en el que el cónyuge presente convive maridablemente con otra persona.

CAPÍTULO I



1. La jurisdicción

1.1 Definición

Previo a definir el vocablo jurisdicción, es importante determinar que la jurisdicción proviene del latín *jurisdictio* que significa "Acción de decir el derecho".¹

"Es la función pública realizada por órganos competentes del Estado, con formas requeridas por la ley, en virtud de la cual por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factible de ejecución".²

"Es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por jueces y tribunales independientes, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y promoviendo la ejecución de lo juzgado".³

Para otros tratadistas la palabra jurisdicción se juzga atribuida a un poder del Estado en cuanto se supone que a él concurren - por demandarlo el quehacer de la función misma - todas las facultades que son necesarias para un mejor desenvolvimiento.

¹ Gordillo Galindo, Mario Estuardo, **Derecho procesal civil guatemalteco**, pág. 14.

² Couture, Eduardo J., **Fundamentos del derecho procesal civil**, pág. 40.

³ Chacón Corado, Mauro y Montero Aroca, Juan, **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**, volumen I, pág. 19.



Por consiguiente, la jurisdicción es la facultad de administrar justicia de conformidad con la ley, siendo que es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Se dice que es declarativa porque declara el derecho preexistente, crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y coerción inexistentes ante la cosa juzgada, constituyendo éste el objeto propio de la jurisdicción, y su fin asegurar la efectividad del derecho.

“La jurisdicción no es ni más ni menos, que el poder, la función o la actividad por medio de la cual el Estado administra justicia”.⁴

“Es la facultad de administrar justicia, que la ley encomienda a un órgano del Estado, el cual a través de un procedimiento determinado dirime controversias de carácter particular, cuya resolución definitiva adquiere efectos de cosa juzgada, siendo su fin primordial mantener la paz social”.⁵

“La potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le son sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”.⁶

En cuanto a la función jurisdiccional en Guatemala, se encuentra regulada específicamente en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece que se ejerce la función jurisdiccional con exclusividad absoluta por la Corte Suprema

⁴ Nájera Farfán, Mario Efraín, **Derecho procesal civil**, volumen I, pág. 92.

⁵ Gordillo Galindo, **Ob. Cit**; pág. 14.

⁶ Alsina, Hugo, **Tratado teórico práctico de derecho civil comercial**, tomo I, pág. 251.



Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

La Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 57 preceptúa: “Que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la Republica de Guatemala y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país, y en el párrafo segundo del mismo Artículo señala que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, de tal forma que ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia”.

1.2 Clases de jurisdicción

1.2.1 Contenciosa

Se entiende por jurisdicción contenciosa a la jurisdicción propiamente dicha, siendo su objeto garantizar y restablecer los derechos ya perjudicados.

El vocablo contencioso se refiere específicamente a la existencia de una contienda legal, traducida en la preexistencia de una controversia, una disputa o una discusión de las partes procesales, sometida a la resolución de los jueces, cuyo objeto constituye buscar una solución final a dicha contienda.



La jurisdicción contenciosa constituye el prototipo de la jurisdicción, se caracteriza por la presencia de un conflicto entre particulares, entre un particular y el Estado y la intervención de un tercero, quien está facultado legalmente por la ley para conocer, recayendo dicha facultad en un juez, que goza de competencia para atender este tipo de controversias según los criterios de la materia, cuantía, territorio y grado que ya se conoce.

“El juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces. Contienda es controversia, disputa, discusión”.⁷

Se asegura que esta jurisdicción tiene un contradictorio, que se configura con la disputa de las partes procesales sobre determinado asunto o controversia, cuya resolución se persigue, mediante la actividad de los órganos estatales, aunque es importante hacer ver que en la jurisdicción contenciosa no siempre existe un contradictorio, como sucede en los casos de sumisión del demandado, o en los juicios seguidos en rebeldía de una de las partes que habiendo sido debidamente notificado no comparece a juicio.

La nota característica de la jurisdicción contenciosa radica en la presencia de litigio o de conflicto entre las partes procesales que someten su controversia a discreción de juez competente, diferenciándose así de la jurisdicción no contenciosa.

Finalmente, con la jurisdicción contenciosa se persigue la cosa juzgada, que termina o finaliza con un fallo emitido por un juez que se pronuncia sobre el asunto sometido a su consideración.

⁷ Couture, **Ob. Cit**; pág. 44 y 45.



1.2.2 No contenciosa

“Es aquella en que se da la ausencia de discusión entre las partes y la actuación de los órganos del Estado, se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley, y en caso de haber oposición o controversia dentro esta, se acude a la jurisdicción contenciosa”.⁸

Se afirma legalmente que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley. Esta función también la tienen los tribunales en situaciones jurídicas no contenciosas, ya que pueden conocer todos los asuntos de jurisdicción voluntaria sometidos a su consideración.

La diferencia esencial con la jurisdicción contenciosa radica en que la jurisdicción no contenciosa se encuentra una ausencia total de litis, siendo este un factor importante para calificar un asunto como de jurisdicción voluntaria, esta inexistencia de conflictos entre partes procesales ocasiona que los asuntos puedan ser conocidos por un juez o por un profesional del derecho ajeno a un tribunal.

1.3 La jurisdicción voluntaria

1.3.1 Definición

“Es la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de la

⁸ Aguirre Godoy, Mario, **Derecho procesal civil**, pág. 2.



administración de justicia para la realización o garantía del derecho y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos mediante la aplicación de la ley a casos concretos de acuerdo con determinados procedimientos y en forma obligatoria y definitiva”.⁹

“Es la que ejerce el juez sin las solemnidades del juicio, por medio de su intervención en un asunto que por su naturaleza o por el estado en que se haya no admite contradicción de parte”.¹⁰

“Es la jurisdicción voluntaria es la que el juez ejerce sin mayores solemnidades, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre las partes, es decir que la idea sigue ajustándose al principio romano, en cuanto no exige que la cuestión se resuelva por una sentencia en sentido estricto, sino por un mero reconocimiento de derecho”.¹¹

“Es la caracterizada por no existir controversia de partes, ni exigir siquiera su dualidad. La jurisdicción contenciosa es por eso su antítesis procesal”.¹²

“La actividad de los jueces no es jurisdiccional sino administrativa y por tanto no se puede hablar en este caso de proceso, sino de procedimiento judicial por estar aquella actividad

⁹ Devis Echandía, Hernando, **Nociones generales de derecho procesal civil**, pág. 129.

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 469.

¹¹ Pallarés, Eduardo, **Diccionario de derecho procesal civil**, pág. 315.

¹² Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 489.



encomendada a los jueces, o sea que aún siendo función sustancialmente administrativa, subjetivamente es ejercitada por órganos judiciales”.¹³

“Se ejerce inter volentes o sea aquella que se debe a la concurrencia voluntaria de parte o se desarrolla entre personas que están de acuerdo o entre quienes no existe contención”.¹⁴

Otros autores coinciden en conceptualizar como actos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

Modernamente, se concibe que la jurisdicción voluntaria es el conjunto de actos por medio de los cuales, uno o varios interesados le dan solución a un asunto, en el cual no hay contradicción de voluntades, y se auxilian de la autoridad competente.

El Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil preceptúa que: “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.

La jurisdicción voluntaria se encuentra regulada en el libro cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil, titulado procesos especiales, y en su título I se ubica a la jurisdicción voluntaria, y en el título II se precisa el proceso sucesorio. Los procesos especiales se

¹³ Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. **Derecho procesal civil**, volumen 2, págs. 376 y 379.

¹⁴ Nájera Farfán, **Ob. Cit**; pág. 87.

regulan en los Artículos del 401 al 515, y la jurisdicción concretamente en los artículos del 401 al 449 respectivamente.



Se enfatiza que las resoluciones dictadas en asuntos de jurisdicción voluntaria, no tienen la categoría de cosa juzgada, y en cualquier momento pueden variarse o modificarse, ya sea por medio de la solicitud realizada por las partes directamente, por decisión judicial, mediante la intervención o solicitud de un tercero que se ve perjudicado en sus derechos patrimoniales, o en su caso que se vea afectado en cualquier otro derecho que le cause un daño o un perjuicio.

El Artículo 405 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que: "El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa".

La jurisdicción voluntaria es aquella que comprende todos los actos enmarcados en la ley, que a solicitud de las partes procesales se requiere la intervención del juez competente, para obtener una declaración relativa a sus intereses sin que esté promovida o se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, persiguiendo con ello establecer garantías procesales contra lesiones futuras.

Al respecto, otros tratadistas no se encuentran de acuerdo con la denominación jurisdicción voluntaria, y manifiestan que es más acertado denominarle jurisdicción necesaria, jurisdicción no contenciosa o en su defecto, actos judiciales no contenciosos.

1.3.2 Elementos

a. Personales

Se denominan elementos personales de la jurisdicción voluntaria a todas aquellas personas que intervienen directamente en el proceso respectivo y fundamentalmente son los siguientes:

1) El abogado

Es el profesional del derecho, que ejerce una profesión liberal, y que tiene a su cargo la asesoría, la dirección, la procuración y el auxilio de las partes procesales en el asunto sometido a litigio.

“Es un profesional universitario, con título hábil, a quien compete el consejo o asesoramiento en materia jurídica, la conciliación de las partes interesadas opuestas y el patrocinio de las causas que considere justas”.¹⁵

2) El juez

Es el profesional del derecho que tiene bajo su responsabilidad un juzgado o tribunal determinado y es quien dirige el litigio cuando el proceso se somete a la actividad

¹⁵ Couture, **Ob. Cit**; pág. 135.



jurisdiccional.

“El juez es el funcionario judicial investido de jurisdicción para conocer, tramitar y resolver los juicios así como ejecutar la sentencia respectiva. Además manifiesta que es la persona constituida con autoridad pública para administrar justicia, o la que ejerce jurisdicción con arreglo a las leyes, conociendo y dirigiendo el procedimiento de las causas civiles y criminales, y dictando sobre ella las sentencias que se crea justas”.¹⁶

3) El cliente

Es la persona que solicita y deposita en un profesional del derecho, el auxilio, asesoría, dirección y procuración de un asunto de su interés, el cual posteriormente interviene en el litigio o el asunto sometido a resolución de juez competente. Son partes procesales el actor, el demandado, y los terceros interesados.

b. Reales

No es más que determinado asunto o fin, e inicia cuando el cliente solicita los servicios profesionales de un abogado para que con su auxilio, determinado asunto sea sometido a resolución de juez competente.

c. Formales

Son todas aquellas formalidades esenciales o especiales que en forma específica deben

¹⁶ Pallarés, **Ob. Cit**; págs. 456 y 457.



cumplir y llenar determinadas diligencias con respecto a un ordenamiento legal establecido en la ley adjetiva y sustantiva.

1.3.3 Naturaleza jurídica

Existen diversas teorías de la jurisdicción voluntaria, siendo que algunos autores son de la opinión que constituye una actividad jurisdiccional, y otros por su parte se inclinan por señalar que la jurisdicción voluntaria instituye una actividad eminentemente notarial, situándolo en el campo administrativo.

“La administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales”.¹⁷

“El concepto de la jurisdicción voluntaria no se acomoda al de la jurisdicción, se asemeja más a la función administrativa”.¹⁸

“Una actividad de naturaleza administrativa no jurisdiccional asignada por el legislador a la competencia de los órganos judiciales”.¹⁹

“Es entendida la jurisdicción voluntaria como una actividad especial de funcionarios jurisdiccionales, para los fines expuestos, no parece indudable que es una verdadera jurisdicción”.²⁰

¹⁷ Calamandrei, Piero, **Instituciones de derecho procesal civil**, volumen I, pág. 193.

¹⁸ De la Plaza, Manuel, **Derecho procesal civil español**, volumen I, pág. 130.

¹⁹ Larraud, Rufino, **Curso de derecho notarial**, pág. 119.

“No se dictan, normalmente de oficio, sino a petición de un interesado. Procura la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propende a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional”.²¹



Es importante mencionar que en Guatemala, la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria en sus inicios se apoyó en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107, del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, existiendo un libro específico para la misma, y por no existir contiendas para estos asuntos se tuvo la idea que el trámite sería más rápido, más ágil. No obstante, con el incremento de la actividad judicial, y a través del tiempo el trámite se volvió más lento, perdiéndose de alguna manera el objetivo original; posteriormente surgió la idea de agilizar tal trámite mediante la emisión de una ley de índole notarial que también conociera parte de los trámites contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil. Existe la opinión, que la jurisdicción voluntaria inicialmente puede considerarse de naturaleza judicial, aunque ulteriormente fue conferida a la tramitación notarial, consecuentemente pasó a ser de naturaleza administrativa, que es objeto de otra materia.

1.3.4 Finalidad

Con la creación de la jurisdicción voluntaria se persiguió inicialmente instituir una vía más rápida para aquellos asuntos en los cuales no existían controversias, pero con el

²⁰ Devis Echandía, Hernando, **Compendio de derecho procesal civil**, tomo I, pág. 70.

²¹ Couture, **Ob. Cit**; pág. 52.



transcurso del tiempo la actividad jurisdiccional se incrementó en perjuicio de los asuntos conocidos en jurisdicción voluntaria, por tal razón los procesos se volvieron lentos y tardíos, pese a ello la finalidad persiste, puesto que a la fecha dichos trámites aún continúan siendo ágiles, si se comparan con el trámite que conlleva los asuntos en los cuales si existe litis, dado que éstos si constituyen trámites engorrosos, no habiendo celeridad procesal por diversos motivos. No obstante lo establecido, la Corte Suprema de Justicia hace lo posible por desconcentrar la administración de justicia y la actividad jurisdiccional a través del incremento del número de juzgados por una parte, a la vez ha adoptado innumerables medidas para evitar tal congestión, pero con el aumento poblacional y el incremento de los índices de violencia en general, aunado a los problemas judiciales existentes, dichos cambios no dejan de ser mínimos.

Sin embargo, la problemática que atraviesan los juzgados del ramo familiar, en cuanto al incremento de procesos judiciales, derivadas entre otras causas de la desintegración familiar y de la paternidad irresponsable, siempre resulta atractiva y beneficiosa la jurisdicción voluntaria judicial, comparada con la jurisdicción contenciosa, denotando que la finalidad inicial no se ha perdido del todo, continúa, en virtud que ante la inexistencia de litis o falta de controversia, siempre se obtiene economía procesal, en beneficio del solicitante y de la administración de justicia, por consiguiente es conveniente y recomendable conocer otros asuntos judiciales en esta vía donde tampoco existe litigio, y que hasta la fecha se conocen únicamente en la jurisdicción contenciosa, persiguiendo con ello alcanzar la máxima economía y celeridad procesal posible, y por ende la modernización del sistema de justicia, en beneficio de la población en general.



1.3.5 Elementos subjetivos de la jurisdicción voluntaria

“En el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, la actividad que realizan los jueces no es propiamente jurisdiccional, no se puede hablar a diferencia del proceso de “partes” o “sujetos procesales”, sino se habla de “interesado”, “solicitante”, o “gestionante”, dado que en dicho procedimiento no se trata de declarar un derecho contra otro, pero para evitar que pueda resultar perjudicada alguna persona ajena a esa actividad judicial, la ley ordena en determinados casos otorgar audiencia al tercero interesado que se considere perjudicado por las diligencias, audiencia que deber ser evacuada dentro del tercer día de notificada la resolución correspondiente.”²²

Procesalmente los documentos o medios probatorios que se presentan o incorporan al expediente que contiene las diligencias objeto de trámite, son recibidos sin necesidad de citación de parte contraria, por no existir y por no tratarse exactamente de un proceso, sino por el contrario de una diligencia en donde no cabe litigio alguno.

Sin embargo, la Procuraduría General de la Nación siempre deberá ser oída en los casos en los cuales la solicitud promovida afecte a los intereses públicos, y desde luego cuando se refiera a personas incapaces y ausentes.

Como cualquier otra diligencia judicial, también en estas gestiones es necesaria la postulación de una persona idónea versada en la materia, es decir que el interesado deberá comparecer bajo el auxilio de un profesional del derecho, el abogado.

²² Chacón Corado y Montero Aroca, **Ob. Cit;** pág. 65.



1.3.6 Características

“No debe tomarse en cuenta el principio del contradictorio, como una de las notas características del proceso contencioso, que también se le conoce como principio de bilateralidad, por el contrario corresponde al proceso voluntario, el principio de la unilateralidad. Esto excluye que sobre el fondo del negocio vaya existir un conflicto de intereses por la inexistencia de litis. Siendo únicamente necesario para su promoción que el interesado gestione lo que estime oportuno de acuerdo con su tutela.

Para el efecto son características de la jurisdicción voluntaria las siguientes:

- a) El sujeto del proceso voluntario puede continuar llamándole “parte” porque en realidad es siempre el componente de una pareja, pero “no acciona frente a la otra parte”, la cual incluso en ciertos casos, ni siquiera sería fácil de determinar el carácter estructural más saliente, que deriva de este principio, es la “falta de discusión”.
- b) Libertad de procedimiento: Un segundo carácter del procedimiento voluntario en confrontación con el procedimiento contencioso, es su libertad entendida no tanto como absoluta falta cuanto como menos cantidad de vehículo a la potestad ordenatoria del juez. Esta libertad no se debe en absoluto a una menor importancia social o dificultad técnica de la sustanciación del negocio en comparación la litis, sino a las facultades con que cuenta el juez para actuarla, puesto que lo buscado no tiene origen litigioso.
- c) El objetivo de la jurisdicción voluntaria es una relación jurídica de derecho privado, en esta clase de procesos especiales no son acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa.



- d) En cuanto a la forma, en la jurisdicción voluntaria se sigue un criterio menos formalista que en los otros juicios; los documentos y medios de prueba se reciben sin necesidad de citación contraria, por no existir esta.
- e) No hay reglas generales que determinen “el procedimiento a seguir” por lo que hay que remitirse al procedimiento específico de cada uno de los actos de la jurisdicción voluntaria en particular.
- f) El juez puede variar o modificar sus resoluciones, sin estar sujeto a los términos y formas exigidas para la jurisdicción contenciosa, tal y como lo establece el Artículo 405 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.
- g) Lo resuelto en los procesos de jurisdicción voluntaria no produce cosa juzgada, pues se puede variar según cada caso.
- h) En materia de recursos es demasiada limitada porque casi no existen, salvo en determinados casos por ejemplo en las resoluciones que dicten en los asuntos de separación o divorcio por mutuo consentimiento.
- i) Si se formula oposición a ese procedimiento voluntario, por quien pueda tener interés, el asunto se declarará contencioso, ello de conformidad con el Artículo 404 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- j) Al no haber contención de partes, las decisiones tomadas en asuntos de jurisdicción voluntaria, pasan en autoridad de cosa juzgada y permiten siempre su revisión, tal y como se señala anteriormente.
- k) Se debe a concurrencia voluntaria de parte o se desarrolla entre personas que están de acuerdo.



- I) Su procedimiento carece de uniformidad y repetición acomodándose a la naturaleza de los actos que lo provocan.
- II) La necesidad de conferir audiencia a la Procuraduría General de la Nación cuando pudieran resultar afectados intereses públicos o se haga relación a personas incapaces o ausentes.
- m) La resolución final no puede impugnarse mediante casación.
- n) La de proteger y asegurar los derechos privados de los particulares.
- ñ) No hay partes contrapuestas”.²³

²³ Carnelutti, Francesco, **Sistemas del derecho procesal civil**, tomo I, pág. 122 y 123.





CAPÍTULO II

2. La ausencia

2.1 Definición doctrinaria y legal

2.1.1 Doctrinaria

“Es la condición legal de la persona cuyo paradero se ignora”.²⁴

“La ausencia de hecho se convierte en ausencia de derecho al momento de ser declarada por el juez competente, en que de mutuo propio, por caso fortuito o fuerza mayor queda una persona, porque puede ser que el declarado ausente se haya ido de la república, haya cambiado su domicilio dentro de la misma, por mera voluntad suya, ignorándose su paradero y su existencia; o que no se sepa de él por haber desaparecido durante un terremoto, una guerra, un incendio, una catástrofe, plagio, etc., de quienes se ignora su paradero y se duda de su existencia”.²⁵

“Es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero y sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante”.²⁶

²⁴ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 72.

²⁵ Nájera Farfán, **Ob. Cit**; pág. 206.

²⁶ Cabanellas de Torres, **Ob. Cit**; pág. 414.



“Es la situación en que se encuentra una persona que ha abandonado el lugar de su residencia ordinaria, y que no habiendo constituido apoderado, se ignora el lugar donde se halla y no se tiene noticias ciertas de su vida o de su muerte”.²⁷

2.1.2 Legal

El Artículo 42 del Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala regula que: “Es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”.

El Artículo relacionado en el párrafo anterior establece que es ausente la persona que se halla fuera de la República, y que tiene o ha tenido domicilio en ella, doctrinariamente a este tipo de ausencia se le conoce como ausencia simple, y se cree que el ausente está vivo, pero se ignora en sí, su paradero.

El Artículo en mención preceptúa además que se considera ausente, a la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora, doctrinariamente se refiere a la ausencia calificada.

²⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Diccionario jurídico mexicano**, pág. 267.



2.2 Elementos de la ausencia

2.2.1 Personales

Como elementos personales del presente trámite se encuentran los siguientes:

a) El ausente

Es la persona de la cual se ignora si vive todavía, además se ignora donde esta, y en última instancia se ignora donde se localiza.

b) El defensor judicial

Es el ente nombrado por el juez competente para la defensa en juicio del ausente cuando éste deba responder a una demanda, o en su caso hacer valer un derecho en juicio, es nombrado específicamente para ello, acto que debe constar en el expediente. En esta persona también puede recaer el cargo de depositario de bienes si los hubiere, así lo establece el Artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil.

c) El guardador de bienes

Es un cargo público, se caracteriza porque el nombramiento es otorgado judicialmente, y existe cuando el ausente tiene bienes que deben ser administrados. Inclusive en esta persona también puede recaer el cargo de defensor judicial, cesando en ese momento el



cargo de defensor judicial, y el de depositario de bienes en la persona que había recaído inicialmente, también es posible que en dichas personas pueda recaer esta nueva figura legal.

d) El administrador

Es la persona que ejerce la representación legal del ausente o de la persona presuntamente muerta, este recibe el cargo por parte del guardador de bienes, no obstante también puede ejercer el cargo de defensor judicial. Legalmente tiene derecho a dicho nombramiento en primer lugar el cónyuge, los hijos, y a falta de estos los parientes consanguíneos.

2.2.2 Reales

El elemento real recae en sí, en el objeto principal del trámite, y éste radica esencialmente en declarar judicialmente ausente a la persona de quien se ignora su paradero, y además se ignora si vive todavía, la diligencia debe promoverse ante un juez de primera instancia del ramo civil.

2.2.3 Formales

Debe solicitarse por escrito ante juez competente cumpliendo las formalidades del trámite



previamente establecido en el Artículo 411 en adelante del Código Procesal Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.

2.3 Finalidad

La finalidad esencial de la tramitación judicial de las diligencia voluntarias de declaratoria de ausencia radica en obtener la representación en juicio de la persona ausente, la cual se puede dar de dos formas:

- 1) Nombrarle al presunto ausente un representante legal, para que pueda acudir en defensa de sus derechos y obligaciones que tenga que cumplir al momento de entablar la demanda.
- 2) Nombrarle al presunto ausente, un depositario y guardador para los bienes que hubiera de administrarse, cargo que podrá desempeñar el mismo defensor judicial o un pariente; que se considere con derecho para ello.

2.4 Declaración de ausencia para la representación en juicio

El Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, establece que toda persona con derechos que ejercitar y obligaciones que cumplir en la república y que se ausente de ella deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante, si no lo hiciere se le declarará ausente a petición de parte.



Como principio general se tiene, que toda persona debe ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones contraídas personalmente, en caso contrario puede hacerlo por medio de un mandatario legalmente constituido y con todas las facultades necesarias, ahora bien sino ocurre ni uno ni lo otro, los derechos de esa persona no pueden quedar en situación de incertidumbre respecto a su ejercicio y cumplimiento; de ahí que la ley provea la facultad a cualquier persona interesada en tramitar la ausencia con el único fin de que aquella sea declarada ausente a efecto de que continúe más o menos normalmente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de la persona ausente.

Dada la circunstancia descrita resulta evidente que la declaratoria de ausencia tiene como único objeto nombrar un defensor judicial que represente al ausente para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio. Por lo regular, este nombramiento recaerá preferentemente en el mandatario sin facultades suficientes que hubiere dejado y en su defecto en una persona de notoria honradez, arraigo y competencia, lo cual quiere decir que si el ausente hubiere dejado apoderado sin facultades suficientes para la defensa en juicio, el cargo de defensor judicial recaerá de preferencia en éste.

El Código Procesal Civil y Mercantil regula que una vez pedida la declaración de ausencia al juez competente, debiendo este ser un juez de primera instancia del ramo civil, con intervención de la Procuraduría General de la Nación debe mandar a recibir la información que fehacientemente compruebe lo siguiente:

- 1) El hecho de la ausencia.



- 2) La circunstancia de no tener el ausente parientes, o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado.
- 3) El tiempo de la ausencia, el cual debe ser más de un año.

Con la solicitud inicial presentada debe acompañarse los documentos que conduzcan a probar los hechos y circunstancias así como el tiempo de la ausencia, al contar con dichos medios probatorios, el juez de primera instancia del ramo civil nombra un defensor judicial que exclusivamente debe tener a su cargo la representación judicial del presunto ausente, y procede a dictar las providencias necesarias para asegurar los bienes debiendo nombrar un depositario que puede ser el mismo defensor.

Al dictar la primera resolución de trámite, el juez de primera instancia del ramo civil ordena la publicación de un edicto el cual debe contener la solicitud de declaración de ausencia, mismo que debe publicarse en el diario oficial, y en otro de los diarios de mayor circulación en el país, por tres veces durante un mes.

Puede darse el caso de la existencia de oposición de terceras personas interesadas en el trámite, o bien que se disputaren el derecho de representar al ausente, al respecto la oposición de terceras personas deberá ventilarse en la vía de los incidentes, la cual debe tramitarse siempre ante un juez de primera instancia del ramo civil, fundamentándose en los Artículos 135 al 140 de la Ley del Órgano Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, por no contar con un trámite específico al respecto.



Al declararse la ausencia el juez de primera instancia del ramo civil debe nombrar a la persona que tenga mejor derecho de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 49 y 50 del Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, y si en caso hubiere oposición a tal declaratoria de ausencia, el asunto debe ser declarado contencioso, y debe sustanciarse en la vía sumaria, la cual debe tramitarse siempre ante el mismo juez competente.

Establece el Artículo 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, que recibida la información, y pasado el término de las publicaciones, el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declara la ausencia si procediere y nombra un guardador de los bienes, quien asume la representación judicial del ausente y el depósito de dichos bienes, si los hubiere.

Conforme el Artículo 415 siempre del mismo Código, se tiene que por ministerio de ley, el guardador de bienes queda investido de todas las facultades generales y especiales que se requieren para la defensa en juicio, estas mismas facultades debe tener el defensor judicial, y una vez discernido el cargo o formalizada la entrega de bienes si los hubiere, el guardador asumirá la representación legal del ausente, cesando desde ese momento en sus cargos el defensor judicial y el depositario, si no hubiere recaído en alguno de ellos el nombramiento de guardador de bienes.

Por último, se reitera que termina el cargo de defensor judicial de la persona ausente en los siguientes casos:



- a) Desde que termina el litigio en el que se le nombró.
- b) Desde que se provea de guardador de bienes al ausente; y
- c) Desde que el ausente se apersona por sí o por medio de apoderado o mandatario legalmente constituido con facultades suficientes.

2.5 Requisitos de la declaración de ausencia legal

Constituyen requisitos de la declaración de ausencia legal los siguientes:

- a) Desaparición de una persona de su domicilio

El Artículo 42 del Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, estipula que la declaración de ausencia legal puede pronunciarse cuando una persona se ha ausentado de su último domicilio o de su última residencia, sin dejar noticias, y por tanto ignorándose su paradero. Las notificaciones sobre el ausente pueden provenir de él mismo o de otras personas.

- b) Transcurso de un cierto lapso

El tiempo que debe transcurrir está claramente establecido y fijado en los Artículos 63 y 64 del Código Civil.

- c) Que el ausente no esté legal o voluntariamente representado

No procede el nombramiento de un defensor cuando el desaparecido ha dejado un



apoderado con facultad de administrar todos sus bienes.

d) Declaración judicial

La situación de desaparición debe ser examinada por el juez competente para que la persona desaparecida pueda considerarse legalmente ausente. Este trámite se sustancia a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ante el juez de primera instancia del ramo civil. El interesado que insta la declaración debe aportar todas las pruebas que estime pertinentes y el juez puede pedir las que considere oportunas para llegar al convencimiento de que la desaparición realmente ha ocurrido, y cuánto tiempo hace que se ha producido. Este procedimiento puede ser instado por las personas a que se refiere el Artículo 47 del Código Civil, ya sea cualquier persona capaz, y en su defecto por la Procuraduría General de la Nación.

2.6 Importancia de la institución de la ausencia

Por lo regular la importancia de la institución de la ausencia es de tipo económico o patrimonial, también puede ser de orden familiar y social, por ejemplo cuando el ausente es propietario de bienes que necesiten o requieran administración, cuando la persona ausente haya contraído matrimonio y no lo halla disuelto antes de ausentarse, y en última instancia cuando exista otro tipo de demanda que entablar en su contra que afecte intereses de terceras personas.

El fondo u objeto fundamental de la figura jurídica o institución de ausencia consiste en:



- a) Evitar perjuicios al ausente, en sus bienes e intereses económicos o de otra índole.
- b) Amparar los derechos de las personas presentes relacionados con el ausente, ya sea por parentesco o por negocios.
- c) Favorecer a la comunidad, dentro de un señalado interés social o inclusive hasta un marcado interés fiscal; pues a aquella importa de sobremanera que el patrimonio o bienes del ausente no permanezcan en abandono o a disposición de detentadores, sino bajo la administración de personas, idóneas, capacitadas legalmente para su debida explotación y cuidado.

2.7 Fases o etapas de la ausencia

La institución de la ausencia se puede dividir en tres fases o etapas y son:

- 1) La primera fase, existe cuando se inicia el procedimiento, y en el transcurso del primer período se le denomina presunción de ausencia, ausencia presunta, ausencia de hecho o ausencia no declarada, en esta fase es más fuerte la presunción de que la persona vive.
- 2) La segunda fase, se configura cuando se realiza la declaración de ausencia propiamente dicha, la ausencia legal.
- 3) La tercera fase, se concretiza cuando se declara la muerte presunta por existir fuerte certeza que el ausente ha fallecido.



2.8 Efectos de la declaración de ausencia

Como efectos propios de la declaración de ausencia se tienen los siguientes:

- a) Efectos patrimoniales
- b) Efectos familiares
- c) Efectos relacionados con la persona del ausente y efectos sociales

- a) Efectos patrimoniales

Estos efectos se refieren a la administración de los bienes propiedad del ausente, y que son administrados por un guardador de bienes nombrado por el juez competente, bienes que también pueden ser administrados por los parientes en el orden establecido, y pueden ser nombrados en primer lugar, el cónyuge e hijos, y a falta o defecto de éstos, se designa a los parientes consanguíneos en el orden sucesorio legal.

Estipula el Artículo 59 del Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala que los parientes que tienen la calidad de administradores tendrán la representación legal del ausente, y harán suyos los frutos naturales y civiles de los bienes.

Preceptúa el Artículo relacionado en el párrafo anterior, que las regulaciones formales que la ley establece para la enajenación legal, o gravamen de los bienes de menores o



incapacitados, se aplican íntegramente a los bienes propiedad de la persona declarada ausente y son obligatorios para sus administradores.

Además constituye efecto patrimonial, el hecho que para adquirir bienes por cualquier título, se reputa vivo el ausente, mientras no se haya decretado judicialmente la posesión definitiva de sus bienes.

En forma resumida, se dice que el representante actúa en nombre propio e interés ajeno, con las facultades de administración que le corresponden de acuerdo a la ley.

b) Efectos familiares

La ausencia no disuelve el matrimonio de la persona declarada ausente; ahora bien puede dar lugar, de manera indirecta, a la separación, utilizando la causal contenida en el Artículo 155 del Código Civil, también puede dar lugar al divorcio a través de la propia desaparición.

Se solicita el nombramiento de defensor judicial del ausente para el sólo efecto de entablarle demanda de divorcio, por haber formalizado ya nuevo hogar en condición extramatrimonial él o la cónyuge presente con tercera persona, y en todo caso para el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes menores de edad, con todos los derechos y obligaciones del caso, inclusive para retirarle cualquier cargo familiar judicial que halla adquirido el ausente antes de su desaparición o de su ausencia, situaciones tales como la tutela y la protutela.



c) Efectos relacionados con la persona del ausente y efectos sociales

La ausencia en sí no produce ningún tipo de alteración en la capacidad de obrar del declarado como tal, puesto que sigue teniendo la que posea independientemente de la declaración, si produce alteraciones en la situación de la persona en cuanto a sus bienes patrimoniales. El hecho mismo de los terceros, conociendo la situación a través de las inscripciones en los respectivos registros, deban contratar con un representante legal, significa que se ha producido una modificación de la condición jurídica de la persona que deberá tenerse en cuenta a los efectos de la validez de los actos o contratos que se realicen en su nombre.

En cuanto a la preexistencia de participación del ausente en sociedades mutualistas, mercantiles o civiles, corporaciones o asociaciones de tipo civil, organizaciones no gubernamentales (ONG's), cooperativas, fideicomisos y fundaciones legalmente constituidas en el país, y de las cuales el ausente forme parte, podrán sufrir o no alteraciones, o extinguirse según se disponga en el instrumento constitutivo, ley específica o estatuto correspondiente.

2.9 Derechos del ausente que regresa

Es principio general, que el ausente mientras viva conserva la posesión civil de los bienes que legalmente le pertenecen, los cuales son entregados en administración, en custodia o en posesión definitiva, los cuales le serán devueltos en el estado en que se encuentren cuando el ausente regrese.



En otras palabras, el derecho del ausente sobre su patrimonio no se extingue, derecho que es imprescriptible, y cuando él, por si o por medio de apoderado suficiente, reclame sus bienes, le deben ser devueltos en el estado en que se encuentren o se hallaren.

2.10 Derechos que el representante del ausente puede ejercitar

Constituyen derechos que puede ejercer el representante del ausente los siguientes:

- a) Administrar los bienes a favor del ausente por cualquier título legal quedando sujeto a la rendición de cuentas correspondiente.
- b) Puede aceptar herencias a favor del ausente representado.
- c) Puede aceptar donaciones a favor del ausente representado.
- d) Puede conferir mandatos para asuntos determinados que no puedan ser atendidos por él personalmente.
- e) Entablar demandas de todo tipo a nombre del ausente cuando los intereses de éste se ven perjudicados.

2.11 Clases de ausencia de acuerdo a la doctrina

- a) Ausencia simple o material
- b) Ausencia calificada
- a) Ausencia simple o material



La ausencia simple o material está regulada en el Artículo 42 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, que literalmente preceptúa: “Es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente para los efectos legales la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”.

b) Ausencia calificada

Esta clase de ausencia esta regulada en el Artículo 64 del Código Civil, la cual establece que es la condición de una persona que desapareció en una circunstancia de peligro para la vida.

El Código Civil vigente desde el año 1963, no estipula exactamente el período de ausencia de una persona, por lo que se deja a criterio del solicitante de la diligencia, se puede solicitar por lo regular cuando exista necesidad de entablar una demanda, o cuando se necesite resguardar los bienes propiedad del ausente para garantizarle una buena administración, mientras aparece.

Salvo los casos de demanda de divorcio, sustantivamente si está establecido un período determinado de ausencia, específicamente en el Artículo 155 numeral 4º y Artículo 156 del Código Civil, y establece como causal de divorcio, que debe haber transcurrido más de un año de la ausencia, y debe promoverse mientras dure la misma.



En cuanto a la solicitud de muerte presunta, si se estipula un plazo legal de cinco años, contados a partir de que se decretó la administración de los bienes por parte de los parientes, o desde que se tuvo la última noticia del ausente. En sí, la ausencia calificada existe en aquellos casos en los cuales ocurrió una guerra, un acto terrorista, una explosión, incendio, terremoto u otro siniestro, y puede solicitarse inmediatamente.

Precisamente, en Guatemala han existido situaciones, hechos o siniestros que pueden ser incluidos y apreciados dentro de la ausencia calificada, tal es el caso de la guerra interna, suscitada entre ejército y guerrilla que tuvo su inicio en el mes de febrero del año 1960, otros son de la opinión que tuvo inicio el 13 de noviembre del año 1960, la cual concluyó con la firma de la paz, exactamente el 29 de diciembre de 1996, guerra que duró 36 años, dejando secuelas de luto y dolor, que provocó la desaparición de miles de guatemaltecos, sin dejar rastro de su existencia, así como en otros casos, poblaciones completas arrasadas que fueron objeto de ataque directo, ya sea incinerados, acribillados en serie, víctimas del genocidio imperante; en algunos casos con suerte sobrevivieron algunos niños, ancianos o mujeres, quienes fueron testigos de la muerte de sus familiares, cuyos cadáveres fueron localizados años después por medio de la ayuda de antropólogos forenses, cuyas osamentas difícilmente fueron reconocidas por sus familiares, de esta odisea se encuentran narraciones debidamente documentadas tomadas directamente del testimonio de testigos, víctimas o elementos de las fuerzas armadas del ejército y de personas calificadas como guerrilleras.

Así como se señala en el párrafo que antecede, también se han suscitado siniestros o desastres naturales que han provocado la desaparición de personas en masa, como es el



caso de las personas que quedaron soterradas con los movimientos telúricos del terremoto del 4 de febrero del año 1976, ocasionando muchos muertos, de éstos algunos cuerpos aparecieron otros no.

Recientemente, han habido otro tipo de siniestros naturales, entre de otros, los deslizamientos o deslaves inesperados producidos por las lluvias torrenciales cuyo origen se atañe a los cambios climáticos habidos y originados por la deforestación ocasionada por el mismo hombre, deslizamientos sufridos en lugares o poblaciones ubicadas cerca de montañas o laderas, ocurriendo por lo regular este hecho natural en los departamentos del interior del país, para ser más precisos en Sololá, en virtud que hace un par de años quedaron sepultadas muchas personas por un alud de gran magnitud, y sin existir probabilidad o esperanza de localizar sus cuerpos.

2.12 Trámite judicial de las diligencias de declaración de ausencia

El trámite para obtener la declaración judicial de ausencia de una persona es el siguiente:

2.12.1 Escrito inicial

El Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala preceptúa que la primera solicitud que se presente a los tribunales de justicia debe cumplir ciertos requisitos establecidos en dicho Artículo; tal escrito debe presentarse ante el centro de servicios auxiliares de la administración de justicia que se ubica en la torre de tribunales; el escrito debe ir dirigido al señor juez de



primera instancia del ramo civil, en forma genérica, ya que en dicho centro distribuyen las demandas bajo el sistema denominado aleatorio, asignándole el número de juzgado que conocerá del caso y el número del proceso. El escrito inicial debe redactarse en hojas de papel bond o en papel español, debiendo cubrirse el impuesto de Q. 1.00 de timbre forense así lo establece la Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial, Artículos 1 y 3, numeral 1, en cada hoja utilizada.

En el escrito inicial se hace constar la designación del juez o tribunal al que se dirige, como se indicó en el párrafo anterior, consignándose los nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones, asimismo se hace constar una relación de hechos a que se refiere la petición, fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, cita de leyes respectivas, además se consigna los nombres, apellidos, y residencia de la persona de la que se reclama un derecho; si se ignora la residencia se hace constar, la petición se realiza en términos precisos, lugar y fecha de presentación, se consigna la firma del solicitante, y del abogado colegiado patrocinante, así como estampar el sello del abogado, y si el solicitante no sabe o no puede firmar lo hace a ruego otra persona o el abogado auxiliante. En el escrito debe hacerse constar el número de copias necesarias así como acompañarse una copia adicional para reposición de autos en caso de extravío, además de indicar que se acompañan los medios probatorios correspondientes.

Los requisitos específicos de la solicitud de la declaración de ausencia se ubican en el Artículo 411 del Código Procesal Civil y Mercantil, entre los cuales está comprobar el



hecho de la ausencia, la circunstancia de no tener el ausente parientes, mandatarío con facultades suficientes, ni tutor en caso del menor o incapacitado, y el tiempo de la ausencia, además acompañar los documentos que prueben los hechos indicados.

2.12.2 Primera resolución

En la primera resolución de trámite debe hacerse constar la identificación del juzgado asignado para conocer de las diligencias, el número del proceso, el número del oficial y notificador asignado al respecto, lugar y fecha en que se dicta la resolución, y ésta debe contener o indicar que se manda a que se reciba las declaraciones de los testigos propuestos, que se emita el edicto correspondiente, se consigna además el nombramiento del cargo de defensor judicial y la orden de discernimiento del cargo del defensor judicial, o bien depositario de bienes si los hubiere, además que se confiera audiencia a la Procuraduría General de la Nación, además que en su momento procesal se dicte la resolución que en derecho corresponde, cita de leyes, y consignarse las firmas completas del juez y del secretario o sólo este si estuviere legalmente autorizado para dictar providencias o decretos de puro trámite.

El decreto señalado debe dictarse a más tardar al día siguiente de que se reciban las solicitudes. Asimismo debe señalar los requisitos y plazo en que se fundamenta la resolución, al tenor de los Artículos 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.



2.12.3 Notificación de la primera resolución

Esta deberá efectuarse de acuerdo al Artículo 66 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala que establece que: “Toda resolución debe hacerse saber a las partes en la forma legal y sin ello no quedan obligadas ni se le puede afectar en sus derechos...”.

El fundamento de la primera resolución de trámite se encuentra contenido en el Artículo 67 del Código Procesal Civil y Mercantil, que regula al respecto: “Se notificará personalmente a los interesados o, a sus legítimos representantes: 1º.... La primera resolución que recaiga en cualquier asunto”.

En la notificación se hace constar el día de realización, la misma debe expresar la hora y lugar en que fue hecha y debe ser firmada por el notificador, si en caso la persona notificada no firma aquel dará fe de ello, y al final éste debe firmar la notificación.

2.12.4 Actas judiciales de recepción de declaraciones testimoniales

En la primera resolución de trámite se manda que se reciba la declaración de los testigos propuestos debiendo estos cumplir con los requisitos contenidos en los Artículos 142 al 163 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, para el efecto se señala día y hora para la recepción de las declaraciones, la cual debe hacerse constar en actas judiciales.



Los testigos deben ser personas capaces e idóneas a quienes deben constarle el hecho de la ausencia que se necesita probar. El interrogatorio por lo general se presenta en la solicitud inicial, debiendo ser preguntas claras y precisas.

Las declaraciones testimoniales se hacen constar en actas judiciales, consignando en dicha acta los datos generales del testigo, su juramentación, en la forma establecida en el Artículo 134 del Código Procesal Civil y Mercantil, apercibiéndole acerca de las penas relativas al delito de perjurio si contraviniera lo declarado. Al finalizar el interrogatorio los testigos deben dar razón del conocimiento de los hechos.

Una vez concluido el interrogatorio que se les formula, el juez debe proceder a leerles el acta notarial que contiene cada testimonio a los testigos, quienes enterados de su contenido deben proceder a firmar las actas respectivas, y por último el juez también debe firmar el acta.

2.12.5 Publicación de edictos

En la primera resolución de trámite se ordena la publicación de la solicitud en el diario oficial y en otro de mayor circulación en el país, por tres veces durante un mes, debiendo contener los edictos la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaratoria de ausencia, la citación del presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, fecha y firma del secretario del tribunal que conozca del asunto, requisitos contenidos en el Artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.



2.12.6 Nombramiento del defensor judicial por parte de juez competente

El Artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que el juez nombrará un defensor judicial, que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente; y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor.

2.12.7 Discernimiento del cargo de defensor judicial

En la primera resolución de trámite se nombra defensor judicial asignándole el cargo a la persona propuesta para el efecto, ordenando en la misma se le discierna el cargo correspondiente, y así debe comparecer para que se le haga saber el cargo recaído en él para su aceptación y discernimiento.

2.12.8 Audiencia a la Procuraduría General de la Nación

Recibidas las declaraciones testimoniales, acompañado las publicaciones del edicto dictado en su oportunidad, y discernido el cargo al defensor judicial, así como probado documentalmente el hecho de la ausencia, se solicita por escrito al señor juez se confiera audiencia a la Procuraduría General de la Nación para que emita el dictamen correspondiente, así lo regula los Artículos 403 y 411 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.



2.12.9 Dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación

Cumplidos todos los requisitos que establece la ley, la Procuraduría General de la Nación sino tuviere objeción y no hubiere oposición alguna emite dictamen favorable al respecto con el objeto de que el juez dicte la resolución que en derecho corresponde.

2.12.10 Oposición de terceros interesados en representar al ausente

De acuerdo al Artículo 413 del Código Procesal Civil y Mercantil, si hay varias personas que se disputan el cargo de representar al ausente, la cuestión se resuelve en la vía incidental, trámite contenido en el Artículo 135 al 138 de la Ley del Órgano Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, y al declararse la ausencia, el juez nombra a la persona que tenga mejor derecho, de acuerdo con lo que establece el Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.

2.12.11 Oposición a la declaración de ausencia

Si en dado caso, existe oposición a la declaratoria de ausencia, el asunto se ventila en la vía sumaria, así lo establece el Artículo 413 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.



2.12.12 Resolución o auto final

Conforme el Artículo 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto - Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, recibida la información y pasado el término de las publicaciones, el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declara la ausencia si procede y nombra un guardador, quien asume la representación judicial del ausente y del depositario de los bienes, si los hubiere.

2.12.13 Certificación de la resolución o auto final

Dictada la resolución final de las diligencias voluntarias de declaración de ausencia el secretario del juzgado debe emitir una certificación del auto final, debiendo firmar y sellar dicha certificación para su validez legal. La solicitud debe efectuarse por escrito de acuerdo al Artículo 172 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

2.12.14 Inscripción definitiva de la resolución o auto final en el Registro Civil de las Personas

Una vez finalizado el trámite o diligencias de declaración de ausencia de una persona, el interesado debe solicitar certificación del auto o resolución final habido para efectos de inscripción registral, solicitud que realiza ante el mismo juez que conoció el asunto, una vez obtenida la misma, procede su inscripción correspondiente en el Registro Civil de las



Personas adscrito al Registro Nacional de las Personas (RENAP), para que pueda surtir todos sus efectos jurídicos a partir de dicha inscripción en los libros o registros que lleva dicha entidad para cada persona, así como lo regula los Artículos 67 al 70 literal "d" de la Ley del Registro Nacional de las Personas (RENAP), Decreto número 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.

La entidad mencionada tiene poco tiempo de haber empezado a cumplir sus funciones en general, no obstante que la ley relacionada fue emitida en el año 2005, vale la pena mencionar en breves palabras que el Registro Nacional de las Personas (RENAP), abrió sus puertas al público en la ciudad de Guatemala, el 2 de mayo de 2008, y posteriormente se hizo en las cabeceras departamentales, siendo una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica propia, cuya sede central se encuentra en la ciudad de Guatemala, contando también con presencia en los distintos departamentos de la República, constituye la entidad encargada de organizar e inscribir los hechos y actos relativos al registro civil, capacidad civil, así como demás datos de identificación hasta que ocurra la muerte de las personas, para el efecto se tiene como función específica de esta entidad, inscribir matrimonios, divorcios, así como demás hechos y actos que modifiquen el estado civil de las personas naturales, y la inscripción de las resoluciones judiciales, por consiguiente tiene la facultad de emitir las certificaciones de las respectivas inscripciones cuando se le requiera.

En el Registro Nacional de las Personas (RENAP) existen varios registros, y dentro de ellos está el Registro Civil de las Personas, registro en donde debe hacerse constar todo



tipo de inscripción que afecte el estado civil de las personas, mismas que tienen carácter de inscripciones obligatorias, esta inscripción es imprescriptible e irrenunciable.

Algunas inscripciones deben efectuarse dentro del plazo legal de 30 días, así lo preceptúa el Artículo 84 de la ley relacionada, pero otras inscripciones deben realizarse dentro de los 60 días, por ejemplo la inscripción de nacimiento, asimismo se encuentra el caso de resoluciones judiciales las cuales deben inscribirse hasta que estas se encuentren ejecutoriadas; para el efecto, los jueces dispondrán bajo su responsabilidad de quince días a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la resolución para mandar a realizar su inscripción, así lo preceptúa el Artículo 80 de la ley referida.

Al realizar el asiento correspondiente, en dicha institución devuelven el duplicado o la copia de la certificación de resolución judicial presentada para su inscripción debidamente razonada, la cual servirá de constancia que dicho hecho registral quedó anotado en los registros físicos, o bien en la base de datos de la entidad.

La inscripción de la certificación del auto o resolución final dictada por el juez de primera instancia del ramo civil que conoció del trámite, no tiene costo alguno si el mismo se verifica dentro del plazo legal, de lo contrario, si no se efectúa la inscripción en el tiempo establecido, se considerará una inscripción extemporánea la cual es objeto de una sanción pecuniaria establecida en el reglamento de la ley referida.



2.12.15 Inscripción de la resolución o auto final en el Registro General de la Propiedad

Si el ausente es propietario de bienes registrables, el juez que dictó la resolución o auto final, debe librar despacho al señor Registrador de la Propiedad correspondiente, con el objeto de ordenar se efectúe la anotación del auto que declara el hecho de la ausencia, inscripción que se realiza en los libros o registros electrónicos del Registro de la Propiedad donde el ausente tenga inscrito sus bienes, y con ello se persigue hacer del conocimiento de terceros interesados en los bienes de aquel, dicho hecho. Indudablemente la inscripción de la anotación en los libros del Registro de la Propiedad tiene un costo establecido en el arancel de la entidad, el cual debe ser sufragado por el promoviente de las diligencias.



CAPÍTULO III

3. La separación

3.1 Definición

“Es la interrupción de la vida conyugal, sin rotura de vínculo, por acto unilateral de uno de los consortes, por mutuo acuerdo o por decisión judicial”.²⁸

“Es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales, de la obligación de vivir juntos”.²⁹

Algunos autores le denominan separación legal o divorcio relativo, y se caracteriza por traer como consecuencia la terminación de la vida en común, dejando vigente el vínculo matrimonial.

3.2 Clases de separación

En Guatemala puede distinguirse claramente dos clases de separación que inciden en la institución del matrimonio, para el efecto se tiene la separación de hecho y la legal. Pero doctrinariamente y cotidianamente existen otras clases de separaciones que tienen

²⁸ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 702.

²⁹ Planiol, Marcel y Ripert, Jorge, **Tratado práctico de derecho civil francés**, pág. 369.



algunas características de las dos clases de separación ya mencionadas, que merecen especial atención siendo las siguientes:

3.2.1 Separación conyugal

“Es la situación en que se encuentran los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos, circunstancias que le permiten mantenerlas. Esta separación simplemente puede ser de hecho, producida por mutuo acuerdo de los cónyuges o por el abandono que uno de ellos hace del hogar conyugal. Pero a esa situación se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una causa de divorcio”.³⁰

3.2.2 La separación de cuerpos

“Es la interrupción, de hecho o de Derecho, de la cohabitación entre los cónyuges, entendida como acceso carnal y como unidad de domicilio, a consecuencia de la nulidad del vínculo, de la discrepancia personal o de una causa forzosa...”.³¹

Para muchos autores la separación conyugal es la misma separación de cuerpos, así lo establece la doctrina tradicional. Además supone una situación de distanciamiento, de hecho o de derecho (o legal), en que se deja subsistente el vínculo matrimonial.

³⁰ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 702.

³¹ Cabanellas de Torres, **Ob. Cit**; págs. 363 y 364.



3.2.3 Separación legal

Algunos tratadistas indistintamente denominan a la separación legal como separación judicial, otros prefieren dividirla, y constituye la separación que se encuentra plasmada en el ordenamiento jurídico legal, que en Guatemala se realiza mediante los trámites contenidos en el Artículo 153 al 158 del Código Civil, concluyendo con una sentencia judicial, y si existiere causal determinada para obtener la misma, puede solicitarse por mutuo acuerdo de los cónyuges, y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. En el primer caso, no puede pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, en el segundo caso, puede ser solicitado por el cónyuge inculpable o que no hubiere dado causa a el, y dentro de los seis meses siguientes de haber conocido la causal en que funde la demanda de separación.

“También se le llama divorcio relativo, y es aquella que es declarada judicialmente y es modificativa del matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia de la unión conyugal y el fin de vivir juntos marido y mujer, dos principios rectores de la institución matrimonial consagrados en al Artículo 78 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala. La separación legal modifica el matrimonio, pero deja subsistente el vínculo matrimonial, de la institución en sí”.³²

La característica esencial de esta clase de separación radica en que los cónyuges obtienen el pleno reconocimiento de su ruptura judicialmente, y se garantizan los efectos que otorga el ordenamiento legal a la separación conyugal

³² Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, tomo I, primera parte, pág. 174.



3.2.4 Separación judicial

Es la separación declarada o decretada por la autoridad judicial o por un juez competente de primera instancia del ramo de familia, a solicitud o iniciativa de uno o ambos cónyuges, y se obtiene después de haber seguido el trámite legal establecido en el Código Civil y en el Código Procesal Civil y Mercantil, finalmente la sentencia de separación puede ser utilizada como un medio probatorio o causal común para solicitar el divorcio al amparo del Artículo 155 numeral 15 del Código Civil. La doctrina guatemalteca también la denomina separación legal.

3.2.5 Separación de hecho

Es la separación existente entre los cónyuges efectuada en forma extrajudicial, se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar conyugal, por propia voluntad o de común acuerdo a efecto de que cese la vida en común, sin mediar en todo caso previa resolución judicial, es la separación de cuerpos que se realiza sin necesidad de intervención de juez competente, basta simplemente con que exista la voluntad de uno de los cónyuges en separarse, o existiendo acuerdo de voluntad verbal de ambos, sin que exista documento o medio de prueba documental que certifique la misma. Esta separación es la más frecuente en el medio, situación conyugal que puede tardar poco o varios años, y en última instancia prolongarse indefinidamente, lapso derivado muchas veces de la onerosidad que conlleva el trámite.

Esta clase de separación no está regulada en la ley, pero existe, si produce efectos



jurídicos similares a la separación legal. Por ejemplo, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación. Además cuando la separación es injusta, inmotivada o maliciosa, y dura más de un año, constituye causal de divorcio, al tenor del numeral 4 del Artículo 155 del Código Civil, asimismo el abandono injustificado del hogar conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan, así lo preceptúa el Artículo 142 del Código Civil.

3.2.6 Separación voluntaria

Ésta se tramita en la vía voluntaria judicial, pues al existir mutuo acuerdo entre ambos cónyuges en separarse la misma viene a facilitar su diligenciamiento, debiendo cumplirse con los mismos requisitos establecidos para el divorcio tramitado en la vía voluntaria judicial.

3.2.7 Separación convencional

“El acuerdo de los cónyuges es suficiente para decretar la separación, con independencia de cual sea la causa real que ha motivado la ruptura. Esta separación es diferente de aquella que tiene su origen en la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, que se conoce como repudio”.³³

³³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, **Derecho de familia**, pág. 54.



3.2.8 Separación causal

La separación es causal cuando ha de estar fundada en uno de los supuestos previamente tipificados en el ordenamiento legal, concretamente en el Artículo 155 del Código Civil. Doctrinariamente se le conoce como separación sanción, por incurrir alguno de los cónyuges en las conductas calificadas como ilícitas y ante tales conductas, no existe otra opción que la separación por eso se le denomina finalmente, separación remedio.

3.2.9 Separación ante notario

Esta separación se concreta al suscitarse desavenencias conyugales sin probabilidad de solución, en este caso los cónyuges deciden voluntariamente acudir ante un notario con el fin de dejar constancia de dicho hecho en un documento o instrumento público notarial, ya sea en escritura pública o en un acta notarial. Esta clase de separación no cuenta con regulación legal alguna, pero ya es una práctica habitual del notario, y existe cuando alguno de los cónyuges no desea ni le interesa acudir ante un juez competente, por capricho, falta de tiempo, la premura de la decisión, discreción, o quizás por lo engorroso del trámite judicial.

Se determina que en el momento que el cónyuge necesita ejecutar los derechos contenidos en los instrumentos públicos suscritos en su oportunidad, únicamente pueden justificar su solicitud bajo la causal número 4 del Artículo 155 del Código Civil, pues no se podría utilizar la causal número 15 del mismo Artículo, ya que en cierta forma los jueces son enfáticos al establecer que ningún otro documento puede ser utilizado invocando



dicha causal, en virtud que la ley es clara al establecer el tipo de documento que debe presentarse para fundamentar dicha causal, argumentando que esta clase de separación corresponde únicamente a la sentencia obtenida ante juez competente, que la ley es específica al indicar que debe probarse el hecho de la separación con una resolución que contenga sentencia firme.

Como se establece en el párrafo que antecede, es recomendable aprovechar el trabajo realizado por los notarios, al autorizar instrumentos públicos que contienen la separación de personas que acudieron en forma voluntaria ante él, y al aceptar tales instrumentos públicos como documentos justificativos de una demanda judicial de divorcio se cumple con aplicar de mejor manera el principio de economía y celeridad procesal.

Es cierto, en el caso de la separación de personas ante notario, si es aceptado el instrumento público referido para tramitar o entablar una demanda de divorcio posterior fundamentada bajo la causal número 4 del Artículo 155 del Código Civil, pero tal práctica judicial no se hace extensiva por parte de los jueces del ramo de familia cuando en dicha acta se hizo constar obligación alimenticia, y se necesita ejecutarlos.

En el caso que se precisa anteriormente, no siempre se aceptan, los instrumentos públicos que contienen la obligación de proporcionar alimentos, debido a que algunos jueces son de la opinión que la obligación únicamente debe ser declarada ante juez competente, y no ante otro órgano o ente independiente que no sea el judicial, perjudicando o menoscabando por ende los intereses, y derechos de la cónyuge y de los hijos menores de edad procreados por los cónyuges separados, en virtud que el instrumento público



donde quedó plasmado el hecho de la separación también lleva aparejada la obligación alimenticia, de forma que al no acceder el juez a ejecutar los documentos autorizados por notario hábil y al retardar o solicitar nuevos requisitos se pierde el objetivo alcanzado por tales documentos, duplicando esfuerzos, y en definitiva haciendo perder oportunidades a los alimentistas.

Los jueces que adoptan dicha posición, incumplen en determinado momento constitucionalmente con uno de los fines del Estado, el cual consiste en proteger al núcleo familiar, y de sobremanera proteger los derechos de los menores de edad, quienes quedan desamparados económicamente y dañados psicológicamente desde el momento de la separación de sus padres, afectando a la madre y a los niños, en virtud que el documento o instrumento público suscrito por sus padres ante notario hábil constituye la única garantía de la obligación alimenticia contraída por lo regular por el padre, condiciones favorables en las cuales el cónyuge obligado a proporcionar alimentos aceptó obligarse voluntariamente sin necesidad de emplear una medida de coerción judicial, contrariamente pueda ser que al ser notificado para comparecer ante juez, cambie de opinión, y desista en obligarse a proporcionar alimentos.

3.2.10 Separación indefinida de cuerpos

“Es aquella en la que existe un ordenamiento de forzoso cumplimiento, como que se trata de un deber del juez que se ha de cumplir, aunque no haya mediado petición de parte en ese sentido y que tiene la doble finalidad de otorgar la protección debida a los menores



hijos y de sancionar al padre negligente. Además de disolver la sociedad conyugal de bienes y el registro de la sentencia”.³⁴

3.2.11 Separación de cuerpos temporal

“Es aquella que no excede del término legal, ya que expirado ese término se presume que ha habido reconciliación, y así se le pide al juez competente por escrito.”³⁵

3.3 Efectos propios de la separación

El efecto principal de la separación es la suspensión de la convivencia impuesta por la institución del matrimonio, pero a su vez se puede apreciar como efectos propios de la figura de la separación los siguientes:

a) Subsistencia del vínculo matrimonial

Obviamente por la separación, el vínculo conyugal persiste, no se rompe, por ende los cónyuges se encuentran siempre unidos en matrimonio civil, no pueden contraer nuevo matrimonio con tercera persona.

b) El cónyuge inculpable de la separación tiene derecho a la sucesión intestada del otro cónyuge, así lo establece el Artículo 160 y 1082 del Código Civil.

³⁴ Martínez Pardo, Héctor, **Matrimonio civil y separación de cuerpos, ante notario público, liquidación y partición de bienes**, pág. 146.

³⁵ **Ibid**, pág. 49.



c) La mujer separada, sea culpable o inculpable, tiene pleno derecho de continuar usando el apellido del marido.

d) Suspensión de la convivencia impuesta por la institución del matrimonio.

3.4 El divorcio

3.4.1 Definición doctrinaria

“Es la ruptura del vínculo matrimonial con posibilidad de anudar uno nuevo, ha de reconocerse que su admisión equivale generalmente a admitir la poligamia y a negar la indisolubilidad del matrimonio”.³⁶

“Es un estado civil especial entre los divorciados por cuanto se origina restricciones a sus respectivas capacidades para contraer nuevo matrimonio, produciéndose además otras consecuencias en cuanto a la patria potestad y la custodia de los hijos”.³⁷

Doctrinariamente se determina que la institución del divorcio es la acción y efecto de divorciar o divorciarse.

“El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”.³⁸

“Es la ruptura del vínculo conyugal pronunciado por un fallo, ya por solicitud conjunta de los

³⁶ De Casso y Romero, Ignacio, **Diccionario de derecho privado**, tomo I, pág. 1608.

³⁷ Rojina Villegas, Rafael, **Derecho civil mexicano**, tomo 2, pág. 468.

³⁸ Planiol y Ripert, **Ob. Cit**; pág. 393.



esposos (divorcio por consentimiento mutuo), ya a causa de la ausencia de comunidad de vida (divorcio-remedio o divorcio-fallido), ya a causa de la falta cometida por uno de los cónyuges (divorcio sanción)”³⁹.

3.4.2 El divorcio como una alternativa de la disolución del vínculo conyugal

Cuando los fines de la institución social del matrimonio se quebrantan, por una u otra razón, existen dos alternativas, una optar por la separación, la cual no disuelve el vínculo conyugal y disuelve únicamente la unión matrimonial, o como segunda alternativa optar por el divorcio en sí, que en definitiva si disuelve el vínculo conyugal el cual se obtiene a través de una sentencia judicial, mediante acuerdo previo entre las partes, éste se tramita en la vía voluntaria judicial, también se puede originar a través de la solicitud del cónyuge inculpable por incurrir el otro cónyuge en causal determinada, ésta se tramita en la vía ordinaria judicial.

Pese a existir la alternativa de divorcio como un medio para obtener la disolución del vínculo conyugal, se ubica dentro de las fases del trámite del proceso de divorcio por mutuo acuerdo, y en el divorcio por causa determinada, la etapa de la conciliación, cuyo fin consiste en dar oportunidad a cada una de las partes a reflexionar acerca de la decisión adoptada, si su decisión fue o no tomada a la ligera, y la conveniencia de una reconciliación.

³⁹ Raymond y Jean, **Diccionario jurídico**, pág. 156.



3.5 Clases de divorcio

3.5.1 Divorcio por mutuo consentimiento, por mutuo acuerdo o divorcio voluntario

“El divorcio voluntario es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges”.⁴⁰

“La idea de divorcio voluntario parte del Código Francés, y se debe al célebre Napoleón Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre, Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario, en parte por la posibilidad de que Josefina, su cónyuge, no le diese hijos, y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye una forma conveniente de ocultar causas muy graves; causas que pueden ser escandalosas, que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges. El espíritu del pensamiento de Napoleón Bonaparte plasmado en tal institución jurídica, hasta la fecha perdura”.⁴¹

“Es la forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de la ley, hayan decidido poner fin al matrimonio”.⁴²

⁴⁰ Instituto de investigaciones jurídicas, **Ob. Cit**; pág. 1189.

⁴¹ Rojina Villegas, **Ob. Cit**; tomo 2, pág. 489.

⁴² Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, **Derecho de familia y sus sucesiones**, pág. 155.



El Artículo 154 del Código Civil estipula que: “La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges no podrá pedirse, sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, pueda ser que uno de los propósitos de este Artículo consista en otorgarle tregua a los cónyuges para analizar con madurez su decisión de separarse o divorciarse, antes de disolver dicho vínculo, o podría ser evitar la simulación de matrimonios con un fin distinto a la institución de matrimonio, contenido en el Artículo 78 del Código Civil”.

El divorcio voluntario, se concreta cuando los cónyuges sin imputarse ninguna causal de divorcio y de común acuerdo, comparecen a solicitar ante un juez de familia del domicilio conyugal, se disuelva el vínculo que los une, es requisito indispensable tener más de un año de matrimonio, como lo establece el Artículo 154 del Código Civil y el Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El trámite judicial del divorcio por mutuo consentimiento se caracteriza por la celeridad procesal que conlleva el mismo, puede tardar tres meses o menos dependiendo de la rapidez con que trabaje el juzgado que conoce el asunto, evitando con ello a los cónyuges estar atados a un vínculo conyugal que ya no les interesa mantener bajo ningún punto de vista, siendo ésta una de las ventajas de dicha clase de divorcio.

3.5.2 Divorcio por causa determinada

Es el divorcio que forzosamente necesita invocar una causal determinada para concretarse, es decir para disolver el vínculo matrimonial no queda al simple acuerdo de



los cónyuges, debe fundamentarse en una causa precisa para demandar la disolución del vínculo conyugal. También se le denomina divorcio forzado u ordinario y doctrinariamente se dice que es el típico divorcio absoluto o vincular.

“Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando, sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura, también se tiene la facultad de disolver el vínculo matrimonial. En este caso, la acción se concede al cónyuge sano”.⁴³

El Artículo 155 del Código Civil describe las causales que puede invocar el cónyuge inculpable, y este es el cónyuge que no ha dado causa para el divorcio, quien tiene la facultad de demandar la disolución del vínculo conyugal en forma unilateral ante un juez de primera instancia del ramo de familia, conforme a las reglas de competencia y jurisdicción establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley del Órgano Judicial.

Legalmente, se tropieza con limitantes para obtener judicialmente la declaración del divorcio ordinario, siendo que al existir una actitud pasiva del cónyuge demandado no puede declararse el divorcio o la separación por configurarse el allanamiento de dicha parte, en perjuicio o detrimento económico de la mujer y de los hijos menores de edad comunes. Tampoco puede decretarse el divorcio o la separación, por la simple confesión

⁴³ Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, **Ob. Cit**; pág. 150.



de la parte demandada sobre la causa que la motiva, ya que carece de mérito probatorio la confesión de las partes en esta clase de divorcio.

3.6 Causales para obtener el divorcio por causa determinada

En el Artículo 155 del Código Civil se enumeran las siguientes:

1. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.
2. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general la conducta que haga insoportable la vida en común.
3. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.
4. La separación o abandono voluntario del hogar conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.
5. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.
6. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.
7. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que esta legalmente obligado.
8. La disipación de la hacienda doméstica.
9. Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
10. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.



11. La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor a cinco años de prisión.
12. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.
13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.
14. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción.
15. Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

En el caso de las once primeras causales para su estudio y análisis correspondiente se debe entender como causales culpables, traducido en la culpabilidad que recae en uno de los cónyuges, quien no puede solicitar el divorcio por haber incurrido en culpabilidad, y en el caso de las causales de la doce a la quince, debe entenderse como causales inculpables, traducido en que cualquiera de los cónyuges puede invocarlas, no existe parte culpable.

A las causales de divorcio contenidas en el Artículo relacionado doctrinariamente se les conoce con el nombre de causales de divorcio forzado, por estar predefinidas por el legislador en el Código Civil, y además porque facultan al cónyuge inculpable a solicitar el divorcio o disolución del vínculo conyugal al configurarse alguna de estas causales a su caso concreto.



Para el presente estudio merece especial atención las causales número 4 y 15, las cuales se analizan a continuación:

Causal 4. La separación o abandono voluntario del hogar conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.

Refiere esta causal a una separación de hecho, causal que lleva implícito dos supuestos. El primer supuesto describe que la separación o el abandono de la casa conyugal debe ser voluntario; y el segundo supuesto puntualiza que la ausencia debe ser inmotivada, sin razón que la justifique. Para plantear demanda ordinaria de divorcio bajo estos dos supuestos no es necesario obtener previamente la declaración judicial de ausencia.

En este caso sólo está legitimado para invocar esta causal el cónyuge que no abandonó el hogar conyugal en juicio ordinario, pero cabe también la posibilidad que lo soliciten ambos cónyuges de común acuerdo o por mutuo consentimiento. Hay que hacer énfasis que esta causal no se refiere al abandono absoluto que hace un cónyuge del otro, aún conviviendo bajo un mismo techo, que cotidianamente se da de hecho, que es difícil de comprobar. El abandono del hogar conyugal por más de un año, si es más fácil de acreditar en juicio.

Hay que diferenciar el abandono o ausencia del simple alejamiento del hogar conyugal, por motivos altamente justificables, tales como enfermedad de uno de los cónyuges que amerite internamiento por un período prolongado de tiempo en un sanatorio. Esta causal en juicio, amerita comprobación, pudiendo utilizar como prueba documental las actas



notariales de presencia, las declaraciones de parte de una de las partes, inclusive declaraciones testimoniales, o en su caso la confesión judicial.

La causal mencionada contiene implícitamente dos presunciones legales: el matrimonio ha fracasado cuando los cónyuges viven separados más de un año, y ambos o uno de ellos solicitan el divorcio, y una solución a dicho fracaso constituye solicitar disolver el vínculo conyugal por medio de la figura jurídica del divorcio, y debe solicitarse durante la ausencia o abandono del cónyuge demandado.

Causal 15. Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

En esta causal uno o ambos cónyuges previamente deben haber solicitado la separación de personas o de cuerpos, ante un juez de primera instancia del ramo de familia, siendo el objeto de su solicitud disolver únicamente la unión conyugal, no así el vínculo conyugal o unión matrimonial, por una u otra razón, ya sea por abrigar la esperanza de una reconciliación posterior, para reconsiderar su decisión, o darse un tiempo prudente que les permita analizar la desavenencia conyugal y tomar las decisiones con madurez, pero si la reconciliación no se lleva a cabo, entonces la misma ley les faculta para que la sentencia de separación obtenida en sentencia firme, y una vez se encuentre firme o ejecutoriada sea utilizada como medio de prueba documental para solicitar el divorcio o disolución del vínculo matrimonial en forma definitiva.

Se caracteriza esta causal, porque están legitimados para invocarla cualquiera de los



cónyuges, como excepción a la inculpabilidad de las partes, pues en el presente caso ambos son culpables al haber aceptado tácitamente la separación uno del otro, la cual debe ser solicitada dentro de los seis meses de haberse obtenido la sentencia judicial de separación, y que esta haya estado firme y no tenga recurso pendiente que resolver de acuerdo a lo preceptuado en el Artículo 158 del Código Civil.

3.7 Efectos propios del divorcio

Como efectos propios del divorcio se encuentran los siguientes:

- a) Disolución del vínculo conyugal. Una vez decretado por sentencia firme, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 161 del Código Civil.
- b) La mujer culpable o no, pierde el derecho de usar o continuar usando el apellido del marido, así lo establece el Artículo 171 del Código Civil.
- c) Se extingue el parentesco por afinidad, conforme el Artículo 198 del Código Civil, pero no se extingue para los efectos de contraer nuevo matrimonio ya que subsiste en el primer grado, así lo preceptúa el Artículo 88 del mismo ordenamiento legal, al disponer que tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad.
- d) Para los ex cónyuges se extingue totalmente el derecho a sucesión intestada.



3.8 Efectos comunes de la separación y del divorcio

Dichos efectos, conforme el Artículo 159 del Código Civil, son los siguientes:

- 1º. Liquidación del patrimonio conyugal, que procede al estar firme la sentencia declarativa de la separación o el divorcio, y a cuyo efecto se liquidará el patrimonio conyugal en los términos prescritos por las capitulaciones, por la ley o por las convenciones que hubieren celebrado los cónyuges, así lo establece también el Artículo 170 del Código Civil.
- 2º. Derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso. Por el contrario, el cónyuge culpable pierde el derecho a recibir alimentos.
- 3º. La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo, y haya petición expresa de parte interesada.

3.9 Proyecto de convenio de bases de divorcio por mutuo acuerdo o mutuo consentimiento

Preceptúa el Artículo 163 del Código Civil que cuando la separación o el divorcio se solicite por mutuo consentimiento, los cónyuges deben presentar un proyecto de convenio denominado de bases de divorcio, el cual debe contener los siguientes puntos:

- 1º. A quien de los cónyuges se habrán de confiar los hijos nacidos en el matrimonio.



En cuanto a la custodia o guarda de los hijos, es cierto que sus progenitores pueden convenir o disponer a quién de ellos se habrán de confiar, el juez, por causas graves y motivadas, podrá resolver en forma diferente, considerando la conveniencia y bienestar de los hijos.

2º. Por cuenta de quién de ellos deberán ser alimentados y educados los hijos; y cuando esa obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno con su manutención.

De acuerdo al Artículo 278 del Código Civil, esta obligación comprende todos los gastos que origine el desarrollo de la persona del menor de edad, o del hijo mayor de edad incapacitado legalmente, como sustento, educación, habitación, vestido y asistencia médica entre otros, derivado esto de la filiación existente entre padres e hijos.

3º. Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta careciere de rentas propias para su subvenir a sus necesidades.

Este derecho de la pensión alimenticia lo gozará la mujer inculpable mientras observe buena conducta, y no contraiga nuevo matrimonio, como lo establece el Artículo 159 del Código Civil, aunque también el marido inculpable puede gozar de dicho derecho sólo y cuando esté imposibilitado para dedicarse a trabajar, así lo estipula el Artículo 159 del Código Civil.



4°. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

El ordenamiento legal guatemalteco deja en libertad al juez que conozca del convenio, para que califique la garantía que preste el cónyuge para el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo ordenar su ampliación si ésta fuere insuficiente, al tenor de lo establecido por el Artículo 164 del Código Civil.

5°. Liquidación del patrimonio conyugal.

El patrimonio conyugal se debe liquidar según el caso:

- a) Atendiendo a las reglas contractuales de las capitulaciones originales, o de las modificaciones posteriores que hubieren hecho.
- b) Atendiendo a las normas supletorias de la voluntad de las partes (régimen económico subsidiario).

Conforme el Artículo 163 del Código Civil, es obligación establecer las bases o forma de liquidación de su patrimonio conyugal, de acuerdo al régimen que rige el matrimonio y atendiendo a las reglas contenidas en las literales a y b señaladas.



3.10 Aprobación judicial del proyecto de convenio de bases de divorcio

El juez competente ha de verificar que dicho convenio contenga la regulación legal mínima, y además ha de controlar si el convenio vulnera normas imperativas o principios constitucionales, en perjuicio de la mujer en su caso y de los hijos menores de edad e hijos incapacitados legalmente, o si adolece de un vicio de voluntad de las partes.

Si el convenio presentado a consideración de juez competente fuere denegado total o parcialmente, los cónyuges solicitantes deben someter una nueva propuesta de proyecto de convenio de bases de divorcio, buscando su aprobación, para que finalmente el juez pueda emitir la sentencia de divorcio correspondiente.

3.11 Acción judicial para obtener el divorcio de la persona declarada judicialmente ausente

Actualmente el cónyuge presente, que desea obtener el divorcio de la persona declarada judicialmente ausente, debe entablar demanda ordinaria en contra del representante judicial del ausente o del defensor judicial nombrado para el efecto, dicho cargo también puede recaer, en el guardador o en su defecto en el administrador de bienes, en todo caso en cada una de estas personas recae la responsabilidad judicial de defender los intereses del ausente en juicio.

La demanda de divorcio interpuesta por el cónyuge presente en contra del defensor judicial debe promoverse en un juzgado del ramo familiar de su domicilio, ofreciendo y



acompañando al escrito inicial la sentencia de declaratoria de ausencia que contenga el nombramiento de defensor judicial del ausente como documento justificativo y probatorio de la situación del ausente, así como ofrecer todos los demás medios probatorios establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Como se señaló, esta demanda se ventila en la vía ordinaria judicial, debiendo cumplirse con todas las fases de un proceso ordinario. La inconveniencia de aplicar esta vía radica en la larga espera que conlleva el trámite, ocasionada en parte por el volumen de trabajo existente en los distintos juzgados, y porque dicho proceso debe cumplir con todas las fases del proceso ordinario, siendo innecesaria la espera, al no existir oposición de la parte interesada al respecto, de manera que deviene injustificable.

3.12 El concubinato

3.12.1 Definición

“Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no sólo respecto de la pareja, y de los hijos, sino también en relación con los parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones más o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos, o bien se los ha otorgado en términos muy limitados. Una unión con estas características es el concubinato, por el cual podemos entender la unión libre y



duradera entre hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales”.⁴⁴

“La comunicación o trato de un hombre con su concubina; o sea, con su manceba o mujer que vive y cohabita con él como si fuese su marido. En realidad, el concubinato, en lo que afecta a la relación entre el concubinario y la concubina, no suele producir en las legislaciones efectos jurídicos de ninguna clase, aún cuando pudieran tenerlos en relación a los hijos nacidos de esa unión libre. Sin embargo, en la doctrina se abre cada día más el camino que señala la necesidad de regular esa clase de relaciones; en primer término, porque parece cruel privar de todo derecho a la pareja que ha mantenido su unión a veces durante toda una vida, y que la mujer ha contribuido al cuidado del hogar y a su sostenimiento igual que una esposa; y en segundo término, porque concede al concubinario un trato de preferencia comparativamente al marido en una relación matrimonial; ya que frente a terceros que probablemente los creían matrimonio, se libra de todas las obligaciones derivadas de los actos de la mujer”.⁴⁵

Por consiguiente, el concubinato en sentido amplio constituye la cohabitación de un hombre y una mujer sin la ratificación del matrimonio. En su sentido restringido, el concubinato es una forma de poligamia en la cual la relación matrimonial principal se complementa con una o más relaciones sexuales.

⁴⁴ Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, **Ob. Cit**; pág. 121.

⁴⁵ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 145.



3.13 La separación de hecho del cónyuge inculpable y la unión extramatrimonial con tercera persona

En Guatemala se encuentran muchos casos de cónyuges separados sin haber gestionado previamente sentencia de separación ante juez competente, derivado por una parte porque uno de los cónyuges ha abandonado el hogar conyugal o ha emigrado hacia el extranjero, en ambos casos el cónyuge por alguna razón, ya no regresa, se pierde la comunicación total conforme pasan los años, y por ende se ignora su paradero, en perjuicio del cónyuge que espera su retorno, ya que el cónyuge ausente no ha dejado constituido mandatario judicial que lo represente en el país, configurándose de esta forma la ausencia, transcurren los años y el cónyuge presente no tramita la declaratoria de ausencia, y tampoco solicita el divorcio del cónyuge ausente, ya sea por desconocimiento del trámite adecuado, o por la onerosidad de ambos trámites.

Como se señaló, transcurren los años, y el cónyuge presente decide formar nuevo hogar e inicia vida en común con tercera persona, mantiene convivencia maridable bajo la figura de unión extramatrimonial, y es más procrea hijos fuera de matrimonio, configurándose jurídicamente un nuevo problema, ya que los hijos procreados por la cónyuge presente en el caso de la mujer, se presumen legalmente hijos del cónyuge ausente, que sin duda biológicamente no son hijos del cónyuge ausente, aunado a esto se tropieza con otro problema, estos hijos no pueden ser reconocidos por su padre biológico en forma mediata o directa, por estar legalmente casada la madre de esos niños con el cónyuge ausente, lo que deriva en nuevos problemas jurídicos si el padre biológico no responde a sus obligaciones alimenticias en forma voluntaria, pues sus hijos menores de edad o en su



caso incapacitados se ven perjudicados, al no poder demandar legalmente sus derechos ante juez competente, en detrimento de los intereses económicos de los niños.

La problemática señalada de hecho existe, y aumenta conforme se incrementa la emigración de guatemaltecos hacia el extranjero, como una de las causales de la figura jurídica de la ausencia, problemática ignorada por el legislador por mucho tiempo, en virtud que la legislación al respecto ya se había quedado corta hasta hace poco tiempo, obviando el legislador dar solución en forma íntegra a dicha problemática, pese a algunas reformas legales efectuadas recientemente, pero el problema no se resuelve del todo, es decir tales reformas no solucionan totalmente dichas situaciones jurídicas, ya que solventa únicamente asuntos relacionados con el reconocimiento de hijos, obligación alimenticia, pero no remedia el estado civil de la madre, y la situación del niño que se encuentra viviendo bajo un hogar desintegrado, que es lo que más le perjudica psicológicamente.

Como se menciona en el párrafo que antecede, si el cónyuge separado de hecho del cónyuge ausente, que vive en unión extramatrimonial con tercera persona desea solucionar su situación jurídica, y la de sus hijos procreados con el nuevo o la nueva conviviente, en primer lugar debe plantear ante juez competente diligencias de declaratoria de ausencia de su cónyuge, diligencias que se tramitan en un lapso mínimo de nueve meses a un año y medio por lo menos; y una vez se obtenga el auto declaratorio de ausencia debe efectuar un segundo trámite, que consiste en demandar el divorcio del cónyuge ausente en la vía ordinaria, y al no haber oposición al respecto le conlleva una espera de un año y medio como mínimo. Entre ambas diligencias denotamos que el cónyuge solicitante debe esperar por lo menos tres años, sin mencionar que cada trámite o



diligencia tiene un costo distinto, que bien podrían ser de unos tres mil quetzales (Q. 3,000.00) para las diligencias de declaración de ausencia, y en forma económica unos diez mil quetzales (Q. 10,000.00) para una demanda ordinaria de divorcio; sumadas ambas erogaciones, le significan al cónyuge presente aparte de la larga espera, un costo o erogación total de trece mil quetzales (Q. 13,000.00), suma considerable que difícilmente tiene, considerando que por lo general se encuentran bajo esta situación personas de un status económico bajo o medio.

Cuando el interesado en las diligencias en cuestión no cuenta con medios económicos suficientes, puede solicitar los servicios gratuitos de los bufetes populares adscritos a las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las distintas universidades del país, que prestan sus servicios en forma gratuita, aún así el cónyuge presente debe sufragar los gastos obligatorios concernientes al pago de publicaciones, o certificaciones que deben acompañarse a cada solicitud, erogación que deberá efectuarse en forma inmediata, y es probable que tampoco cuente con dichos gastos mínimos.

Reiterando, dada la onerosidad de ambos trámites la o el cónyuge presente opta por no realizarlos, en perjuicio propio y de los hijos procreados con el conviviente en unión extramatrimonial, quienes se ven perjudicados psicológica y patrimonialmente al no poder acceder al apellido del padre biológico tan fácilmente, dado que legalmente esos hijos se presumen hijos del marido ausente, así lo regula el Artículo 199 del Código Civil, en detrimento de los intereses de esos hijos que se encuentran en una situación jurídica que no estaba reconocida legalmente, y que el legislador trató de enmendar o solucionar como



se desarrolla más adelante, pero aún así no se resuelve el problema en su totalidad por ser todavía algo inalcanzable al no contar con los suficientes recursos económicos.

Por lo regular, la demanda ordinaria de divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente, requiere del auxilio de dos abogados, uno para que represente al cónyuge presente, y el otro para que represente al defensor judicial. Para el efecto debe invocarse la causal señalada en el Artículo 155 numeral 4º del Código Civil que preceptúa: "Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio: ...4º. La separación o el abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.", pero este tipo de diligencias conlleva una espera considerable de tiempo para el solicitante, debiendo justificar o comprobar esta causal con el medio de prueba documental más indicado, en este caso la certificación de la declaración judicial de ausencia que debió tramitarse previamente.

Con el fin de facilitar el divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente, es necesario contar con una norma legal específica que regule, facilite y agilice este tipo de diligencias, ya que conocer y tramitar este tipo de divorcio en la vía ordinaria resulta ser sumamente oneroso, lento y tedioso para el cónyuge solicitante. Es más, dada la onerosidad y tardanza que conlleva dichos trámites, muchas personas interesadas en los mismos, obvian efectuar esas diligencias, en perjuicio de terceros interesados, radicando en ello la necesidad de actualizar la legislación civil al respecto, intentos que se han dado a través del Decreto 39-2008 que entró en vigencia el 26 de agosto de 2008, cuyo objeto constituye facilitar la filiación del niño con su padre biológico, para que pueda demandar la obligación alimenticia si fuere denegada por aquél.



La emisión de la ley referida en el párrafo anterior, no resuelve totalmente la situación de los niños procreados bajo esas condiciones, porque no basta con impugnar la paternidad del progenitor, sino que el niño crezca en un hogar integrado, reconocido legal y socialmente, se lograría esto si a su señora madre se le otorgara legalmente su estado de soltería en una forma más rápida, este objetivo se alcanzaría si el divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente se tramitara en la vía voluntaria judicial, traducido en un divorcio por mutuo consentimiento siempre en la vía judicial.

Procesalmente, existen dos partes, una parte lo constituye el actor o sea el cónyuge presente, y la otra parte lo constituye el cónyuge demandado representado por el defensor judicial nombrado para el efecto, en quien recae la responsabilidad legal de velar por los intereses del ausente, y ambos deben ser auxiliados por su respectivo abogado.

Para coadyuvar a resolver la problemática señalada es necesario que exista un fundamento legal específico que permita reducir el período de tiempo del trámite del divorcio, ya que en la vía voluntaria judicial el divorcio es obtenido en un lapso mínimo de tres meses, asimismo se espera minimizar los costosos honorarios que tenga que desembolsar el cónyuge solicitante de las diligencias en una demanda ordinaria de divorcio.

Es más, de conocerse el divorcio en la vía voluntaria se alcanzaría el objetivo de los principios de economía y celeridad procesal en beneficio del sistema de justicia y del solicitante, pues para este último, una demanda de divorcio por mutuo consentimiento le significaría una erogación mínima de tres mil quetzales (Q. 3,000.00); que sumados a los



honorarios pagados por el trámite de declaratoria de ausencia, que por los menos significan unos tres mil quetzales (Q. 3,000.00); en total estaría erogando seis mil quetzales (Q. 6,000.00), suma mínima en comparación a los trece mil quetzales (Q. 13,000.00) que le costaría obtener el divorcio tramitado en la vía ordinaria, indudablemente existe una disminución considerable de costos que justifican conocer el trámite de divorcio del cónyuge declarado ausente en la vía voluntaria judicial.

3.14 Resumen de la reforma al Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe de Gobierno

Ante los problemas suscitados por la inexistencia de legislación al respecto, con fecha 25 de agosto de 2008, el Congreso de la República de Guatemala emitió el Decreto 39-2008, denominado: “Reforma al Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de Gobierno”, vigente a partir del día 26 de agosto de 2008, que reforma los Artículos 200 y 221, reformas que pretenden dar una solución legal a la situación que viven los niños que no son reconocidos por su padre biológico en forma voluntaria por una u otra razón.

La reforma referida establece que contra la presunción de la paternidad no se admite otras pruebas que la prueba molecular genética del ácido desoxirribonucleico (ADN), así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia.



Asimismo, regula la reforma que la paternidad también puede ser declarada cuando el resultado de la prueba biológica, del ácido desoxirribonucleico (ADN), determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario.

La prueba del ácido desoxirribonucleico (ADN), debe ser ordenada por el juez competente para el efecto, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter pública o privada, nacional o extranjera especializada en dicha materia. Este medio de prueba, debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad. En juicio de impugnación de paternidad o maternidad (el cual se ventila en la vía ordinaria), es admisible en iguales condiciones y circunstancias, la prueba relacionada.

La reforma relacionada deja en libertad a las madres que se encuentran bajo las circunstancias mencionadas en la presente investigación, puedan impugnar o probar la paternidad del padre biológico sin necesidad de obtener el divorcio, bastando para ello, se interprete obtener previamente la declaratoria de ausencia del cónyuge ausente, aunque la ley no es muy clara al respecto, pues se refiere únicamente a la ausencia sin detallar si ésta debe ser declarada ante juez competente o no.

El espíritu de los considerandos de la ley son loables, desde el punto de vista constitucional que todos los guatemaltecos tienen igualdad de derechos, y que el Estado debe proteger a la familia, considerando además que existen infinidad de casos de niños que no son reconocidos por sus padres biológicos en forma voluntaria, que existe



paternidad irresponsable, que muchos niños pierden la oportunidad de demandar pensión alimenticia de su padre, y que quizás no lo conozcan. También es cierto que dicho decreto vino a resolver la situación de los hijos de la madre casada con cónyuge ausente, y que aquella ha formado nuevo hogar, bastando para el efecto únicamente con la obtención de la declaratoria de ausencia del cónyuge, con ello facilitar el derecho de los niños a demandar judicialmente los alimentos de su verdadero padre.

La parte negativa del decreto referido, tiene lugar en aquellos casos en los cuales los hijos son procreados por padres casados, no entre si, sino con cónyuge distinto, que si viven juntos o en hogar legalmente integrado, sin embargo el alcance de la ley no se midió en este aspecto, dejando abierto también el hecho de poder demandar al padre biológico casado con otra persona, pero cabe la pregunta qué pasará con el presunto padre dentro de la figura de matrimonio, al respecto existe la opinión que el decreto referido viene a atacar contra la unidad familiar, que dicho decreto también puede afectar núcleos familiares, hogares integrados, que por un desliz o infidelidad de la madre o del padre se verán afectados emocionalmente, los hijos habidos en matrimonio.

Se analiza que se verán destruidos no sólo un hogar sino dos hogares con dicha normativa, ya que por un lado sufrirán los hijos procreados con su cónyuge, y a su vez, por el otro lado sufrirá el propio hijo reconocido por el padre biológico ajeno al núcleo familiar de aquél; o en su caso el niño que nació bajo un núcleo familiar, y que su padre biológico pertenece a otro núcleo familiar, pues al crecer el niño con un apellido paterno ajeno a su núcleo familiar, le perturbaría su estado mental o emocional al saber que el es un hijo concebido en adulterio de la madre. Del mismo modo existe la opinión que dicha



situación le puede ocasionar problemas psicológicos, no sólo a él, sino también a los hijos habidos en ambos hogares conyugales, por lo que el alcance de tal precepto legal no se midió en ese sentido, siendo de suma importancia que se delimite, pues como se establece anteriormente no basta con tener un apellido, sino crecer en un hogar integrado, cuando ambos padres, pertenecen a núcleos familiares distintos.

3.15 Consecuencias que conlleva la omisión del trámite de divorcio del cónyuge declarado ausente.

3.15.1 Para el cónyuge presente

- a) No poder contraer matrimonio con el o la actual conviviente en unión extramatrimonial.
- b) No poder acceder a utilizar el apellido del conviviente en unión extramatrimonial (en el caso de la mujer).
- c) No poder suceder al conviviente en unión extramatrimonial.
- d) No poder demandar alimentos para sí misma del conviviente en unión extramatrimonial.
- e) En ningún caso poder declarar unión de hecho legalmente.
- f) Vivir en unión extramatrimonial con su conviviente.



3.15.2 Para los hijos procreados con el conviviente

- a) No ser reconocidos por su padre biológico, sino hasta que se impugne la paternidad o se solicite la prueba de ADN, pero no le garantiza al hijo crecer en un hogar conyugal integrado legalmente.
- b) Presumirse que son hijos del ausente hasta que no se impugne la paternidad o se realice la prueba de ADN.
- c) Llevar un apellido que no les corresponde hasta que no se impugne la paternidad o se realice la prueba de ADN.
- d) No poder acceder al apellido de su padre biológico sino hasta que judicialmente se declare en una sentencia de impugnación de paternidad o se realice la prueba de ADN.
- e) No tener derecho a alimentos, pues el padre ausente desconoce su existencia y ante la inexistencia de bienes no puede demandarlo, y tampoco puede demandar al padre biológico por no estar reconocido, sino hasta que se obtenga sentencia de impugnación de paternidad o se realice la prueba de ADN.
- f) Problemas de tipo psicológico pues no cuenta con la figura paterna reconocida legalmente del padre biológico hasta que no se demande la misma.



- g) No poder suceder a su padre biológico sino hasta que impugne la paternidad realice la prueba de ADN.
- h) No poder obtener pensiones de seguro social de su padre biológico hasta que impugne la paternidad de este o se realice la prueba de ADN.

3.16 Diligenciamiento judicial de una demanda de divorcio por mutuo consentimiento

El trámite judicial para obtener el divorcio por mutuo consentimiento es el siguiente:

3.16.1 Escrito inicial

Cabe recordar que en los expedientes de jurisdicción voluntaria no se exigen mayores formalidades, y en el presente caso por tratarse de una demanda de divorcio por mutuo consentimiento debe cumplirse con los requisitos contenidos en el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, y además que el escrito debe ir auxiliado por dos abogados, uno para cada parte.

Al primer escrito hay que acompañar los medios de prueba documentales siguientes: 1º. Certificación de partida de matrimonio. 2º. Certificación de partida de nacimiento tanto de los hijos mayores y menores de edad de ambos, y de la partida de defunción de los que hubieren fallecido. 3º. Las capitulaciones matrimoniales si se hubieren celebrado. 3º.



Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio. 4º. Garantizar la pensión alimenticia con constancia de ingresos.

En la práctica los litigantes acostumbran acompañar el convenio de bases de divorcio, pero no es necesario, puesto que puede acompañarse posteriormente.

3.16.2 Medidas cautelares

Se autorizan cuando fuere necesario y alguna de las partes lo solicitaren, constituyendo potestad del juez ordenar toda clase de medidas cautelares que considere pertinentes sin más trámite, protegiendo siempre los intereses de la parte más débil, y sin necesidad de prestar garantía, así lo establece la Ley de Tribunales de Familia.

El Código Procesal Civil y Mercantil establece que en la primera solicitud, el juez puede decretar la suspensión de la vida en común y determinar provisionalmente quien de los cónyuges se hará cargo de los hijos, así como cual será la pensión alimenticia que éstos y a la mujer corresponda. Además establece que el juez puede dictar todas las medidas cautelares convenientes al tenor de lo establecido en el Artículo 427 del Código referido.

El Artículo 168 del Código Civil regula que el juez puede dictar las medidas precautorias que considere pertinentes a pedido de una de los interesados o en determinado caso cuando la situación lo amerite sobre nuevos hechos en beneficio de los niños.



3.16.3 Junta conciliatoria

El Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil preceptúa que el juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días.

Las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas cada una por su abogado patrocinante. Esta etapa es importante porque de ella depende la continuidad del proceso. Las partes deben ratificar su solicitud, luego el juez les hace reflexionar acerca de su decisión, si estos se avienen, dictará sobreseimiento, y si alguna de las partes se encuentra fuera del país, debe dejar mandatario constituido y acreditar dicho hecho documentalmente.

En el caso de incomparecencia por cualquier razón, las partes pueden solicitar por escrito al señor juez, señalar día y hora para que tenga verificativo dicha junta conciliatoria, cuantas veces fuere necesario.

3.16.4 Convenio

En la práctica procesal también se le denomina convenio de bases del divorcio o de separación, y este se puede presentar al inicio con la solicitud, también puede presentarse previamente al dictarse sentencia. Los requisitos que debe contener el convenio se encuentran en el Artículo 429 y su aprobación en el Artículo 430 ambos del Código Procesal Civil y Mercantil, y este requiere la aprobación judicial, asimismo el Artículo 164



del Código Civil también regula que el juez debe calificar el convenio, y requerir otros requisitos si lo considera necesario.

3.16.5 Sentencia

De acuerdo al Artículo 431 del Código Procesal Civil y Mercantil, el juez debe dictar la sentencia correspondiente, hecho extraordinario de un expediente de jurisdicción voluntaria, y una vez cumplidos todos los requisitos e inscritas las garantías hipotecarias, y etapas de esta clase de juicio, la misma debe dictarse dentro de ocho días, la que resolverá todos los puntos del convenio. La sentencia si fuere desfavorable a las partes, es apelable.

3.16.6 Reconciliación

El artículo 432 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que en cualquier fase del juicio, y aún después de dictada la sentencia las partes pueden reconciliarse y dejar sin efecto la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento. La misma puede realizarse por medio de solicitud presentada al juez la cual debe contener la firma legalizada, por comparecencia personal, o por escritura pública.

3.16.7 Inscripción en los registros

Una vez dictada la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo, el juez dentro de tercer día de dictada y estando firme, remite la certificación de la misma para su inscripción al Registro



Civil de las Personas adscrito al Registro Nacional de las Personas, la cual debe inscribirse dentro de los 30 días siguientes a estar firme la sentencia de divorcio, de acuerdo al Artículo 70 literal f) y Artículo 84 de la Ley del Registro Nacional de las Personas (RENAP), y si hubiere bienes inscribibles el juez emite certificación de la resolución dictada para que se proceda a realizar la anotación debida en los registros correspondientes del Registro General de la Propiedad .

3.17 Trámite judicial de una demanda ordinaria de divorcio por causal determinada

3.17.1 Escrito inicial

Es el acto introductorio de la acción de divorcio, mediante relato de hechos e invocación del derecho, el o la actora determina su pretensión de obtener el divorcio, este escrito debe cumplir con los requisitos contenidos en los Artículos 61 y 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, así como lo establecido en los Artículos 63 al 79 del mismo ordenamiento legal. Toda demanda debe contener tres partes, introducción, cuerpo y cierre. Debe presentarse ante un juzgado de primera instancia del ramo de familia del domicilio, adjuntando sus correspondientes copias y medios de prueba.

3.17.2 Emplazamiento

Se define como el tiempo que el juez otorga al demandado para que tome una actitud frente a la demanda, de acuerdo al Artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil, es



de nueve días hábiles, plazo en el cual el demandado debe tomar una actitud frente al actor. El emplazamiento es un plazo no perentorio, que permite al demandado contestar la demanda, aún fuera del plazo de los nueve días, si no ha sido acusada su rebeldía.

3.17.3 Interposición de excepciones previas

Denominadas en doctrina excepciones dilatorias, a través de ella se extiende o retarda el acto de contestación, su finalidad radica en depurar el proceso frente a la falta de presupuestos procesales, el demandado hace valer al juez la inexistencia de requisitos que impiden conocer el fondo de la pretensión de divorcio, se denominan previas porque deben resolverse antes que la pretensión principal. Estas excepciones son nominadas, y se encuentran reguladas en los Artículos 116 y 117 del Código Procesal Civil y Mercantil, deben ser interpuestas dentro de los seis días siguientes de notificado el demandado, de acuerdo al Artículo 120 del mismo ordenamiento legal y se tramita en la vía incidental.

3.17.4 Actitudes del demandado

Frente a la demanda de divorcio interpuesta por la parte actora y con exclusión de la etapa de la depuración que se obtiene por la interposición de las excepciones previas ya mencionadas, el cónyuge demandado puede tomar las siguientes actitudes:

a) Actitud pasiva (rebeldía)

Esta se configura cuando el cónyuge es demandado y notificado para comparecer a juicio,



no lo hace dentro del plazo de emplazamiento. Se configura la rebeldía cuando transcurrido el plazo de nueve días del emplazamiento, el demandado no comparece a juicio. Caso en el cual se tiene por contestada la demanda en sentido negativo, y se continúa el proceso en su rebeldía a petición de parte.

b) Actitud activa afirmativa (allanamiento)

El cónyuge demandado comparece a juicio, no negando sino aceptando la pretensión del actor formulada en la demanda en este caso, configurándose el allanamiento. En este caso el juez fallará sin más trámite, como lo establece el Artículo 115 del Código Procesal Civil y Mercantil.

c) Actitudes negativas:

c.1) Contestación negativa de la demanda

El cónyuge demandado comparece a juicio dentro del plazo legal o aún después, sino ha sido acusado de rebeldía negando en forma expresa los hechos y por supuesto la pretensión del actor, en esta actitud el demandado se limita a negar los hechos ofrecidos por el actor, sin aportar nuevos hechos en su defensa.

c.2) Interposición de excepciones perentorias



En este caso el cónyuge demandado no se concreta a negar los hechos controvertidos de la demanda, sino incorpora a la vez otros hechos en su defensa, mismos que pueden ser impositivos, cuyo efecto jurídico pretendido por el actor en su demanda a través de alegatos con fundamento en una norma opuesta a la norma en que se funda. Pueden ser hechos extintivos que no niegan los hechos constitutivos de la demanda, pero se ofrecen otros que destruyen el efecto jurídico de la pretensión del actor. También pueden ser hechos excluyentes cuando el demandado no niega la realidad de los hechos alegados por el actor ni las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, pero puede alegar en su defensa otro derecho.

c.3) Reconvención

Es la contra demanda que interpone el cónyuge demandado, siendo requisito que la pretensión que se ejercita tenga conexión por razón del objeto o del título con la demanda, y debe seguirse por la misma vía de la interposición del escrito inicial.

3.17.5 Período de prueba

De acuerdo al Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, quien pretenda algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión, y quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impositivas de su pretensión.



Las partes deben probar los hechos controvertidos, proponerlos en el período de prueba, posteriormente el juez, los diligencia, y finalmente los valora para poder dictar la sentencia correspondiente.

El período ordinario de prueba es de 30 días, y se pueden ampliar en 10 días más, también existe un período extraordinario de hasta 120 días, en el evento de existir prueba fuera del país, conforme se regula en los Artículos 123 y 124 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.17.6 Vista y alegatos

De acuerdo al Artículo 142 de la Ley del Órgano Judicial la vista debe verificarse dentro de los 15 días después de efectuado el último trámite, es decir al concluir el período probatorio. Se señala día y hora para la vista, como lo establece el Artículo 196 del Código Procesal Civil y Mercantil, audiencia en la cual se deben presentar por escrito o de palabra sus respectivos alegatos si los hubiere, la vista también puede ser pública si así se solicitare.

3.17.7 Auto para mejor fallar

Este es optativo para el juez, y debe llevarse a cabo antes que se dicte la sentencia correspondiente, se realiza en un plazo de 15 días, cuando existe duda respecto alguna prueba o algún hecho que tiene claridad, el mismo se encuentra regulado en el Artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil, y para el efecto el juez puede acordar:



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

Estas resoluciones no admiten recurso alguno.

3.17.8 Sentencia

Constituye un acto jurídico, que emana del órgano jurisdiccional, por el cual se da una solución a la controversia, en el presente caso a la demanda ordinaria de divorcio por causal determinada, también se dice que es el documento que contiene el texto de dicha resolución.

El juez debe dictar la sentencia correspondiente debiendo decidir el fondo del asunto principal, resuelve el asunto o la controversia contenida en la solicitud inicial, se dicta después de efectuada la vista, vencido el plazo del auto para mejor fallar, en un plazo de 15 días, cumpliendo los requisitos establecidos en el Artículo 147 de la Ley del Organismo Judicial, complementándose con el Artículo 143 del mismo ordenamiento legal.



3.17.9 Inscripción en los registros

Una vez dictada la sentencia ordinaria de divorcio, el juez de primera instancia dentro de tercer día de dictada, y estando firme, remite la certificación de la misma para su inscripción al Registro Civil de las Personas adscrito al Registro Nacional de las Personas, tal como lo establece el Artículo 70 literal f) y Artículo 84 de la Ley del Registro Nacional de las Personas (RENAP), para que una vez inscrito el hecho del divorcio surta todos sus efectos jurídicos



CAPÍTULO IV

4. La declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento ante su falta de regulación y la conveniencia de adicionar una norma que lo disponga dentro del Código Civil guatemalteco

4.1 Justificación

El Código Civil, Decreto - Ley número 106 fue emitido por el Jefe del Gobierno de la República de Guatemala de Enrique Peralta Azurdia, y entró en vigencia el 1º. de julio de 1964, contando a la fecha dicho Código con más de 44 años de haber sido promulgado, indudablemente en la fecha en que entró en vigor tal ordenamiento legal sustantivo cumplía con su objetivo de ser novedoso, moderno, y eficiente en cuanto a las instituciones, y trámites jurisdiccionales inmersos en el mismo, pero con el transcurso de los años, el aumento poblacional desenfrenado, así como situaciones que han mermado la capacidad de los tribunales de justicia para dar trámite eficiente a los procesos judiciales, por lo que la eficacia de los mismos se ha visto limitada, a pesar del esfuerzo que realizan las autoridades que tienen a su cargo la administración del sistema de justicia para dar cumplimiento a la demanda de servicios jurisdiccionales.

La visión de los legisladores al emitir el Código Civil en aquel momento fue certera, futurista y desarrollada, prueba de ello es que a la fecha muchas instituciones, trámites y procedimientos jurisdiccionales contenidos en tal Código, aún cumplen el objetivo inicial,



pese a ello como se señala en el párrafo que antecede, la gran demanda que tienen los tribunales de justicia a la fecha ocasiona congestión en los trámites.

No obstante, en los últimos años las autoridades que administran el sistema de justicia han realizado lo humanamente posible por modernizarlo, y una de las medidas ha sido crear más juzgados del ramo familiar en toda la república, se han emitido leyes que han permitido ampliar las competencias de los juzgados de paz con el afán de descongestionar la labor de los juzgados de orden familiar, asimismo se han adoptado medidas internas y externas para lograr su descongestión, se han desconcentrado diversas funciones judiciales con el fin de obtener celeridad procesal y maximización de esfuerzos, pero dichas medidas aún así se quedan cortas, ya que los problemas de lentitud del trámite de los juicios continúan.

Inclusive se han emitido leyes que han permitido que asuntos conocidos en la vía voluntaria judicial sean conocidos en la vía voluntaria notarial, cambios que han resultado ser sumamente beneficiosos, con ello se comprueba que la Corte Suprema de Justicia ha hecho lo posible por descongestionar la labor jurisdiccional, y ha resultado funcional, siendo conveniente que se continúen realizando cambios que permitan resolver problemas jurídicos que se han quedado a la zaga, que aumentan día a día, los que pueden ser conocidos siempre dentro de los mismos órganos jurisdiccionales de orden familiar.

A pesar de la visión futurista con que fue emitido el Código Civil vigente, existen muchos trámites que deberían conocerse o incluirse en otras vías procesales, tal es el caso del divorcio ordinario por causal determinada del cónyuge declarado judicialmente ausente,



contenido en el Artículo 155 numeral 4° del Código Civil que preceptúa lo siguiente: “Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio: 4°. La separación o el abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada por más de un año”.

Es recomendable que el trámite judicial en cuestión sea incluido en otra vía procesal, justificándose la misma en que estas diligencias conllevan un período de espera prolongado de no menos de un año y medio, o más si es posible, que deriva en onerosidad para el solicitante de las diligencias, considerando que previamente al solicitar el trámite del divorcio en la vía ordinaria, ha existido un trámite de declaración de ausencia promovido ante un juzgado de primera instancia pero del ramo civil, que también le ocasionó al cónyuge solicitante, inversión de tiempo y erogación monetaria.

Quiere decir, que para obtener el divorcio del cónyuge declarado ausente, se deben realizar dos trámites judiciales, uno en pos del otro, engorrosos y lentos en muchos casos, suscitado en parte por la burocracia existente, y por la otra por la acumulación del trabajo que tienen los juzgados familiares, que no sólo conocen de este tipo de procesos, sino también conocen de otras clases de procesos, trámites que no le resultan nada atractivos al solicitante. Los problemas señalados justifican la necesidad que este tipo de divorcio sea conocido en una vía más corta que le permitan al solicitante beneficiarse de los principios de economía y celeridad procesal.

Se enfatiza, que el trámite del divorcio en la vía ordinaria resulta ser sumamente oneroso, engorroso, complicado y lento para el solicitante, consecuentemente existe la tendencia en obviar realizar tales diligencias, generalmente porque existe poca capacidad de pago de



parte del solicitante para sufragar los honorarios de los abogados auxiliares, en perjuicio de terceros interesados, surgiendo nuevos problemas familiares, por ejemplo pueda ser que el cónyuge presente cuente con una nueva conviviente, y sin duda haya procreados hijos fuera de matrimonio, que lógicamente no son hijos procreados con el cónyuge ausente. Es preocupante que el verdadero padre biológico no pueda reconocer a sus hijos en forma mediata, en virtud que no puede arrogarse la maternidad de mujer casada, ya en principio no puede obligársele a reconocer a sus hijos, tramitar guardas y custodias, patria potestad o reclamarle alimentos, y en última instancia aceptar sucesiones intestadas en forma mediata.

Para resolver la situación señalada, el legislador ha tratado de cubrir el vacío legal que se venía dando, a través de la emisión del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, constituyendo uno de sus fines que la mujer que haya procreado hijos extra matrimonialmente y que su cónyuge se encuentre ausente pueda impugnar la paternidad del padre biológico, sin necesidad de esperar el trámite del divorcio que hasta la fecha se ventila en la vía ordinaria. El caso es que dicha impugnación de paternidad, no resulta ser tan fácil, en virtud que el mismo debe ventilarse en la vía ordinaria, trámite que también le ocasiona espera y gastos a la cónyuge solicitante, siendo evidente que este decreto no resuelve el fondo del problema de los niños procreados con tercera persona, ya que la ley referida no le da solución justa a la situación jurídica del cónyuge presente para acceder a contraer matrimonio con su nuevo conviviente, tampoco permite que los niños procreados por ambos vivan dentro de un hogar reconocido jurídicamente por el Estado, y por la sociedad, en forma mediata, que en la mayoría de veces, es lo que más le importa a dichos niños.



Por consiguiente, la ley en cuestión resuelve únicamente la situación jurídica de los niños procreados con el padre biológico, cuando éste no cumple su obligación alimenticia, y ya no tiene convivencia maridable con la madre de tales niños. La situación en que se encuentran esos menores de edad y que se dejó de resolver por la ley referida, justifica que el trámite del divorcio conocido hasta la fecha en la vía ordinaria bajo la causal relacionada, sea conocida en la vía voluntaria judicial, cambios que devienen en beneficio para estos niños, evitando con ello el detrimento de su salud mental, al crecer en un hogar familiar no reconocido social y judicialmente.

No obstante, el legislador al emitir el Código Civil vigente, dejó abierta la posibilidad que el divorcio sea planteado por mutuo consentimiento de los cónyuges, por haber acuerdo previo al respecto, y se suscita en aquellos casos en los cuales las partes no quieren que exista contienda por ser una situación desgastante, o porque necesitan celeridad procesal, por una u otra razón, lo cierto es que estos procesos se ventilan en la vía voluntaria judicial, y por lo mismo al no existir controversia el trámite resulta ser más sencillo y rápido, dependiendo siempre del juzgado de primera instancia del ramo familiar que conozca del caso, ya que en esta vía, puede ser resuelto en un lapso mínimo de tres meses, es más resulta ser más económico.

De lo expuesto deriva, la necesidad de incluir la declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial, más que todo por la celeridad procesal y descongestionamiento que se lograría de la labor jurisdiccional de los juzgados de primera instancia del ramo de familia que conocen de tales asuntos por una parte, y por la otra, por el costo beneficio que le significaría al



cónyuge solicitante o presente que esas diligencias sean conocidas en otra vía por no existir oposición bajo ningún punto de vista, debido a que el defensor judicial nombrado para el efecto en las diligencias de declaratoria de ausencia, no tiene interés directo y muy difícilmente se opondrá, o mejor dicho no le interesa oponerse al divorcio de su representado, reiterando lo establecido en el párrafo que antecede, ya que éste no tiene ningún vínculo o intereses personales con el cónyuge presente, es decir esta figura legal existe sólo para cumplir un requisito de tipo legal y jurídico, razón por la cual se tiene la opinión que si es posible incluir la declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial.

Derivado de la necesidad de incluir la declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial, no contenciosa, y ante el vacío legal existente para efectuar el trámite en cuestión así como la falta de regulación específica, resulta conveniente adicionar una norma legal dentro del Decreto – Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, como se ha realizado con otras figuras jurídicas, misma que debe crearse con el fin de prolongar el espíritu y la finalidad que tuvo el legislador al emitir el Código Civil, vigente desde el 1º de julio de 1964, en consecuencia debiera ampliarse o restringirse algunos trámites conocidos bajo una vía, para que sean conocidas bajo otra vía, principalmente el que se señala al inicio del presente párrafo, con ello se persigue que tales trámites se encuentren acordes al momento actual, a las diversas situaciones jurídicas y económicas imperantes que se han dado en los últimos años.

Finalmente se reitera, se persigue que dichos cambios legales faciliten los trámites de



orden familiar a las partes procesales, así como también facilitarle la labor y función a los órganos jurisdiccionales que conforman el Estado, y con ello evitar incurrir en más gastos onerosos por cierto, a los litigantes y órganos estatales que intervienen en esas diligencias, y por ende beneficiar a los solicitante de las diligencias relacionadas, que de una u otra forma se ven afectados al no poder acceder a un trámite ágil, breve y económico.

4.2 Propuesta de solución

Para resolver la situación jurídica del cónyuge presente y de sus hijos procreados extra matrimonialmente, para el efecto se sugiere la adición de una norma legal específica que debería denominarse: **“Reforma por adición de norma legal relativa a la inclusión de la declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial en el Código Civil, Decreto - Ley número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala”**, reforma por adición que se cree debería ser funcional, breve, concisa y susceptible de ser conocida en jurisdicción voluntaria judicial por ser una vía no contenciosa, siendo imperiosa y urgente la necesidad que el órgano competente legisle al respecto el proyecto de ley sugerido.

Se sugiere que el trámite en cuestión, ya no continúe siendo conocido en la jurisdicción contenciosa a través del juicio ordinario, como se encuentra regulado en el ordenamiento legal relacionado, en virtud que el trámite a la fecha se caracteriza por ser lento, oneroso, engorroso, complicado, altamente burocrático y hasta tedioso para el cónyuge solicitante de las mencionadas diligencias, en perjuicio de terceros interesados, lo contrario sería, si dicho trámite o diligencia se conociera en la jurisdicción voluntaria judicial, por constituir



una vía no contenciosa, donde no existe oposición por parte del defensor judicial nombrado para el efecto, por ser un acto personalísimo del cónyuge ausente, ya que el único interesado en oponerse a obtener la disolución de su vínculo conyugal es él, y a nadie más le interesa, ante la falta o la inexistencia de un mandato judicial expreso de su parte inscrito en los registros correspondientes.

Por último, cabe recalcar que adicionar la norma legal sugerida deviene en un trámite ágil, rápido, sencillo y económico, en beneficio no sólo del cónyuge solicitante, sino también de los tribunales de justicia especialmente de aquellos juzgados a quienes les compete conocer de dichas diligencias, así como de los propios terceros interesados, siendo el caso de los niños a quienes se les afecta jurídica y psicológicamente, al no solucionarle su problema de fondo, deteriorando su salud mental.

Se reitera es un deber constitucional del Estado velar por el bienestar de los niños que nacen bajo dicha situación, y de la unidad familiar, problemas que a largo plazo no sólo afectan el entorno familiar sino también el entorno social, al haber más niños o jóvenes con problemas de identidad, principios y valores morales, se cree ocasionado por la falta de un hogar reconocido e integrado legalmente, circunstancia que no debe dejarse pasar por alto por el legislador.

4.3.1 Proyecto de reforma por adición del artículo 155 Bis en el Código Civil

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala,



CONSIDERANDO:

Que actualmente se encuentra vigente el Código Civil, Decreto – Ley número 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala comprendiéndose en el mismo, un número determinado de asuntos, trámites y diligencias que debieran conocerse en otras vías jurisdiccionales para facilitar su diligenciamiento.

CONSIDERANDO:

Pese a la visión futurista, moderna y desarrollada que tuvieron los legisladores cuando se creó el mencionado ordenamiento legal, no se tomó en cuenta que algunos asuntos que se dejaron establecidos que debieran conocerse en la jurisdicción contenciosa judicial, bien podrían conocerse en la jurisdicción voluntaria judicial, cuyo diligenciamiento resultaría ser más ágil, sencillo, fácil, económico, y menos burocrático para las partes procesales, no obstante también deviene en economía y celeridad procesal no sólo para las partes que intervienen en los procesos judiciales, sino también para los juzgados de primera instancia del ramo de familia de todo el país que conocen tales asuntos del ramo familiar.

CONSIDERANDO:

Que el Congreso de la República conoce y apoya el plan de modernización y actualización del Organismo Judicial que ha emprendido la Corte Suprema de Justicia, a fin de modernizar los procedimientos que tienen a su cargo los operadores de justicia para resolver los asuntos de orden civil y familiar sometidos a su conocimiento.

CONSIDERANDO:



Que se estima necesario ampliar el acceso a la justicia en toda la República y garantizar el trámite de los procesos, que es lo que la Corte Suprema de Justicia pretende lograr mediante la inclusión de la declaratoria de ausencia como fundamento para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial, en los juzgados que conocen asuntos del ramo familiar.

CONSIDERANDO:

Que viéndose el resultado beneficioso del diligenciamiento del divorcio por mutuo consentimiento en la vía voluntaria judicial, resulta conveniente continuar ampliando el campo de actuación de esta institución jurídica, mediante la inclusión de otros asuntos que tengan relación con el divorcio, en este caso la inclusión de la declaratoria de ausencia, cuyo objeto sea obtener el divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente.

CONSIDERANDO:

Que al momento existe la necesidad de crear una regulación legal específica, para aquellos casos que se conocen en la jurisdicción contenciosa judicial, siendo el caso del divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente, a quien se le ha nombrado defensor judicial para el efecto, sólo para que lo represente en el trámite del divorcio, lo que significa que no existe contienda que justifique conocerlo en la vía ordinaria, por lo que sería sumamente beneficioso, e idóneo que se conociera en la vía voluntaria judicial.

POR TANTO:

Con base en lo regulado y en ejercicio de las atribuciones que le confieren los Artículos 157 y 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

ACUERDA:



La siguiente:

“REFORMA POR ADICIÓN DE NORMA LEGAL RELATIVA A LA INCLUSIÓN DE LA DECLARATORIA DE AUSENCIA COMO FUNDAMENTO PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN LA VÍA VOLUNTARIA JUDICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL, DECRETO - LEY NÚMERO 106 DEL JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”

ARTÍCULO 1º. Se adiciona el Artículo 155 bis, el cual queda así:

“Artículo 155 bis. Constituye causal para obtener el divorcio por mutuo consentimiento o por mutuo acuerdo de los cónyuges la siguiente:

1º. La certificación de la resolución o el auto final dictado por juez competente dentro del trámite de diligencias voluntarias de declaración de ausencia del cónyuge ausente, cuya finalidad sea obtener el divorcio, la cual deberá estar debidamente inscrita en el Registro Civil de las Personas, adscrito al Registro Nacional de las Personas (RENAP) para que surta todos sus efectos jurídicos.

La resolución judicial mencionada en el párrafo que antecede deberá contener el nombramiento del representante legal del cónyuge ausente, cargo recaído en determinado caso en el defensor judicial, el guardador o en determinado caso en el administrador de bienes del ausente, haciendo constar que el cargo fue debidamente discernido y aceptado por la persona nombrada para el efecto.



El trámite del divorcio por mutuo consentimiento con fundamento en esta causal se llevará a cabo siempre y cuando no existiere oposición por parte del defensor judicial nombrado judicialmente, o en el caso que no existiere oposición de terceros interesados que se sientan perjudicados.

Si existiere oposición al respecto, en tal situación el asunto será declarado contencioso por parte del juez que conozca del asunto, sin más trámite”.

ARTÍCULO 2. De la vigencia. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Pase al Órgano Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Dado en el Palacio del Órgano Legislativo: en la ciudad de Guatemala, a los ... días del mes ... de ... de ...

PRESIDENTE

SECRETARIO

SECRETARIO

SANCIÓN AL DECRETO NÚMERO _____

Palacio Nacional: Guatemala, a los ... días del mes ... de... de ...

Publíquese y cúmplase.



CONCLUSIONES

1. Los asuntos que se ventilan en jurisdicción voluntaria judicial, se caracterizan por la falta de litis, contienda o controversia, lo cual contribuye a facilitar en el presente caso la labor jurisdiccional de los juzgados de primera instancia del ramo de familia.
2. Las diligencias voluntarias de declaración de ausencia se solicitan cuando uno de los cónyuges por una u otra razón ha tenido que emigrar al extranjero, sin dejar mandatario legalmente constituido que lo represente en juicio en el país, y con el tiempo se llega a ignorar su paradero, inclusive se ignora si vive o no.
3. La declaratoria judicial de ausencia, no se encuentra regulada como causal de divorcio por la vía voluntaria judicial, lo cual obliga a diligenciar una serie de etapas innecesarias dentro de un juicio ordinario del divorcio en contra de una persona que de antemano se sabe no se va a oponer y cuyo representante legal tampoco lo hace por conocer la ausencia.
4. El proceso de divorcio del cónyuge declarado judicialmente ausente, al ventilarse en la vía ordinaria, presupone contienda, y esta no existe, ya que el representante del ausente nombrado para el efecto regularmente no se opone, por ser la oposición un acto personalísimo de único interés del ausente, por consiguiente la figura del representante judicial solamente cumple un requisito legal y judicial.



5. El divorcio del cónyuge ausente se obtiene tramitando primero la declaración de ausencia en la vía voluntaria, y luego el divorcio en la vía ordinaria, trámites judiciales onerosos y tardados; ante esta situación el interesado los obvia, en su propio perjuicio y el de sus hijos procreados con su conviviente, quienes no pueden acceder a un hogar integrado legalmente o bien ser reconocidos, no obstante las reformas habidas al Código Civil relativas a la impugnación de paternidad.



RECOMENDACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia a efecto de dotar de eficacia, celeridad y economía la labor jurisdiccional de los juzgados de Primera Instancia Civil y de Familia debe promover entre los titulares de los referidos órganos jurisdiccionales el estudio y análisis para su proposición de diligencias susceptibles de tramitarse en jurisdicción voluntaria judicial.
2. Las organizaciones que velan por los derechos de los emigrantes y los consulados en el extranjero a efecto de evitar las consecuencias jurídicas que produce la declaratoria de ausencia, deben promover campañas de información que tengan por objeto advertir a los guatemaltecos las consecuencias que se derivan de emigrar a otro país sin dejar mandatario constituido que lo represente.
3. La Corte Suprema de Justicia debe de proponer una iniciativa de ley que tenga por objeto incluir la declaratoria de ausencia dentro de las causales para tramitar el divorcio por la vía voluntaria judicial, a efecto de dotar de celeridad y economía tales diligencias cuando tenga lugar dicho presupuesto.
4. Las asociaciones de Abogados y Notarios deben promover entre sus asociados el estudio y análisis de la institución de la ausencia a efecto de hacer propuestas que tengan por objeto beneficiar a la población y agilizar los procesos relacionados con dicho instituto.



5. En tanto el ordenamiento civil no se reforme en cuanto a la vía para tramitar el proceso de divorcio cuando existe declaratoria de ausencia, las Universidades del país deben promover los servicios sociales que prestan los Bufetes populares y de esta manera evitar que la carencia de fondos para diligenciar dicho proceso constituya para el cónyuge de una persona declarada ausente en un obstáculo más para ofrecer a sus hijos un hogar integrado.

BIBLIOGRAFÍA



- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2005. 151 págs.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 2t; 1v., 1ª. impresión ed. Guatemala: impreso por Centro Educativo Vile. 1989. 902 págs.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. 1t; Parte General, 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S.A. 1963. 989 págs.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. **Derecho de familia y sus sucesiones**. Colección de Textos Jurídicos. México: Ed. Harla. 1990. 493 págs.
- BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA, Maria Luisa. **Lecciones de derecho civil**. 1t.; 4ª. ed. Guatemala: Imprenta YAF, Multiservicios. 289 págs.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1t; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1988. 386 págs.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 1t.; 14 ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996. 414 págs.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de derecho procesal civil**. 5t; 7ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Uthea, 1944. 728 pág.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. 2t; Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973. 646 págs.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral, derecho de familia, relaciones conyugales**. 13ª. Ed.; Madrid, España: Ed. Reus S.A. 1982. 223 págs.



- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1969. 366 págs.
- CHACÓN CORADO, Mauro y Montero Aroca, Juan. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. 2t; 1v., 1ª. impresión. Guatemala: Magna Terra, Editores. 1999. 359 págs.
- DE LA PLAZA, Manuel. **Derecho procesal civil español**. 1v.; Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado. 1951. 906 págs.
- DE CASSO Y ROMERÓ, Ignacio. **Diccionario de derecho privado**. 1t.; Reimpresión. Barcelona, España: Ed. Labor. 1992. 2,012 págs.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho procesal civil**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1963. 722 págs.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Madrid, España: Ed. Aguilar, 1966. 629 págs.
- GOMEZ ORBANĒJA, Emilio y Herce Quemada, Vicente. **Derecho procesal civil**. 1v.; 8ª. ed. Madrid, España: Ed. Civitas, S.A. 1998. 859 págs.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. **Diccionario jurídico mexicano**. 1v.; 12ª ed. México: Ed. Porrúa. 1988. 810 págs.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1966. 898 págs.
- MARTÍNEZ PARDO, Héctor. **Matrimonio civil y separación de cuerpos, ante notario público, liquidación y partición de bienes**. 2a. ed. Bogotá, Colombia: Jurídica Radar Ediciones. 1992. 262 págs.



GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala, Impresos Praxis. 2000. 132 págs.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L. 1981. 797 págs.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 13ª. ed; México: Ed. Porrúa, 1989. 526 págs.

PLANIOL, Marcel y Ripert Jorge. **Tratado práctico de derecho civil**. 3a. ed; México: Ed. Harla. 1946. 1,563 págs.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 5t., 3ª ed.; revisada y corregida; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976. 696 págs.

RAYMOND, Guillien y Jean, Vicent. **Diccionario jurídico**. 2a. ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A. 1996. 1,513 págs.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. 2t.; 2v.; México: 23ª. ed.; Argentina: Ed. Porrúa, 1987. 768 págs.

SANCHEZ VICENTE, Nidia Corina. **La declaratoria de ausencia para los asuntos judiciales de familia**. Guatemala: Imprenta Zeta. 2006. 77 págs.

Legislación:

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

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



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

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

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

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