

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a cross, surrounded by various symbols including a book, a scale, and a figure. The shield is set against a background of a sunburst and is encircled by a border containing the university's name in Spanish: "UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA".

**ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIALES PARA EL DIVORCIO VOLUNTARIO
REGULADO EN EL ARTÍCULO 426 DEL DECRETO LEY 107 CÓDIGO PROCESAL
CIVIL Y MERCANTIL**

MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

**ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIALES PARA EL DIVORCIO VOLUNTARIO
REGULADO EN EL ARTÍCULO 426 DEL DECRETO LEY 107 CÓDIGO PROCESAL
CIVIL Y MERCANTIL**



TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala**

Por

MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ

Previo a conferirsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. David Sentés Luna
Vocal:	Lic. Héctor Leonel Mazariegos Gonzales
Secretaria:	Licda. Gladis Yolanda Albeño Ovando

Segunda Fase

Presidente:	Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Vocal:	Lic. Ronaldo Amilcar Sandoval Amado
Secretario:	Lic. Hector Rene Granados Figueroa

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas 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 PROFESIONAL
MARIA CRISTINA CHAY MEDRANO
ABOGADA Y NOTARIA

1ª. Calle 1-39 "B" zona 1, Santa Cruz del Quiché, Tel. 77550472

Santa Cruz del Quiché , 8 de octubre de 2010

Licenciado

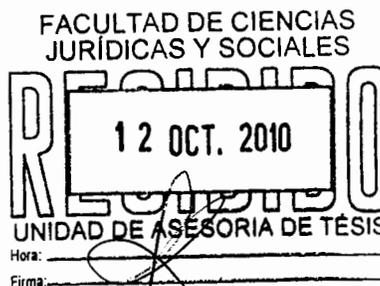
Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Castillo Lutín:



De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Asesora de Tesis de la bachiller **MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ**, intitulado "**ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIALES PARA EL DIVORCIO VOLUNTARIO REGULADO EN EL ARTÍCULO 426 DEL DECRETO LEY 107 CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

- a) El tema investigado por la bachiller, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, ya que se presenta con una temática para que los profesionales del derecho se informe en cuanto a lo relacionado a una nueva alternativa extrajudicial para el trámite del divorcio voluntario; además que la investigación realizada, es de carácter jurídico puesto que incorpora mecanismos idóneos a considerar para la solución del problema planteando una reforma legal al Código Procesal Civil y Mercantil.
- b) En la investigación realizada, la bachiller empleó el método analítico al tener contacto con toda la información bibliográfica de diferentes autores; el método sintético al resumir la información que realmente se consideró importante; el método deductivo al tener contacto con el problema planteado, y posteriormente especificando el tema que ocupaba la presente investigación; el método inductivo durante el desarrollo de la tesis; por lo tanto considero que la estructura de la tesis y, la metodología y técnicas de investigación empleadas, son las adecuadas para el desarrollo del tema y el logro de los objetivos que la investigación pretende arribar.

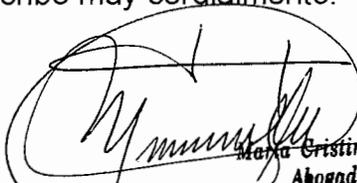


- c) Opino que el trabajo de tesis en cuanto a su redacción, es claro y ordenado, pues se utiliza un lenguaje sencillo, claro, sustancioso y con bastante terminología jurídica.
- d) Con respecto a la contribución científica del trabajo de tesis, considero que constituye un aporte científico, válido y oportuno encaminado a solventar la problemática del trámite de divorcio voluntario a través del aporte innovador que presenta la bachiller, ello en virtud que el tópico abordado en dicho trabajo, resulta de singular importancia ya que aborda temas tanto legales como administrativos y operativos relativos a una figura comunitaria como lo es el trámite del divorcio voluntario y que no se le ha planteado solución por parte de ningún actor involucrado con la misma.
- e) La bachiller arriba a conclusiones y recomendaciones congruente con su trabajo, que confirman los supuestos y las hipótesis planteadas al inicio de la investigación, sintetizando y solventando además las afirmaciones que se plantean en el desarrollo del mismo.
- f) Se evidencia que la bachiller realmente investigó el tema y acudió a las fuentes bibliográficas, tanto doctrinarias como legales, y de campo idóneas para su desarrollo.

En virtud de lo anterior, y por haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE, APROBANDO** el trabajo de tesis considerando conveniente la impresión del mismo previo DICTAMEN del señor revisor, para que pueda ser discutido en el correspondiente examen público.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Asesora, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.


Licda. **María Cristina Chay Medrano**
Abogada y Notaria
Asesora de Tesis
Colegiado 8,008



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VICTOR MANUEL TOJIN CHANCHAVAC, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ, Intitulado: "ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIALES PARA EL DIVORCIO VOLUNTARIO REGULADO EN EL ARTÍCULO 426 DEL DECRETO LEY 107 CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL".-

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

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Abogado y Notario

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

LICENCIADO VICTOR MANUEL TOJÍN CHANCHAVAC
Abogado y Notario Colegiado No. 5,798
2ª. calle 2-47 zona 5, teléfono: 57322168
Santa Cruz del Quiché



Santa Cruz del Quiché, 04 de febrero de 2011

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castillo Lutín:

En atención a resolución dictada por la Unidad a su cargo, de fecha veinticinco de octubre de dos mil diez, procedí a revisar minuciosamente el trabajo de tesis de la bachiller MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ, intitulado "ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIALES PARA EL DIVORCIO VOLUNTARIO REGULADO EN EL ARTÍCULO 426 DEL DECRETO LEY 107 CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL"; sugiriendo los cambios necesarios.

Derivado de lo cual dictaminé lo siguiente: de acuerdo a la facultad investida en mi persona mediante la resolución citada, luego de estudio conciso y según criterio basado en elementos de fondo, se concluyó que el trabajo de tesis elaborado por la bachiller MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PEREZ, contempla todos los elementos científicos para esta clase de investigación; es decir, originalidad, creatividad y lógica desarrolladas en el enfoque dado al contenido; y técnicos que se demuestran en los temas y subtemas en el que se dividió el mismo, además el trabajo de tesis, es de carácter jurídico puesto que presenta mecanismos idóneos a considerar para la solución del problema planteando una reforma legal al Código Procesal Civil y Mercantil.

La metodología y técnicas de investigación empleadas en el trabajo de tesis fueron las adecuadas utilizando en la misma los siguientes métodos y técnicas: el método deductivo al tener contacto con el problema planteado, y consecuentemente especificando el tema del presente trabajo de tesis; el método inductivo que se aplicó durante el desarrollo de la tesis; el método analítico al tener contacto con la información bibliográfica de diferentes autores; y el método sintético al resumir la información que se consideró importante.



El trabajo de tesis elaborado por la bachiller MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ, en cuanto a su redacción, es claro, ordenado y preciso. La contribución científica del trabajo de tesis lo constituye la propuesta innovadora que presenta la bachiller en la tramitación del divorcio voluntario para que el mismo se pueda realizar mediante la vía de jurisdicción voluntaria extrajudicial, para lograr con ello cumplir con los principios de celeridad y economía procesal.

Respecto a las conclusiones y recomendaciones propuestas en la presente investigación, constituyeron verdaderos hallazgos inferidos del análisis de la problemática presentada y resultaron congruentes con el tema abordado y son por lo tanto consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada.

La bibliografía empleada por la bachiller MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ fue la adecuada conforme lo abordado en cada capítulo recabando la información necesaria.

De tal cuenta, por lo anteriormente expuesto considero que el trabajo de investigación desarrollado llena los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE, APROBANDO** el trabajo de tesis revisado, estimando que el mismo puede ser materia de discusión en el examen correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

Lic. VICTOR MANUEL TOJÍN CHANCHAVAC
Abogado y Notario
Victor Manuel Tojín Chanchavac
Colegiado No. 5,798
Revisor de Tesis



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARLENY CECIBEL VELÁSQUEZ PÉREZ, Titulado ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIALES PARA EL DIVORCIO VOLUNTARIO REGULADO EN EL ARTÍCULO 426 DEL DECRETO LEY 107 CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. 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/sllh.

effb

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



180512R



DEDICATORIA

- A Dios:** Por tu infinita misericordia y amor eterno.
- A mi padre:** Paulino Velásquez Rojas (Q.P.D.) por su amor y protección en todo momento.
- A mi madre:** Guadalupe Pérez Vda. de Velásquez por el apoyo incondicional y por guiarme siempre por el camino correcto.
- A mis hermanos:** Luisa Amarilis y German Eloy por el impulso que me dieron a forjarme una profesión.
- A mis abuelos:** Cecilio Pérez López (Q.P.D.).
Luisa Reynoso de Pérez (Q.P.D.).
Santos Velásquez López (Q.P.D.).
Cecilia Rojas de Velásquez.-(Q.P.D.).
- A mi familia:** Julián, Daniel, Yosseline, Fátima, Alisson, Nohemí, Salvador y Edy por su ayuda en momentos difíciles.
- A mis amigos:** En especial a María Eugenia, Ana Cecilia, Dunia, Elena y Enrique por su cariño y apoyo en todo momento.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por darme la oportunidad de recorrer sus inolvidables aulas, forjándome bajo las cátedras de connotados y reconocidos profesionales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho civil.....	1
1.1. Concepto de derecho civil.....	8
1.2. Materias comprendidas en el derecho civil.....	9
1.3. División del derecho civil.....	12
1.4. Legislación del derecho civil en Guatemala.....	14

CAPÍTULO II

2. La familia.....	19
2.1. Definición.....	20
2.2. Importancia de la familia y su regulación jurídica.....	21
2.3. Clases de familia.....	22
2.4. El derecho de familia.....	25
2.5. El estado de familia.....	32
2.6. Acto jurídico familiar.....	34

CAPÍTULO III

3. El matrimonio.....	37
3.1. Etimología y concepto de matrimonio.....	37
3.2. Características generales del matrimonio.....	40



Pág.

3.3. Criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio.....	42
3.4. Sistemas matrimoniales.....	45
3.5. Requisitos personales para la validez del matrimonio.....	46
3.6. Modificación y disolución del matrimonio.....	50

CAPÍTULO IV

4. Derecho procesal.....	59
4.1. Definición.....	59
4.2. Principios procesales.....	59
4.3. El proceso.....	62
4.4. Jurisdicción.....	63
4.5. Competencia.....	65
4.6. Jurisdicción voluntaria.....	67
4.7. Jurisdicción voluntaria notarial.....	77

CAPÍTULO V

5. Alternativas extrajudiciales para el divorcio voluntario regulado en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.....	87
5.1. Función notarial.....	90



Pág.

5.2. Procedimiento de una nueva alternativa extrajudicial para el divorcio voluntario regulado en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.....	97
5.3. Análisis del esquema del procedimiento del divorcio voluntario como una nueva alternativa extrajudicial a la ya regulada en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.....	99
CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	109



INTRODUCCIÓN

La inquietud de realizar la presente investigación surge al consultar a personas que actualmente tramitan su divorcio voluntario en los diferentes órganos jurisdiccionales, quienes comentan que es mucho el tiempo que han tenido que esperar para que su trámite avance, situación a la que debería de buscársele una solución lo más rápido posible.

Según lo regulado en el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, la única vía para tramitar el divorcio voluntario es la judicial; cuando lo más conveniente para darle una mayor celeridad a este trámite, sería que la legislación vigente regule también la vía extrajudicial para poder iniciar y promover dichas diligencias, pero no así resolver ya que de acuerdo a la presente investigación ello le corresponderá al tribunal de familia competente, ya que dichos tribunales tienen jurisdicción privativa. Esto resulta viable puesto que en principio la función del notario es imparcial, entonces éste deberá de proteger los derechos de ambos cónyuges dándole fiel cumplimiento a la ley, es decir, que debe de precisar que se cumplan cada una de las cláusulas establecidas en la ley para la aprobación del convenio.

La presente investigación se divide en cinco capítulos dentro de los cuales se trata de abordar cada una de las instituciones necesarias para la eficacia de la misma. En el capítulo uno se define el derecho civil, sus antecedentes, su división; en el capítulo dos se abordan temas como la familia, el derecho de familia, su regulación legal; en el



capítulo tres se trata lo relacionado con el matrimonio y el divorcio; en el capítulo cuatro se define todo lo concerniente al proceso, la jurisdicción; y por último en el capítulo cinco se presenta una nueva alternativa extrajudicial del divorcio voluntario a la ya establecida en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil y posteriormente se analizó.

Es satisfactorio haber cumplido con los objetivos trazados al inicio de la presente investigación que consistían en estudiar la figura del divorcio voluntario judicial y comprobar la hipótesis que se formuló en un principio que versaba en establecer la viabilidad de una nueva alternativa extrajudicial para el divorcio voluntario a las ya establecidas en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil. En la redacción de la investigación se utilizaron los métodos de investigación siguientes: con el método analítico se estudió toda la información bibliográfica y se aplicó la misma al contenido de la presente tesis, con el método sintético, se pudo resumir la información que se estimó importante incorporar en la redacción de los capítulos; con el método deductivo se dibujó la viabilidad de regular la vía extrajudicial para tramitar las diligencias del divorcio voluntario, y por último se aplicó el método inductivo para analizar el problema específico y las posibles soluciones; así mismo, se utilizaron las técnicas bibliográfica y documental.

Es importante que las autoridades estatales retomen el tema de legislar una nueva forma para la tramitación del divorcio voluntario a manera de velar por la protección de los principios procesales de celeridad y economía procesal.



CAPÍTULO I

1. El derecho civil

Resulta importante conocer todo lo referente a la historia del derecho civil a continuación pequeños resabios de la misma.

El derecho civil viene siendo un compendio de leyes que a lo largo de la historia ha ido evolucionando hasta los términos actuales. Sus características han sido modificadas a lo largo de una gran evolución histórica.

El antecedente por antonomasia sobre el derecho civil se encuentra en la época del antiguo Imperio Romano, donde coexistían dos tratados que regulaban el derecho civil, que eran: el *Ius Civile* y el *Ius Gentium*.

“El *Ius Civile* trataba sobre el derecho que tenían los ciudadanos romanos entre sí, basado en sus propias relaciones. El derecho *Ius Gentium*, se basaba en las relaciones pero en las existentes entre los ciudadanos romanos y el resto de pueblos del mundo conocido”.¹

Además otros textos contraponen “el *Ius Civile* al *Ius Pretorium (Ius Honorarium)*, el cual habría sido introducido con el propósito de suplir, ayudar y corregir el *Ius Civile*. Pero

¹ Puig Peña, Federico. *Tratado de derecho civil*. Pág. 2.



esta contraposición no es real, el *Ius Pretorium* significa la renovación del *Ius Civile* provocada por las nuevas necesidades y por los nuevos hechos”.² Es importante hacer una aclaración y esta es que el Pretor no creaba derecho, sólo declaraba como entendía el derecho y los principios que seguiría en el ejercicio de sus funciones.

“El *Ius Civile* como derecho del *cives*, del ciudadano romano, no se identifica con el derecho privado. Es cierto que la construcción romana construyó de preferencia las instituciones privadas (persona, familia, propiedad, obligaciones, herencia), pero dentro del *Ius Civile* hay instituciones que son extrañas al derecho civil (a nuestra concepción de derecho civil), así las de carácter penal, procesal y las administrativas o políticas.

El *Ius Civile*, en su sentido propio y originario sería el ordenamiento tradicional que habrían adoptado los grupos primitivos romanos reunidos en una comunidad política y estaría constituido por una serie de principios fundamentales establecidos por la jurisprudencia religiosa y luego laica de los prudentes.

Este núcleo de principios tradicionales se va ensanchando a lo largo de la historia del Derecho Romano naciendo un *Ius Civile Novum*, por obra de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos y decretos de los príncipes. Al mismo tiempo, el viejo *Ius Civile*, el de los principios tradicionales experimenta la influencia del *Ius Gentium* y del *Ius Pretorium*

² *Ibid.* Pág. 3.



o *Honorarium*, y todos estos derechos van a ser *Ius Civile* en la compilación de Justiniano, porque con aquel se entroncaron y no se diferenciaron”.³

a. El derecho civil en la Edad Media: En el año 476 después de Cristo se produce la caída del Imperio Romano de Occidente en lo que se ha denominado el inicio de la Edad Media. La invasión de los pueblos bárbaros que la provoca definitivamente acaba también de manera oficial con el Derecho de Roma, pero el Derecho Romano seguía sobreviviendo en la práctica de los pueblos dominados y con gran influencia en las leyes de los pueblos invasores.

Durante muchos años no va a haber más derecho que la costumbre, el fuero, los estatutos de las ciudades e incluso el estatuto de las corporaciones y gremios. Hay pues un acusadísimo particularismo jurídico.

A finales del siglo XI y principios del XII se produce un fenómeno importante en grado sumo: la recepción del Derecho de Roma. La compilación de Justiniano se lleva a cabo entre los años 528 a 533 después de Cristo en el Imperio Romano de Oriente. Esto fue posterior a la caída del Imperio Romano de Occidente y, por otra parte, es casi desconocida en él.

A partir del siglo XII los glosadores de Bolonia estudian el Derecho Romano mediante glosas y exégesis, aplicando la técnica escolástica de los silogismos, distinciones y

³ *Ibíd.* Pág. 4.

subdivisiones. Desde entonces se va identificando el derecho civil con el Derecho Romano, con el derecho que Roma ha legado tal y como lo ha dejado, hasta el punto que desde el siglo XII la obra de Justiniano recibe el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

Ahora bien, la compilación justiniana contenía numerosos textos de tipo público que habían perdido actualidad e interés, pues no eran aplicables a la sociedad política del tiempo de la recepción. De ahí que los glosadores y comentaristas mostrasen una mayor atención hacia normas e instituciones privadas (circulación de los bienes, derechos sobre ellos, situación de las personas, etc.). Empieza, por tanto a abrirse camino la idea de derecho civil como derecho privado.

“El derecho civil, entendido como Derecho Romano, va a desempeñar un papel sumamente importante en la Edad Media: el de derecho común. He dicho en líneas anteriores que hasta la recepción reinó un absoluto particularismo jurídico. El derecho civil va a ser derecho común, es decir, un derecho normal frente al que los derechos particulares son anomalías. Hay que destacar que la fuerza del derecho civil como derecho común provenía también de una necesidad política: el concepto de Imperio Sacro Romano Germánico, restaurado por Carlomagno en el año 800 como continuación del Imperio Romano. La sociedad medieval hasta finales de la Edad Media va a vivir, no sin tensiones, la idea de que era un todo unitario bajo el Imperio, que tenía, por tanto, un único derecho. El Imperio postulaba un único derecho, que va a ser el civil-romano. Al mismo tiempo, la idea de cristiandad, también unitaria en el plano religioso, llevaba a que el derecho de la iglesia fuese igualmente un derecho común.

Este derecho común era la ley eclesiástica que junto a la ley civil representaban las potestades del Imperio y la Iglesia”.⁴

El Derecho Canónico adquiere una importancia relevante a partir de las Decretales de Gregorio IX (1234). Es un derecho que no se limitaba a regular el fuero interno de los fieles sino que también se extendía a aspectos de su vida ordinaria, y sus principios espiritualistas (buena fe, obligación de cumplir la palabra dada, etc.) ejercerán una influencia decisiva en los textos de la compilación justiniana y en el derecho civil que hoy se conoce y estudia. “Entre el *Ius Civile* y el *Ius Canonicum* va a darse una influencia recíproca y continua. También como derecho común se considera el derecho feudal. El sistema de vasallaje propio de la época obliga a utilizar normas (costumbres sobre todo) para resolver los litigios entre señores y vasallos. El estudio de este derecho feudal por los juristas va a constituir un tercer elemento del naciente derecho común, junto al romano y al canónico, aunque mucho menos importante que ellos”.⁵

Una vez pierde fuerza la idea de Imperio (a mediados del siglo XIII), el Derecho Romano no deja de tener valor de derecho común, es por eso que se considera como *ratio scripta (Ius Commune)*. Ese derecho se estudia (porque las nuevas necesidades hacen inaplicables muchos de sus textos) más como sistema conceptual que como sistema normativo, porque es un sistema racionalmente construido.

⁴ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil**. Pág. 4.

⁵ **Ibíd.** Pág. 5.

El derecho civil se convierte en un derecho de los principios tradicionales, de él van a salir ya otros derechos que atienden a la evolución social y económica de los siglos XIV y XV, como el derecho mercantil. Las compañías mercantiles, la letra de cambio, el comercio marítimo exigían regulación que no daban los textos romanos.

b. El derecho civil en la Edad Moderna: En la Edad Moderna, el Estado se convierte en el Estado absoluto que tiende a que su derecho nacional sea el exclusivo o predominante. “De ahí que el derecho civil, entendido como Derecho Romano, sufra un gran eclipse, si bien ello ya estaba preparado desde finales de la Edad Media por la crítica a que se somete: las fuentes que se manejaban -se dice- no son genuinas; las glosas y comentarios a los textos romanos eran cada vez más contradictorios y más abundantes; la aplicación del derecho se había convertido en una tarea insegura ante tantas interpretaciones dispares”.⁶

Los Estados modernos, soberanos y absolutos, inician ante todo una labor de consolidación de su derecho nacional. En Castilla esta labor la harán las Ordenanzas de Montalvo (1484) y la Nueva Recopilación (1567). En Francia, las antiguas costumbres son recopiladas y reducidas a textos escritos, continuándose posteriormente esa tarea de fijación del derecho nacional.

En las viejas definiciones de los siglos XVI y XVII se sigue llamando Derecho Romano al derecho civil, que se contrapone al derecho real, que es el derecho nacional. Pero la

⁶ Puig Peña. *Ob. Cit.* Pág. 5.



fijación legislativa de este derecho ha sido el primer paso para la nacionalización del derecho civil. El segundo paso se dará cuando el estudio del derecho real se imponga. Sin abandonar el estudio del derecho civil, las universidades, los teóricos y eruditos estudian y comentan el derecho real; la sustitución se opera insensiblemente y el derecho civil ya no vuelve a ser el Derecho Romano, sino el derecho propio y exclusivo de cada Estado. Paralelamente cabe anotar que ese derecho civil va a identificarse con el derecho privado. En efecto, la teoría de la organización política (el derecho público) se estudia con separación del derecho civil, lo mismo que el aspecto jurídico de la actividad política. Se desligan también, desde el siglo XVI, las materias de derecho penal o derecho criminal. La materia procesal se separa igualmente del tronco del derecho civil por la falta real de vigencia de los textos romanos en esta materia, y el derecho mercantil sigue con su evolución y desarrollo apartado, como desde su nacimiento en la Edad Media, del derecho civil.

c. El derecho civil en la actualidad: Se presenta como el sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de la persona y sus diferentes estados, de su patrimonio y del tráfico de bienes.

Al derecho civil se le priva así de lo más sustancial que tenía, pues su función y su finalidad no es otra que la defensa de la persona y de sus fines. El movimiento contemporáneo, por el contrario, está prestando gran atención al campo de los derechos fundamentales de la persona regulados en la Constitución Política de la

República de Guatemala (derecho a la vida, derecho a la seguridad, derecho a la libertad, entre otros) al margen de las facetas políticas o penales del tema.

1.1. Concepto de derecho civil

A la largo de la historia a los doctrinarios civilista les ha resultado bastante complejo el proporcionar un concepto del derecho civil tal y como lo menciona Castán: “Quizás la misma evolución histórica del derecho civil, y la imprecisión de su propia denominación, pero sin lugar a dudas su amplio frondoso contenido, la variedad de sus materias y la importancia de las mismas en cuanto afectan simultáneamente al interés individual y al interés nacional ha hecho tarea ardua precisar el concepto de derecho civil”.⁷

He tratado de expresar el concepto de esta rama del derecho acudiendo a la enumeración de las materias que comprende. Así, De Diego lo define como: “El conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal sujeto de derecho, y miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social”⁸, y es clásica en ese sentido la definición de Sánchez Román el derecho civil es: “El conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia, y los individuos de una sociedad para la protección de intereses particulares”.⁹

⁷ Castán Tobeñas. **Ob. Cit.** Pág. 7.

⁸ **Ibíd.** Pág. 8.

⁹ **Ibíd.** Pág. 10.



Castán opina que: “El derecho civil no puede ser definido con precisión y que resulta más conveniente seguir la trayectoria histórica de esa rama del derecho para lograr, en términos generales, una mejor comprensión de su origen y de su concepción actual”.¹⁰ Esta postura en apariencia la más cómoda refleja ciertamente la dificultad de precisar en una definición el concepto predominante o pertinente del derecho civil; sin embargo, puede aceptarse como la más certera, porque en última instancia no interesa tanto definir apropiadamente la materia, como interesa el desarrollo y la comprensión de su contenido.

A pesar de que el derecho civil, soporta marcadas tendencias hacia su desintegración en ramas con vida jurídica independiente, continúa siendo un sólido baluarte del derecho privado que regula esencialmente al ser humano, a la persona, a su actividad como centro y causa de importantísimas relaciones e instituciones jurídicas: la familia, patrimonio, contratos, obligaciones, sucesiones, etcétera, en forma tal que aún aquellas instituciones que ya no pertenecen estrictamente al derecho civil, reciben de él cierta luz de sus receptores para la correcta aplicación e interpretación de sus normas, o para suplir la falta de estas en caso dado.

1.2. Materias comprendidas en el derecho civil

Los tratadistas coinciden salvo discrepancias de forma o de ubicación, en la manera de enumerar las materias o instituciones que comprende el derecho civil.

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 11.

“Castán afirma que éste abarca en gran síntesis, las siguientes instituciones:

- a. Personalidad en sí misma (que da lugar al derecho de la personalidad).
- b. Familia (cuyas relaciones constituyen el derecho de familia).
- c. Asociación (cuyas relaciones con sus miembros y con terceros, son materia del llamado derecho privado corporativo entendido en el ámbito del derecho civil).
- d. Patrimonio, o sea el conjunto de derechos y obligaciones de relaciones jurídicas activas y pasivas, valorables en dinero, que corresponde a una persona y que dé lugar a las siguientes categorías de derechos:
 - Derechos de exclusión, que tienden a asegurar el goce de las cosas temporales (derechos reales) o de cosas incorpóreas, como los derechos de autor o de inventor sobre las obras de la inteligencia (derechos sobre bienes inmateriales).
 - Derechos de obligación, a través de los cuales una persona puede obtener, de otra, prestaciones de dar o de hacer.
 - Derechos de sucesión *mortis causa*, que regulan los modos de transmisión de los bienes por consecuencia de la muerte de una persona”.¹¹

Hago la salvedad que no todas las instituciones o materias enumeradas están perfectamente deslindadas y organizadas por el derecho civil, pues dice: “La categoría de los derechos de la personalidad todavía tiene escasa repercusión en la legislación civil, y la de los derechos corporativos sólo es admitida por un número muy limitado de autores”.¹²

¹¹ *Ibíd.* Pág. 20.

¹² Puig Peña. *Ob. Cit.* Pág. 12.

Espín Canovas, en forma sintética expone que el contenido del derecho civil está integrado por tres instituciones fundamentales: “La persona, la familia y el patrimonio; y que, a manera de residuo de la concepción histórica del mismo como todo el derecho de un pueblo y por su carácter de derecho común se han conservado en él las normas relativas a las fuentes del derecho, que son comunes a otras disciplinas”.¹³

Para Rojina Villegas, en el derecho civil se distinguen dos ramas claramente determinadas: “Primera, el derecho de las personas y régimen jurídico de la familia; y la segunda, el derecho civil patrimonial”.¹⁴

Las materias propias del derecho civil, tal como quedan expuestas en opinión de uno y otro autor, dan idea clara del contenido del mismo. En lo que concierne al derecho civil de Guatemala, puede afirmarse que su desarrollo obedece a ese origen de ideas, sin ceñirse estrictamente a determinada exposición.

Cabe aclarar que la legislación de Guatemala, a partir del Código Civil de 1933, excluyó de sus disposiciones las atinentes a las leyes en general apartándose del criterio sostenido en el Código de 1877, cuyo título preliminar se refería a ellas. Tales disposiciones o mejor dicho, las materias a que ellas se referían fueron incluidas como preceptos fundamentales y con debatible acierto, en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial, promulgada en 1936 como Decreto Gubernativo 1862, si bien, por haber mantenido el Código Civil de 1933 la vigencia del libro III del Código de 1877, se

¹³ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 28.

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 52.

mantuvo temporalmente la vigencia de las disposiciones relativas a la interpretación de las leyes.

1.3. División del derecho civil

Históricamente dos criterios se han definido con claridad en la formulación de la división del derecho civil.

a. El Derecho Civil Romano-Francés: “El Derecho Civil Romano surge mediante la obra de los jurisconsultos Gayo y Justiniano, dividiendo el contenido del derecho civil en tres partes: personas, cosas y acciones. Aunque el plan romano fue criticado desde el siglo XVI, mantuvo firme influencia a través de los tiempos y con modificaciones es aceptado a principios del siglo XIX por el Código Civil Francés que consta de un título preliminar y de tres libros concernientes, en su orden, a la persona, a los bienes y modificaciones de la propiedad, y a los diferentes modos de adquirir la propiedad. Por la enorme influencia del Código Francés en Europa y América, el denominado plan romano-francés predomina todavía en los países que mantienen el concepto tradicional de la legislación civil”.¹⁵

b. El Derecho Civil Alemán: “Expuesto fundamentalmente por el tratadista alemán Savigny, ha tenido gran aceptación en los tiempos modernos. Conforme al plan alemán, el derecho civil en general se divide así: derechos reales, derechos de obligaciones,

¹⁵ Castán Tobeñas. **Ob. Cit.** Pág. 35.

derecho de familia y derecho de sucesión. Esto debido a que Savigny parte de la idea que el derecho sólo existe para el hombre, y que éste, al producir relaciones jurídicas sobre su propia persona, crea derechos absolutos, originarios, que constituyen los derechos reales y si se tiene relación con los demás seres humanos, se constituyen los derechos de obligaciones; así también el hombre por su naturaleza produce diferentes clases de relaciones que originan la familia, es decir constitutivas de los derechos de familia, relaciones que pueden subsistir no obstante el fallecimiento de la persona y dar origen a las relaciones que constituyen los derechos de sucesiones. Las ideas de Savigny predominaron en la redacción del Código Civil Alemán, promulgado en 1900 a pesar de que dicho tratadista era formal opositor a la codificación del derecho civil. Su influencia es notoria en los tratadistas modernos”.¹⁶

c. División del derecho civil adoptada por Guatemala: “El derecho civil de Guatemala se ha inspirado fundamentalmente en las ideas del plan romano-francés. Con variantes determinadas, los códigos civiles promulgados hasta la fecha (el primero en 1877 y los subsiguientes en 1926 -libro 1-, 1933 y 1963), distribuyen su contenido en las disposiciones relativas a las personas y a la familia, a las cosas o bienes y modo de adquirirlos, y las obligaciones y contratos”.¹⁷

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 36.

¹⁷ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 26.

1.4. Legislación del derecho civil en Guatemala

La necesidad de un conocimiento general de las leyes, y de su fácil consulta, hizo desde tiempos remotos que se pusiere especial empeño en agruparlas, bien en orden cronológico, bien por materias, hasta donde esto era posible, dando así origen a las compilaciones o recopilaciones, que tienen como característica la de ser colecciones de leyes emitidas en distintas épocas o fechas o sin responder a un criterio global determinado.

La codificación constituye un punto de vista más avanzado, una clara sistemática en cuanto al ordenamiento y agrupamiento de un cuerpo legal. En referencia a su concepto, por codificación, dice Sánchez Román, se entiende: “La reunión de todas las leyes de un país, o en un aspecto más limitado, las que se refieren a una determinada rama jurídica, bajo un solo cuerpo legal, presidido en su formación por unidad de criterio y de tiempo”.¹⁸

Por más de medio siglo después de la declaración de independencia, en Guatemala se siguió aplicando el Derecho Español, juntamente con otras leyes emitidas por los cuerpos legislativos, en virtud de ello la legislación en Guatemala surgió en el gobierno del general Justo Rufino Barrios: “Para terminar con esa caótica situación legal, por acuerdo de fecha 26 de julio de 1875 nombró una comisión codificadora y por Decreto 175, del Presidente de la República de Guatemala, emitido con fecha ocho de marzo de

¹⁸ Castán Tobeñas. **Ob Cit.** Pág.33.



1877, dichos proyectos que se transformaron en ley, con vigencia a partir del día 15 de septiembre del mismo año. Nació, en esa forma, el primer Código Civil de Guatemala, generalmente denominado Código de 1877, que tuvo gran trascendencia en la vida jurídica del país, no sólo por haber unificado el derecho civil patrio, sino por constituir un magnífico cuerpo legal, a pesar de los defectos en su técnica que ahora se pueden apreciar y que sus mismos autores reconocieron con anticipación; así también por el hecho notable, como ocurrió en la redacción del Código de Napoleón, de que las nuevas ideas políticas imperantes en la época fueron serenamente tamizadas por los autores del Código, dando a éste la objetividad necesaria a toda ley. Por Decreto 272, de fecha 20 de febrero de 1882, se introdujeron numerosas y fundamentales reformas al Código Civil.

En uso de las facultades de legislar que le fueron reconocidas por la Asamblea, el Ejecutivo promulgó mediante el Decreto 921, de fecha 30 de junio del año 1926, el nuevo Libro I del Código Civil, relativo a las personas; y dispuso que conforme la comisión de la legislación entregara los restantes, entrarían en vigor después de su publicación en el diario oficial, lo cual no ocurrió.

En 1933, la Asamblea Legislativa promulgó, con fecha 13 de mayo, el Decreto 1932, que contiene un nuevo Código Civil, cuyo plan es el siguiente: Libro I que trata de las personas; Libro II, de los bienes y derechos reales; Libro III, de los modos de adquirir la propiedad; Libro IV, que mantiene la vigencia del Libro III del Código de 1887, o sea de

los preceptos relativos a las obligaciones y contratos. A su vez, el Código de 1933 fue objeto de varias reformas contenidas en el Decreto Legislativo 2010.

Por último el día 14 de septiembre de 1963, fue emitido el Decreto Ley 106, que contiene el Código Civil ahora en vigor y que consta de los siguientes libros: Libro I, De las personas y de la familia; Libro II, De los bienes, de la propiedad y demás derechos reales; Libro III, De la sucesión hereditaria; Libro IV, Del registro de la propiedad; Libro V, Del derecho de obligaciones, dividido en dos partes: primera, De las obligaciones en general y segunda, De los contratos en particular. Antes de entrar en vigor, el nuevo Código Civil fue objeto de numerosas reformas por medio del Decreto Ley 218¹⁹.

La codificación del derecho civil en Guatemala se inició tarde, ya que fue hasta en 1875 que el general Justo Rufino Barrios vio la necesidad de crear un ordenamiento jurídico propio es decir cien por ciento patrio en materia civil, conformando una comisión cuya trabajo tuvo los primeros frutos hasta febrero de 1877 al presentar los proyectos preliminares de un Código Civil y otro en relación a los procedimientos civiles, de lo cual se hace la deducción que desde un principio se tuvo claro que se necesitaría un Código que regulará el derecho civil sustantivo y otro que regulará el derecho civil adjetivo.

La codificación del derecho civil en Guatemala se convirtió en todo un hecho hasta el 15 de septiembre de 1877, según lo mencionado anteriormente, el Código fue considerado como un magnifico cuerpo legal debido a la objetividad que plasmó desde

¹⁹ Puig Peña. *Ob. Cit.* Pág. 68.



un principio; a lo largo de la historia el Código Civil ha sufrido pocas reformas mismas que no han desvirtuado el proyecto original creado en 1877. Así también el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, mismo que creo es conveniente reformar al incluir la vía extrajudicial para tramitar las diligencias del divorcio voluntario debido a que ya han pasado varios años desde la última reforma a dichos ordenamientos jurídicos entonces estos ya no están acordes a las necesidades actuales.





CAPÍTULO II

2. La familia

Este es un tema que pertenece fundamentalmente al campo de la sociología y ésta es objeto de opiniones diversas por razón de la complejidad que encierra la materia. El jurista Julian Bonnacase opina: "Que la promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación pasando por el matriarcado, con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se significó la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera con la monogamia base de la familia como ahora es concebida. Para Engels, antes de 1870 no existió una historia de la familia predominando al influjo de los cinco libros de Moisés con la forma patriarcal de la familia como la más antigua; siendo hasta 1861, con la publicación de la obra derecho moderno, de Bachofen, que se marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morgan. Los posteriores y los nuevos estudios han hecho aún mayormente difícil aunar criterios a propósito del inicio y desarrollo de la familia, debido a la falta de una secuencia lógica e históricamente uniforme de dicho desarrollo en las distintas regiones y pueblos".²⁰

²⁰ Bonnacase, Julian. **Elementos del derecho civil**. Pág. 38.

2.1. Definición

Vidal Taquini la define como: "Familia es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva".²¹

En la actualidad se pueden encontrar diferentes definiciones de familia pero aún no hay una definición delimitada de ella. La ley no da una definición precisa de ella por consiguiente para lograr definirla se buscan diversos elementos: a) sujeción (de los integrantes de la familia a uno de sus miembros), b) la convivencia (los miembros de la familia viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa), c) el parentesco (conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad), d) la filiación (conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o la filiación, aunque excepcionalmente por la adopción).

La familia en sentido estricto es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí, por un vínculo colectivo recíproco e indivisible, de matrimonio de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituye un todo unitario; y en sentido amplio se puede incluir en el término de familia personas difuntas, o por nacer, familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre, o bien todavía en otro sentido las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción) familia civil.

²¹ Puig Peña. Ob. Cit. Pág. 10.



Para Puig Peña, la familia es: “Aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y el respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.²²

En conclusión, la familia es el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco ya sea por afinidad o consanguinidad que conviven con la finalidad de protegerse y cuidarse entre sí.

2.2. Importancia de la familia y su regulación jurídica

Cualquier definición que se considere como la más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda sociedad política y jurídicamente organizada. No cabe duda que la familia forma un papel muy importante, no sólo en el sentido que anteriormente indique, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948, dispone, en

²² *Ibíd.* Pág. 4.



el Artículo 25, que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud el bienestar, así como otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto”. Si bien esa referencia a la familia no la puedo interpretar como una consagración internacional de la misma, si pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social.

La importancia de que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente; las constituciones promulgadas en 1945 y en 1956, así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como un elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan, y creo que ésta es una de las razones por la cual el trámite completamente extrajudicial del divorcio voluntario no se ha aprobado ya que lo que el Estado pretende es proteger a la familia ya que es el núcleo de la sociedad sin embargo a través del presente trabajo de investigación demostraré que si es viable la vía extrajudicial para el divorcio voluntario.

2.3. Clases de familia

Para algunos autores en el concepto de familia nada importa que el vínculo jurídico sea legítimo o ilegítimo; así, no existirían clases de familias sino una sola familia, en la cual funcionan vínculos jurídicos familiares distintos, con extensión y cualidades privativas; las diferencias se hallan en cuanto a la regulación de estos vínculos.

La calidad de miembro de la familia es precisada por el derecho civil en la forma ya establecida y aunque algunas leyes especiales se aparten en alguna medida del ordenamiento civil para el otorgamiento de ciertos derechos, quienes forman la familia no son otros que los determinados por él.

En nuestro país el derecho de familia está básicamente contenido en el Código Civil. Lo cual es de suma importancia porque de esta manera se protege a la familia la cual es considerada como el seno de toda sociedad y la guatemalteca no tendría que ser la excepción; a su vez también se ha dictado leyes que organizaron los registros del estado civil de las personas como la Ley del Registro Nacional de las Personas, Decreto 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala.

- a. Funciones de la familia: En cualquier sociedad, la familia es una estructura institucional destinada a hacer que se realicen determinadas tareas.
- La función de la regulación sexual: Todas las sociedades esperan que la mayor parte de la relación sexual tenga lugar entre personas a quienes las normas establecidas definen como mutuamente accesibles. La mayoría de las sociedades no solamente cuentan con una conducta sexual permitida, sino que la han institucionalizado; la han definido como una actividad correcta y útil puesto que gozan de una total aprobación social.
 - Función reproductora: Toda sociedad depende de la familia ya que es la encargada de reproducir a sus miembros, y que por naturaleza es la que genera vida.

- **Función socializadora:** Todas las sociedades dependen de la familia para la socialización de niños en adultos, que pueden desempeñar con éxito las funciones que socialmente les sean encomendadas.
- **Función afectiva:** El hombre necesita encontrar una respuesta íntima entre sus semejantes, no importa cuáles sean sus necesidades; la familia satisface la necesidad de compañerismo, de amor, fraternidad y solidaridad.
- **Función estatus:** Al ingresar en una familia un individuo hereda una serie de estatus. Se le adscriben diversos estatus en el marco familiar, -edad, sexo, orden de nacimiento, etcétera-, la adscripción de la familia de un niño determina en gran parte la oportunidad que tendrá en su vida.
- **Función económica:** La familia constituye en muchas sociedades la unidad económica básica, sus miembros trabajan juntos, como un equipo y comparten juntos el producto de sus esfuerzos, que les garantiza una mejor calidad de vida.
- **Función protectora:** La familia ofrece a sus miembros un cierto grado de protección económica, material, moral y psicológica.

b. **La cambiante familia guatemalteca:** La familia es un claro ejemplo de interrelación de las instituciones, que los cambios que se producen en su seno, reflejan los cambios en las otras instituciones con las que se unen, uno de estos cambios es el divorcio voluntario entre los cónyuges ya que anteriormente el divorcio no era tan común como en la antigüedad, y como ya anoté los cambios se van reflejando en las instituciones que integran a la familia. La estructura familiar va cambiando a través de los años con respecto a la familia guatemalteca, actualmente ha disminuido el número

de sus integrantes, son raras las familias de doce hijos como en el siglo pasado; hablando de la ciudad capital se ha estudiado que la natalidad ha disminuido, a diferencia del interior de la república se puede establecer que no se ha llegado a culturizar lo suficiente para limitar la natalidad.

2.4. El derecho de familia

a. Definición: El autor Julian Bonnecase define el derecho de familia así: “El conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.²³

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones (las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.). El interés familiar limita las facultades individuales.

El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares, estas relaciones integran el derecho civil.

Durante siglos la familia se ha revelado como una realidad orgánica, constituida por la unión íntima y jerarquizada, de un grupo extenso de personas y también como una

²³ Bonnecase. *Ob Cit.* Pág. 45.



comunidad de los bienes pertenecientes a ella dotada de una vida específica de alcance colectivo, en la cual se absorbía casi totalmente la actividad particular de los individuos así reunidos.

b. Naturaleza de las disposiciones legales relativas al derecho de familia: Tradicionalmente ha sido considerada la familia como una parte, quizás la más importante, del derecho civil; o sea, como una parte del derecho privado. En todo el transcurso de la evolución histórica del derecho de familia siempre ha estado situada entre las ramas fundamentales del derecho civil, formando, con los derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero, en los últimos tiempos gran número de tratadistas estimaron la naturaleza jurídica de este derecho poco correcta y fuera, por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del derecho.

Antonio Cicu, tratadista italiano, fue quien en sus estudios para determinar el lugar que corresponde al derecho de familia, hizo una exposición sistemática de la materia aceptando que generalmente se le trata como una parte del derecho privado; disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe de ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho.

“Si la distinción del derecho público y el derecho privado resulta, dice Cicu, de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado (posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la

relación jurídica tiene los caracteres de la relación del derecho público: interés superior y voluntades convergentes a su satisfacción; pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones, temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan".²⁴

No obstante, Cicu es reacio a admitir que el derecho de familia deba de incluirse en el derecho público. Si el derecho público es el del Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público no porque no esté sujeta, como los entes públicos a la vigilancia y a la tutela del Estado, sino porque los intereses que debe de cuidar no son como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por lo tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre el derecho público y el derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público.

Otros criterios consideran que, el derecho de familia, es una sub-rama del derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en

²⁴ Espín Canovas. **Ob. Cit.** Pág.41.



la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho, con principios propios. Sin embargo, para considerarla autónoma, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un Código de Familia (aparte de un Código Civil). Éste ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, México, entre otros.

Además y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente juzgados o tribunales de familia.

Según Puig Peña: “No se le debe conceder demasiada importancia a la catalogación del derecho familia, dentro de la división fundamental del derecho, pues que la distinción dentro del público y el privado sufre en estos momentos una grave crisis aguda, que impide establecer con absoluta precisión la diferencia cardinal entre uno y otro; sobre todo, teniendo en cuenta el trasiego constante que entre ambos campos se observa en los modernos ordenamientos. Que aunque desde un punto de vista teórico, es extraordinariamente sugestiva la posición del maestro italiano, no está sin embargo; carente de reparos, pues el propio aspecto preceptivo de las normas familiares se observa en muchas instituciones del derecho privado y a la par existen derogaciones de ese principio en el mismo derecho de la familia que mantienen una

posición de libertad en muchas de sus relaciones y especialmente en la faceta patrimonial de este derecho”.²⁵ Por su parte Castán opina que: “Desde un punto de vista práctico quizás no fuere conveniente separar el derecho de la familia de las demás ramas del derecho civil; pues las relaciones familiares van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión mortis causa, el régimen económico del matrimonio, etcétera son conceptos que en el derecho de familia y el derecho patrimonial, aparecen unidos en indisoluble consorcio”.²⁶

A manera de concluir mencionaré que según las normas relativas al derecho de familia ha de mantenerse dentro del campo del derecho privado, porque si bien es cierto que la injerencia estatal en asuntos concernientes al ámbito de la familia se nos presenta ahora con mayor intensidad, esto no significa necesariamente que las normas fundamentales relativas a la familia tengan carácter público, así como tampoco que haya necesidad de ampliar a tres las dos tradicionales ramas del derecho. Si creo conveniente que se reconozca que las disposiciones legales sobre la familia tienen una característica especial, sobre todo en lo que a la obligatoriedad y al formalismo se refiere, más no debe de perderse de vista que la familia en sí y las relaciones que en ella se derivan, pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposibles de adecuarse con certeza en el ámbito de la acción del derecho público y no ameritan crear otra rama del derecho.

²⁵ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 51.

²⁶ Castán Tobeñas. **Ob. Cit.** Pág. 48.

c. División del derecho de familia y materias comprendidas en su regulación legal: Respecto a la división del derecho de familia, puedo decir que el derecho de familia lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo.

En sentido objetivo se entiende por derecho de familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros.

El derecho de familia objetivo se divide, a su vez, en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial, el primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; el segundo tiene como función ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Se divide también el derecho de familia en derecho matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges y el derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre; del matrimonio o del concubinato, o de actos voluntarios regulados por la ley. Las tutelas y curatelas aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia.

Puig Peña, a ese respecto expone: "En el derecho familiar, al igual que en cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho subjetivo y

objetivo. Será derecho de familia subjetivo aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanados de la especial configuración que la familia tiene en el derecho. Derecho de familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares. En el sentido objetivo es corriente, entre los autores dividirlo en derecho de familia puro o personal o derecho patrimonial o aplicado a los bienes familiares. El primero regula los vínculos personales de la organización y se puede decir que es el propio derecho de familia. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar, y aunque recibe también la sustancia propia del grupo, parece acercarse más a las otras ramas del derecho civil. Por eso tanto la antigua doctrina como algunos códigos desglosan todo lo referente al derecho patrimonial para incluirlo dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando sólo en el lugar propio del derecho de familia el puro o personal. En los modernos tiempos, sin embargo, este sistema se ha censurado con justicia por los tratadistas, pues se dice, con razón, que rompe la unidad de la doctrina disgregando las instituciones que deben estar unidas. Siguiendo esta última orientación estudiaremos conjuntamente el derecho de familia, tanto el puro como el aplicado a los bienes”.²⁷

Concluyo que, el derecho de familia es la parte del derecho civil, que preside, como se sabe, la organización de la familia y que define, en su seno, el estado de cada uno de los componentes, comprende tres órdenes de materia: primero: derecho patrimonial; su aplicación al estado de esposos; segundo: derecho del parentesco por consanguinidad

²⁷ Puig Peña. *Ob. Cit.* Pág. 25.

y filiación; y tercero: derecho del parentesco por afinidad. Estas tres partes tienen como razón que el estado de familia de una persona es susceptible de presentar tres aspectos: estado de esposos, estado de pariente consanguíneo y estado de pariente por afinidad.

El Código Civil regula unitariamente la familia, dedicando el título II del libro I, que en los respectivos capítulos trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, patria potestad, alimentos, tutela, patrimonio familiar.

El actual Código sigue más o menos, la orientación del de 1933 en las materias, salvedad hecha de que este último no regulaba la unión de hecho ni la adopción, e incluía el patrimonio familiar (o sea su equivalente, el asilo de familia) en el libro dedicado a los bienes, tratándolo juntamente con los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

2.5. El estado de familia

a. Definición: La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un estatus. A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas o aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso del soltero.

El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia. El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible.

b. Características: Es importante mencionar las características del estado de familia para entender la importancia de la familia en el ámbito jurídico.

- Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.
- Unidad: Los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.
- Indivisibilidad: La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos (por ejemplo, si es soltero, es soltero ante todos).
- Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto *erga omnes* para ejercer los derechos que de él derivan.
- Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Ejemplo: El estado de casado puede transformarse en estado de divorciado.
- Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.
- Imprescriptibilidad: El transcurso del tiempo no altera el estado de familia ni tampoco el derecho a obtener el emplazamiento (sin perjuicio de la caducidad de las acciones de estado, como por ejemplo la del Artículo 258 del Código Civil, referido a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, destinada a consolidar el estado de familia).



El estado de familia es inherente a la persona, no puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular, no puede ser transmitido *mortis causa*, no pueden subrogarse a los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores (por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos).

2.6. Acto jurídico familiar

a. Definición: Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familiares, el acto jurídico familiar es una especie dentro del género acto jurídico, la teoría general del acto jurídico (sus presupuestos y condiciones de validez, vicios, etc.) es aplicable al acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones esté predeterminado por la ley.

b. Clasificación de los actos jurídicos familiares: El acto jurídico familiar puede tener por fin inmediato la creación, modificación, conservación e incluso la extinción de relaciones familiares. Se clasifican en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia. El matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, emplazan el estado de cónyuges, de padre o madre e hijo, y de adoptante y adoptado



respectivamente. La revocación de la adopción simple desplaza del estado de familia creado por la adopción.

Hay actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales; a) Unilateral es el reconocimiento del hijo; b) Bilateral es el matrimonio.



CAPÍTULO III

3. El matrimonio

La palabra matrimonio puede ser usada para denotar la acción, contrato, formalidad o ceremonia en la que la unión conyugal es creada, o para la unión en sí en su condición de permanente. Normalmente es definido como la unión legítima entre marido y mujer. Legítimo indica la sanción de una ley, ya sea natural, religiosa, o civil, mientras que la frase, marido y mujer, implica los derechos mutuos en las relaciones sexuales, de la vida en común y de una unión permanente.

3.1. Etimología y concepto de matrimonio

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

Esta etimología quedó fijada por un texto de las Decretales en efecto, decían con frase feliz que todo lo referente al matrimonio se proyecta sobre los deberes y cargas maternas, pues el niño: “Es antes del parto, oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso”.²⁸ Creo que esta referencia a la madre como sujeto pasivo o único

²⁸ *Ibid.* Pág. 28.

depositario de los gravámenes y sinsabores de la institución no debe admitirse, pues el padre sufre también, en otro orden de relaciones, los cuidados de la casa; no parece correcto buscar una significación etimológica que haga referencia a ciertos efectos que se producen en la institución del matrimonio.

Otra explicación más escueta y en cierta forma con otro sentido, es la que nos da el autor Escriche al asegurar que: "Tomo el nombre de las palabras latinas *matris munium* que significa oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia".²⁹

Resulta significativo que la etimología de la palabra matrimonio resalte en especial la figura de la madre. Sin embargo no se debe ver en ello su situación como sujeto pasivo o depositario de los gravámenes de la institución, al menos a las luces de la legislación de Guatemala, sino a los efectos del derecho preferentemente la causa justificativa de que la ley tienda a ser protectora del estado jurídico de la mujer en el matrimonio, ante la tradicional preponderancia del hombre, por cierto muy controvertida, y por las circunstancias de las relaciones maternofiliales que derivan generalmente una protección conjunta de la madre y de los hijos en caso de perturbación de la vida conyugal o de modificación o disolución del matrimonio.

²⁹ Escriche, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.** Pág. 1254.

Castán, a propósito de las acepciones de la palabra matrimonio, dice: “Dos acepciones tiene la palabra matrimonio, pues puede significar ya el vínculo o estado conyugal, ya el acto por el cual se origina y constituye dicha relación”.³⁰

De lo anterior se puede concluir que para caracterizar y definir el matrimonio como vínculo los escritores adoptan fórmulas muy diversas de sentido jurídico formal, de sentido sociológico o bien de tipo finalista. Las del primer grupo, o sea las de sentido jurídico formal, se fijan exclusivamente en la nota de legalidad. Al definirlo como el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley. Las del segundo grupo, de sentido sociológico, giran alrededor de la nota de permanencia, de esta forma buscando un concepto de índole histórico-sociológico entiendo que el matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura. Entre las del tercer grupo o de tipo finalista, están las que atienden a la finalidad estrictamente sexual del matrimonio y otras más aceptables que atienden a la finalidad espiritual e integral. En este último sentido ya las definiciones de los juristas romanos señalaron la constitución de una plena comunidad de la vida como finalidad jurídicamente reconocida del matrimonio. Se alude a las tres notas anteriores de legalidad, permanencia y plenitud son otros tantos aspectos parciales de la idea del matrimonio. Reuniéndolas podría definir éste como la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia. Y si quisiera definirlo en una acepción de acto, podría definir que el matrimonio es el acto solemne por medio del

³⁰ Castán Tobeñas. **Ob. Cit.** Pág. 18.

cual el hombre y la mujer constituyen entre sí una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia.

Aparte del consenso general en cuanto a considerar el matrimonio como el fundamento del derecho familiar, no se puede hablar de un concepto del mismo que sea generalmente aceptado, según se desprende, como puede verse de las ideas que anteriormente trascribí. En efecto, o se expone en términos muy amplios o ya en el ámbito jurídico, propiamente en la legislación.

El Código Civil establece una definición en el Artículo 78: "El Matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí".

Para concluir con este tema Castan dice: "Matrimonio es el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre sí una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia".³¹

3.2. Características generales del matrimonio

La forma tradicional de matrimonio es entre un hombre y una mujer, con la finalidad de constituir una familia. Esa definición ortodoxa ha sido cuestionada, de una parte, porque

³¹ *Ibíd.* Pág. 56.

se ha otorgado reconocimiento a las uniones entre un hombre y una mujer con finalidades prácticamente idénticas al matrimonio, pero que adoptan formas y denominaciones distintas. Por otro lado, el desarrollo de nuevos modelos de familia (parejas no casadas con hijos, madres solteras) han desvinculado la función reproductiva del matrimonio. Finalmente, en varios países y estados se ha producido una ampliación de derechos que ha dado reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo. En esos casos el matrimonio se realiza, generalmente, por la forma civil o de Estado, porque las normas de muchas religiones no permiten este tipo de uniones en su seno.

El matrimonio se considera una institución importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas (generalmente) no cercanas en línea de sangre (al respecto, señalo que también hay comunidades en las que se acostumbra el matrimonio entre primos o entre parientes de distintos grados). Una de sus funciones ampliamente reconocidas es la procreación y socialización de los hijos (si bien no es absolutamente necesario casarse para tener hijos), así como la de regular el nexo entre los individuos y la descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus.

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

3.3. Criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio

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

a. El matrimonio es un contrato: El acto, formalidad, o ceremonia en la que la unión matrimonial se crea, ha diferido ampliamente en épocas diferentes y entre las diferentes civilizaciones. "Uno de las primeras y más frecuente costumbre acerca del matrimonio era la captura de una mujer por parte de su futuro marido, normalmente de otra tribu a la que él pertenecía. Luego de la captura, empezaba la convivencia, y esta estaba generalmente desprovista de cualquier tipo de formalidad. La captura simbólica ha dado en gran parte pie a la costumbre de comprar esposas, la cual prevalece hasta hoy en día en muchos pueblos no civilizados, ésta ha adquirido varias formas, a veces la persona que deseaba una esposa entregaba a cambio de ella a una parienta; a veces trabajaba durante un periodo de tiempo para el padre de su futura esposa, esta costumbre es frecuente entre los antiguos hebreos; pero la más común era pagar por la novia una cantidad de dinero o con algún bien. Así como la captura, la compra se convirtió con el tiempo en un símbolo para significar la toma de una esposa y la

formación de la unión matrimonial. A veces, sin embargo, era meramente una ceremonia de acompañamiento.

Para erradicar estas situaciones y hacer que el matrimonio fuera un acto más formal la Iglesia, a fines del Imperio Romano, hizo obligatorias las proclamas de matrimonio y más tarde obligó a la celebración pública del mismo, ante párroco y en presencia de dos testigos. Esta doctrina se injerta en la tesis de los canonistas, quienes siempre han sostenido que el matrimonio es en todo caso un contrato y además e inseparablemente cuando se trata del matrimonio de los bautizados, un sacramento, pero, si bien tiene ese tronco canónico la tesis contractualista, lo cierto y verdad es que la doctrina de la naturaleza contractual del matrimonio en su aspecto estrictamente jurídico ha sido precisamente defendida por los teorizantes del liberalismo, que apoyándose en una naturaleza, han propugnado siempre la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial. Consecuencia de la consideración del matrimonio como un contrato ha sido, en primer término, la reafirmación de la tesis del matrimonio civil y en segundo lugar, la doctrina del divorcio *quod vinculum*, pues que si las nupcias han sido contraídas por el consentimiento de las partes, lógicamente el disenso de ellas puede destruirlas”.³²

b. El matrimonio es un acto jurídico mixto: Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la

³² *Ibíd.* Pág. 59.

intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de los particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto jurídico mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el alcalde municipal. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues se puede decir que si se omitiese en el acto respectivo la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

c. El matrimonio es una institución: El matrimonio, como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado que forma un todo, y al cual las partes no tienen otra opción más que adherirse. Una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente, y los efectos de la institución se producen de modo automático.

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

Conforme a nuestra legislación, el matrimonio es una institución social, por lo tanto configuran la institución matrimonial el hecho de que la mujer y el hombre se unan

legalmente (es decir cumplidos los requisitos de ley y sancionada la unión por funcionario competente); con ánimo de permanencia (elemento subjetivo no sujeto a comprobación sino a simple manifestación) y con los fines enumerados por la ley (elemento teológico que se cumple o no a través de las circunstancias en que se desarrollo la unión matrimonial, y cuya no realización puede tener singular importancia en la estabilidad y durabilidad de la misma).

3.4. Sistemas matrimoniales

Existen diferentes sistemas matrimoniales que se pueden agrupar de la manera siguiente:

- a. Sistema exclusivamente religioso: Que sólo admite el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica, o por lo menos sólo al mismo le reconoce efectos.

- b. Sistema exclusivamente civil: Surgido de la Revolución Francesa, que establece la obligatoriedad del matrimonio civil en su variedad pura, debe de celebrarse antes que el religioso, sin ser éste de ninguna manera obligatorio; otra variedad admite que pueda celebrarse después del religioso.

Generalmente se considera que el sistema de la celebración del matrimonio civil previamente a la del religioso, es una manifestación de la supremacía estatal respecto a

la Iglesia, y que el sistema de su celebración después del religioso, lo es de la independencia del Estado y de la Iglesia.

c. Sistema exclusivamente mixto: Surgido como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil. Debido a que se denomina mixto se entiende que se da tanto el matrimonio civil como el matrimonio religioso.

3.5. Requisitos personales para la validez del matrimonio

a. Generalidades: Algunas autoridades distinguen como requisitos del matrimonio, los requisitos de existencia (diversidades de sexo, consentimiento, intervención de funcionario competente) y los requisitos de validez (capacidad, consentimiento, formalidades), dado a cada uno de los distintos elementos integrantes de unos u otros requisitos, distinta proyección, según que incidan en la existencia o validez del acto matrimonial. Otros distinguen entre elementos esenciales (manifestación de voluntad de los contrayentes y del funcionario competente) y elementos y validez (capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, observación de las formalidades legales, licitud en el objeto del acto).

b. Capacidad para contraer matrimonio: La primera condición necesaria para la validez del matrimonio es la capacidad de las partes, es decir, que tanto el hombre como la mujer cuenten con la aptitud física, intelectual y moral indispensable para alcanzar los fines de la unión conyugal.



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

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

La ley entonces, da primordial importancia a la aptitud física como determinante para la celebración del matrimonio, es decir de la aptitud para contraer matrimonio, podría decir entonces que la tradición romana y el Código tratan de facilitar fundamentalmente, que, dada, la aptitud física de engendrar, si esto ocurre la nueva familia pueda surgir bajo la protección del marco legal de un matrimonio.



c. Impedimentos matrimoniales: Toda vez que el objeto primordial de la institución matrimonial es el establecimiento de una nueva familia, resulta lógico que la ley deje previstos, a manera de prohibiciones, aquellos casos en los que no proceda su autorización. “Generalmente, a esas prohibiciones se les denomina impedimentos matrimoniales, con terminología originaria del Derecho Canónico, la teoría de los impedimentos matrimoniales tuvo su origen y mayor desarrollo en el Derecho Canónico, el cual hizo de los mismos una clasificación que alcanzó aceptación universal”.³³ Conforme a dicha clasificación los impedimentos se dividen en dos grandes categorías: “Los llamados impedimentos dirimentes (de *dirimunt*, anular), constituidos por aquellas prohibiciones cuya violación produce la nulidad del matrimonio y los impedimentos impeditivos, formados también por prohibiciones, pero cuya contravención no afecta la validez del acto, aunque si da origen a la aplicación de sanciones penales a los contraventores no afecta la validez del acto”.³⁴ La misma legislación canónica, tomando en cuenta las diversas situaciones en que pueden encontrarse las personas que adolecen de alguna ineptitud de las que dan origen a un impedimento dirimente, dividió estos en absolutos y relativos. Impedimentos dirimentes absolutos imposibilidad de celebrar matrimonio con cualquier otra e impedimentos dirimentes relativos a aquellos que impiden a una persona con otra persona determinada. “La difusión que alcanzó la teoría de los impedimentos hizo que ella pasase del Derecho Canónico a la legislación de casi todos los países, aunque no sin sufrir importantes cambios. Estos consistieron, fundamentalmente, en el rechazo de que fueron objeto algunos de los impedimentos señalados por aquél, tales como los derivados del bautismo o de la confirmación, de la

³³ Puig Peña. *Ob. Cit.* Pág. 52

³⁴ *Ibid.* Pág. 51.

disparidad de cultos, de los votos solemnes y en la supresión de cierta clasificación que las leyes civiles no consideraron necesarias, como las que distinguían entre impedimentos de grado mayor y menor o secretos y públicos”.³⁵

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

El Código Civil no sigue fielmente el criterio tradicional distintivo de los impedimentos dirimentes e impedimentos impeditivos a la manera del Derecho Canónico y de aquellos inspirados en éste, por cuya razón es aconsejable atenerse a la terminología legal en esta materia, sobre todo para facilidad en la relación y comparación de preceptos y no obstante la falta de adecuada sistematización de la materia en el Código. Los impedimentos impeditivos (Illicitud del matrimonio) definidos así en la doctrina se encuentran regulados en el Artículo 89 del Decreto Ley 106 Código Civil.

³⁵ *Ibíd.* Pág. 53.

3.6. Modificación y disolución del matrimonio

a. Generalidades: La permanencia y estabilidad del matrimonio no dependen de la voluntad del legislador, quien fija las normas generales de observancia obligatoria por parte de los cónyuges, pero no puede ir más allá: circunstancia de índole personal, familiar o social, son determinantes del buen o mal suceso de un matrimonio que efectiva o aparentemente se celebró con ánimo de permanencia. Puede suceder y en efecto sucede, que la armonía conyugal desaparezca y de paso a un franco o velado antagonismo entre los cónyuges, que al acentuarse, crea una situación insostenible para uno o para ambos; o bien, circunstancias determinadas impidan la consecución de importantes fines del matrimonio.

Así, desde tiempos muy antiguos ha surgido el problema en cuanto a si el matrimonio es o no indisoluble. “Originalmente la solución sencilla: el matrimonio podía disolverse, aún mediante el repudio de uno de los cónyuges, después y en virtud de la influencia de la ideas cristianas sustentadas en principios de orden moral que fueron contrapuestos a la desorganización que acusaba el núcleo familiar, el divorcio es rechazado y admitida únicamente la separación de cuerpos o divorcio relativo, que no implicaba la disolución del vínculo matrimonial, posteriormente y especialmente a raíz de las ideas dominantes que influyeron en la Revolución Francesa, y por la clara tendencia de los legisladores a ocuparse de la materia (en pugna más o menos, abierta, la autoridad estatal y la eclesiástica) vuelven a hacer manifiesto el problema de la disolubilidad o indisolubilidad del matrimonio, resolviéndose en cada país según las ideas religiosas dominantes y las



condiciones sociales imperantes, sin perjuicio de que en muchos países sobre todo en aquellos que admiten la indisolubilidad del matrimonio, el problema sigue latente y visible a través de discusiones doctrinales y parlamentarias”.³⁶

En términos generales la disolución respecto a la conveniencia o inconveniencia del divorcio (absoluto o vincular), gira en torno a las ideas religiosas sobre el matrimonio y en torno a si la sociedad conyugal o institución social resultante del mismo puede ser disuelta, considerándose su incidencia en importantes aspectos morales que rigen el desarrollo de la sociedad.

Las disposiciones de la ley no pueden resolver aquellos problemas que gravitan en la intimidad de cada familia, como no sean en términos muy generales. Lo deseable indudablemente sería que los cónyuges al confrontar situaciones que inclinen hacia la suspensión o terminación de la vida en común, actuarán con la mayor comprensión y ecuanimidad para evitar o reducir en lo posible las implicaciones del problema naturalmente, en la práctica, esa solución es la más difícil de alcanzar, por depender en gran medida de factores temperamentales y de educación.

b. Separación de los cónyuges: Denominada simplemente separación de cuerpos o separación de personas, es definida como el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos. Su característica

³⁶ Castán Tobeñas. **Ob. Cit.** Pág. 62.



fundamental consiste en que, a pesar de traer como consecuencia la terminación de la vida en común deja vigente el vínculo matrimonial.

La legislación guatemalteca regula lo relativo a la separación de los cónyuges permitiendo la materia a la competencia de los tribunales específicos del orden común, desde la promulgación del Código de 1877.

c. Clases de separación: Puede distinguirse claramente dos clases de separación del matrimonio: la separación de hecho y la legal. La separación de hecho se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar por su voluntad o de común acuerdo con el otro a efecto que cese la vida en común, sin mediar en todo caso previa resolución judicial, esta clase de separación no es la propiamente regulada por la ley, pero puede producir determinados efectos jurídicos, por ejemplo el abandono voluntario de casa conyugal, por más de un año, es causa para obtener la separación legal o el divorcio; el abandono injustificado del hogar 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; y en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación.

La separación legal (o separación de cuerpos o divorcio relativo) es aquella que es declarada judicialmente y modifica el 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 unión matrimonial consagrados en la legislación guatemalteca.



La separación legal modifica el matrimonio, pero deja subsistente el vínculo matrimonial, la institución en sí.

La separación de personas, así como el divorcio puede ser solicitada y declararse de acuerdo con lo que establece el Artículo 154 del Código Civil: "1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y, 2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada; no podrá pedirse sino después de un año contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio", disposición cuya razón de ser puede encontrarse en el deseo del legislador de establecer un plazo determinado suficiente a los efectos de lograr la permanencia de una unión prematuramente en conflicto.

d. El divorcio: El tema del divorcio ha estado desde hace mucho tiempo ligado a dos criterios radicalmente distintos: el eclesiástico y el estatal. Según el primero únicamente es aceptable el denominado divorcio no vincular o relativo (separación de personas) dado que el matrimonio es indisoluble, como no sea por la muerte de uno de los cónyuges o por razones especialísimas determinadas y apreciadas por la Iglesia; la cual, en última instancia, ha visto con agrado que la legislación civil acepte esa forma de divorcio y nada más. Según criterio estatal generalizado, es recomendable y no existe razón valedera en contra, que un matrimonio pueda disolverse si no se alcanzaron las finalidades del mismo, se puede hablar entonces de dos tendencias: una desfavorable al divorcio y la otra favorable al mismo.



El divorcio propiamente dicho produce la disolución del vínculo matrimonial, o sea del matrimonio, lo cual supone necesariamente que los cónyuges estén vivos y en todo caso que el matrimonio sea válido; sino es válido, se le impugnará por insubsistencia o por nulidad, sin perder de vista en este último caso que por quedar la petición de nulidad a criterio de la parte agraviada, puede muy bien demandarse el divorcio y no la nulidad de un matrimonio inicialmente viciado en tal sentido.

“En la legislación de Guatemala, el divorcio ha tenido variantes claramente deslindables. Durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez fue emitido el Decreto Legislativo 47 de fecha 19 de agosto de 1837, que admitió el divorcio como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial o sea el divorcio vincular, en sus dos formas: divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causa determinada, disponiendo que los esposos que se divorcien por cualquier causa no podían ya reunirse ni ser reconocidos en ningún concepto como tales esposos, más podía verificarse entre sí un segundo matrimonio, pasado un año de pronunciado el divorcio.

Durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios, fue abandonada esa postura, el Código de 1877 dispone que el divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial. Un cambio radical de criterio se manifiesta en el Decreto Gubernativo 484 promulgado el 12 de febrero de 1894, cuando gobernaba el país el general José María Reina Barrios, el cual contiene la ley de divorcio, basándose en que según la ley el matrimonio es un contrato civil y que por lo tanto una de sus consecuencias es indudablemente la disolubilidad del vínculo legal, pues no siendo el



matrimonio obra de la naturaleza sino del mutuo consentimiento de las partes, debe considerarse destruido desde que faltan los motivos o causas fundamentales que hicieron contraerlo; esta ley autorizó el divorcio, reconociendo: la separación de los cónyuges y el divorcio propiamente dicho, ya por mutuo consentimiento, ya por causa determinada.

Con algunas variantes los códigos de 1933 y el vigente tienen el mismo criterio en cuanto al divorcio, reconociendo la separación de personas, con efectos modificativos del matrimonio, y el divorcio por mutuo acuerdo o por voluntad de uno de los cónyuges mediante causa determinada, con efectos disolutivos del vínculo matrimonial”.³⁷

e. Regulación del divorcio en el Código vigente: El Código Civil en el Artículo 153 establece lo relativo tanto al tema de la separación como al divorcio, indicando que con la separación se modifica el matrimonio y que el divorcio lo disuelve. En relación a la declaración de divorcio el Artículo 154 dispone que: “La separación de las personas, así como el divorcio, podrán declararse: por mutuo acuerdo de los cónyuges y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada”.

El divorcio tiene como efecto propio, determinante de su naturaleza, el de disolver el vínculo conyugal dejando a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio, principio aceptado por el Artículo 161 del Código Civil.

³⁷ De Castro y Bravo, Federico. **Compendio de derecho civil.** Pág. 33.

Dado el tema central de la presente investigación es conveniente hacer una pequeña connotación y análisis de los motivos por cuales se puede solicitar el divorcio según lo regulado en la legislación vigente y por ello se presenta a continuación.

e.1. Divorcio por mutuo acuerdo: Tanto como se debate en la doctrina si es conveniente aceptar el divorcio absoluto, se discute, aún entre los partidarios del mismo, si conviene dejar al acuerdo de los cónyuges la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio por mutuo acuerdo o por mutuo consentimiento o voluntario, como también se le denomina.

“Es una figura regulada en pocos países, Guatemala entre ellos, la idea del divorcio voluntario que parte del Código Francés, se debe a Bonaparte quien logró imponerla no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre, Napoleón tenía un gran interés en mantener el divorcio voluntario en parte por la posibilidad de que Josefina 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”.³⁸

e.2. Divorcio por causa determinada: Es el típico divorcio, no en lo que se refiere a sus efectos, idénticos a los del divorcio voluntario o por mutuo acuerdo, sino en cuanto constituye precisamente la forma admitida por las legislaciones que no aceptan el

³⁸ *Ibíd.* Pág. 34.



divorcio por mutuo consentimiento. La disolución del vínculo matrimonial no queda al acuerdo de los cónyuges: es necesario que uno de estos invoque alguna o algunas de las causas que la ley ha fijado previamente como únicas razones de demandar la disolución del matrimonio. El Código Civil vigente admite numerosas causas para obtener el divorcio, 15 en total, o sea una menos que el Código de 1933.





CAPÍTULO IV

4. Derecho procesal

4.1. Definición

Cabanellas define al derecho procesal diciendo: “El que tiene los principios y normas que regulan el procedimiento, la administración de justicia ante los jueces y tribunales de las diversas jurisdicciones”.³⁹

Una definición personal de derecho procesal es un conjunto de normas y actos jurídicos que se desarrollan progresivamente en un proceso jurisdiccional cuyo fin es resolver asuntos que le han sido sometidos.

4.2. Principios procesales

Los principios son la estructura sobre la cual se construye un ordenamiento jurídico procesal y son:

- De adquisición procesal: Es el influjo recíproco de la actividad de las partes, tanto en sus efectos benéficos, como en sus efectos perjudiciales. En materia de prueba, significa que la prueba aportada por una de las partes a juicio puede favorecer o perjudicar a la otra parte; en fin sirve para evitar la duplicidad inútil de la misma.

³⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo III. Pág. 147.

- **Concentración:** En virtud de éste se pretende acelerar el proceso, mediante la acumulación de la prueba.
- **Dispositivo:** Por éste se establece que las partes son las que impulsan el proceso, y el efecto de este principio es limitar las facultades del juez, quien no puede conocer más que sobre lo que las partes someten a su decisión.
- **Economía procesal:** Por éste se establece la gratuidad del proceso en favor de las partes, y busca evitar que el órgano jurisdiccional haga gastos innecesarios.
- **Igualdad:** Por éste se garantiza que las partes tengan la misma oportunidad de actuar dentro del proceso.
- **Impulso procesal:** Consiste en asegurar la continuidad del proceso; este impulso está unas veces a cargo de las partes y otras del juez, a fin de garantizar que el mismo no quedará sin movimiento. Tiene que ver con la institución de los plazos procesales.
- **Celeridad procesal:** Pretende un proceso rápido y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan los trámites innecesarios.
- **Inmediación:** Por regla general este principio tiene que ver con el mandato de que los jueces tienen la obligación de presidir los actos de prueba. Obedece a la necesidad de que el juez o tribunal que ha de decidir el proceso tenga desde su iniciación hasta su término, un cabal conocimiento de él.
- **Eventualidad:** Consiste en aportar una sola vez todos los medios de ataque y defensa, como medida de previsión para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimado.



- **Escrituración:** En virtud del cual la mayoría de actos procesales se realizan por escrito, este principio prevalece en nuestra legislación procesal civil.
- **Oralidad:** Esta es una característica de ciertos juicios, que se desarrollan por medio de audiencias, en forma oral con concentración de pruebas y actos procesales, de todo lo cual se deja constancia por las actas que se hacen.
- **Legalidad:** Los actos procesales son válidos cuando se fundan en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe.
- **Convalidación:** Regula que se revalida un acto nulo cuando es consentido tácita o expresamente por la parte que pudo sufrir lesión por la nulidad.
- **Congruencia:** Las sentencias deben de ser congruentes no sólo consigo mismas sino también con la *litis*, tal y como quedo formulado en los escritos de demanda y de contestación.
- **Preclusión procesal:** Según este principio el paso de una fase procesal a otra, supone la clausura de la anterior, de modo que no puede volverse a aquella.
- **Probidad:** Persigue poner a las partes en situación de conducirse siempre con verdad y buena fe en el proceso.
- **Publicidad:** Se refiere más que a los litigantes al resto de la sociedad y consiste en que todos los actos procesales son accesibles al público, con reservas en asuntos de índole privado.



4.3. El proceso

a. Definición: Una definición de proceso es la que da Guasp quien dice: “El proceso es una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello”.⁴⁰

Es una sucesión de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante la intervención de un órgano jurisdiccional un conflicto o situación sometida a su conocimiento. El cual tiene por objeto alcanzar los fines del derecho.

b. Clasificación de los procesos: De acuerdo con De La Plaza la clasificación del procesos debe hacerse en un triple sentido: “Por ello, al lado del proceso jurisdiccional de cognición y de ejecución, se atribuye al proceso la misión de cumplir un fin más y entonces se habla de un proceso preventivo o cautelar”⁴¹ en virtud de lo anterior se clasifican en:

b.1. Cautelares: Cuando su finalidad es garantizar las resultas de un proceso futuro, aunque la ley no les reconoce la calidad de proceso, más bien se habla de providencias o medidas cautelares.

b.2. De conocimiento: También llamados de cognición, regulados en el libro II del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107, pretenden la declaración de un

⁴⁰ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I. Pág. 244

⁴¹ **Ibíd.** Págs. 261 y 262.

hecho controvertido, pudiendo ser: constitutivos, declarativos, de condena. Los procesos de conocimiento son: juicio ordinario, oral, sumario o arbitral.

- b.3. De ejecución: El fin de esta clase de procesos es, mediante el requerimiento judicial, el cumplimiento de un derecho previamente establecido, la satisfacción de una pretensión incumplida y para cumplimiento forzado de pretensiones preestablecidas. Están regulados en el libro III del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

4.4. Jurisdicción

- a. Definición: Es la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones; esto último como manifestación del imperio.

Para dar una definición más amplia acerca del tema Alvarado Sandoval dice: “La jurisdicción de acuerdo con la evolución histórica del derecho, se establece como el monopolio que el Estado tiene de impartir justicia, ante los conflictos que puedan surgir en la convivencia social, para lo cual crea órganos específicos que deberán conocer y resolverlos, con autoridad de cosa juzgada. Por lo que un supuesto de la jurisdicción es la existencia, precisamente, de un conflicto entre particulares”.⁴²

⁴² Alvarado Sandoval, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria.** Pág. 3.

b. Poderes de la jurisdicción: Aguirre Godoy lo define así: “las facultades de que dispone el órgano jurisdiccional, para el cumplimiento de su misión”⁴³, los poderes de la jurisdicción son todos aquellos momentos que representan el desenvolvimiento de la función jurisdiccional en el proceso es decir:

b.1. De conocimiento (*Notio*): Por este poder el órgano jurisdiccional está facultado para conocer de los conflictos sometidos a él.

b.2. De convocatoria (*Vocatio*): Por el cual el órgano jurisdiccional cita a las partes a juicio.

b.3. De coerción (*Coertio*): Para decretar medidas coercitivas cuya finalidad sea remover aquellos obstáculos que se oponen al cumplimiento de la jurisdicción.

b.4. De decisión (*Iudicium*): El órgano jurisdiccional tiene la facultad de decidir, decisión con fuerza de cosa juzgada.

b.5. De ejecución (*Executio*): Tiene como objeto imponer el cumplimiento de un mandato que se derive de la propia sentencia o de un título suscrito por el deudor y al que la ley asigna ese mérito.

c. Tipos de jurisdicción: Estos no son otra cosa que la forma en la cual se puede acceder a la justicia.

⁴³ Aguirre Godoy. *Ob. Cit.* Pág. 87.



- c.1. Ordinaria: Es la que conoce en el fuero común u ordinario, a diferencia de las especiales o privilegiadas; es decir, la extensiva a la generalidad de las personas, cosas y causas.
- c.2. Privativa: Es la ejercida exclusivamente en una causa o materia por un juez o tribunal, que priva así a todos los demás de poder intervenir en su conocimiento y decisión.

4.5. Competencia

a. Definición: Capacidad de un juez para conocer de un juicio o de una causa, la competencia fija los límites dentro de los cuales el juez puede ejercer la jurisdicción, la competencia es accesoria a la jurisdicción, lo que equivale a decir que hay jueces con jurisdicción y sin competencia, pero no hay jueces con competencia sin jurisdicción.

La competencia para Guasp es: "La atribución a un determinado órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción".⁴⁴

b. Clases de competencia: La actividad jurisdiccional se ejerce en el tiempo y en el espacio. En consecuencia, se habla que la jurisdicción posee competencias atendido el tiempo que la posee su titular y el ámbito espacial donde ella se ejerce. A continuación se presentan brevemente las clases de competencia:

⁴⁴ **Ibíd.** Pág. 89.



1) Por razón del territorio, 2) Por razón de la materia, 3) Por razón del grado, 4) Por razón de la cuantía y; 5) Por razón de turno.

c. Determinación de la competencia: Se determina en el momento en que se acude al tribunal ejercitando la acción procesal. Se determina: 1) Por razón de cuantía (Art. 7 Código Procesal Civil y Mercantil); 2) Por razón de domicilio (Art. 12 Código Procesal Civil y Mercantil); 3) Por razón de la ubicación de los inmuebles; (Art. 18 Código Procesal Civil y Mercantil); 4) Por razón de la ubicación del establecimiento comercial o industrial (Art. 19 Código Procesal Civil y Mercantil); 5) Por el lugar donde tenía su domicilio el causante (Art. 21 Código Procesal Civil y Mercantil); 6) En los casos por competencia por accesoriedad, el lugar donde se está conociendo el asunto principal (Art. 23 Código Procesal Civil y Mercantil). Para todos los asuntos concernientes a familia el órgano jurisdiccional competente es el tribunal de familia según lo regulado en el Decreto Ley 206 Ley de Tribunales de Familia.

Los tribunales de familia tienen jurisdicción privativa es por ello que es el único órgano competente para conocer todos los asuntos concernientes a la familia es decir: alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, divorcios, entre otros; es por ello que la acumulación de trabajo en dichos órganos es constante generando perjuicio a las personas que quieren por mutuo acuerdo divorciarse quienes tienen que esperar un largo tiempo para obtener la requerida situación que podría cambiar si se regulara una nueva forma extrajudicial para tramitar las diligencias del divorcio voluntario.



4.6. Jurisdicción voluntaria

a. Evolución histórica: “La nomenclatura jurisdicción voluntaria deriva del Digesto específicamente del texto de Marciano quien al parecer, con una finalidad didáctica, utiliza por primera vez la contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria. Su intención era señalar que la intervención del magistrado se produce entre personas libres que voluntariamente la solicitan, estando de acuerdo sobre la aceptación del resultado de la misma, por lo cual faltaría en estos actos el conflicto, que constituye para la doctrina moderna el verdadero origen de la jurisdicción.

La jurisdicción, para los romanos, era una facultad que poseían determinados magistrados y que les permitía intervenir en los procesos normales de carácter civil que integraban el procedimiento de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario. Ahora bien la jurisdicción era una emanación de un poder más amplio que poseían también algunos magistrados, el *imperium*, que comprendía, además de la *iuris dictio* un poder de administración y policía, administración, policía y justicia, y ciertas atribuciones especiales emanadas de una ley, como eran el nombramiento de tutores, la autorización de venta de un inmueble rústico de un menor, etcétera.”⁴⁵

Para ellos la jurisdicción implicaba la integración de tres elementos que podían o no darse a un mismo tiempo, a saber, la admisión de la demanda de acuerdo a lo pedido por el actor, la exposición del derecho aplicable al caso controvertido y la aprobación

⁴⁵ Margadant, Guillermo F. **Panorama de la historia universal del derecho.** Pág. 120



del contrato arbitral por el que las partes se comprometen a acatar la decisión del juez privado.

Este último elemento es el nexo con la jurisdicción voluntaria desde que originariamente tuvo el simple significado de aprobar, prestar conformidad, mostrarse propicio a la pretensión de una persona, utilizándose normalmente con referencia a aquellos casos en que el procedimiento en curso sólo podía lograr un determinado y definitivo efecto mediante la aprobación expresa del magistrado.

“En el Derecho Romano, por lo tanto, la función judicial estuvo siempre ligada a la administrativa, junto a esta línea evolutiva de la jurisdicción voluntaria se desarrolla la actividad de los tabeliones antecedente de los actuales notarios, profesionales libres que no son simples redactores de documentos sino conformadores de la voluntad comercial de las partes, en documentos de eficacia superior a los privados, aunque todavía en esa época sin la impronta de la fe pública. Estos a fines de la Época Clásica acrecentaron su importancia, ya que a través de un procedimiento especial conferían plena autenticidad a los documentos emanados de los mismos, sin necesidad de ser corroborados por el juramento del notario o por prueba testimonial o verificación de las escrituras.

En la Época Clásica los actos de jurisdicción voluntaria no caían dentro de la *iuris dictio*, sino en la *cognitio*. Los actos extraprocesales en que el magistrado intervenía, eran numerosos, tales como la insinuación de las donaciones, la aceptación del *testamentum*

principi oblatum, la protocolización del *testamentum apud acta conditum* (testamento por comisario); la intervención en la *in iure cessio* (consistía en una simulación de un proceso de reivindicación); y la colaboración con el tutor en determinados actos jurídicos, como, por ejemplo, la enajenación de fundos.

En la Época Postclásica se ensancha el concepto de *iuris dictio* a los actos llamados no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, ésta se refiere, en este período a la actividad del magistrado en aquellos casos en que no existía propiamente litigio, sino una simple colaboración de aquél en determinados actos tendientes a constituir ciertas relaciones jurídicas, como la manumisión, adopción, emancipación, etcétera, estos actos no litigiosos eran los antiguos actos de *cognitio*.

En España se podía distinguir, antes de la codificación, entre la jurisdicción voluntaria que se ejercía fuera de juicio, sin controversia de partes contendientes, como los actos de legitimación, adopción, la información de pobreza, etcétera y la contenciosa que es la que se ejerce en las contiendas jurídicas o habiendo contradicción entre partes".⁴⁶

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma Post Clásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo el estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobre todo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los

⁴⁶ *Ibíd.* Págs. 125-127.



administrados. La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo sólo a esta última como verdadera jurisdicción.

b. Definición: Alvarado Sandoval la define como: "Jurisdicción voluntaria constituye una serie de procedimientos, reconocidos y amparados en ley, en los que no hay litis, y que de manera potestativa, a requerimiento del o los promovientes, pueda tramitarse en forma judicial o notarial, a efecto de dar certeza jurídica en diversidad de situaciones jurídicas, que corresponden a la aceptación del negocio jurídico en sentido amplio, pero que no adquieren la calidad de cosas juzgada".⁴⁷ En mi opinión esta definición es la más comprensible con respecto a jurisdicción voluntaria ya que el autor citado ha estudiado ampliamente el tema.

En el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, se encuentra regulado en el Artículo 401 el tema de jurisdicción voluntaria, entonces son materia de esta jurisdicción, entre otras: El nombramiento de tutores, los depósitos personales, la protocolización de testamentos, las informaciones para dispensa de la ley, la disposición de bienes de menores e incapacitados, las medidas para administración de los bienes del ausente, las subastas judiciales voluntarias, las rectificaciones de partidas de nacimiento, el cambio de nombre, la sucesión intestada y testamentaria.

⁴⁷ Alvarado Sandoval. **Ob. Cit.** Pág. 9.

También se ha dado en llamar jurisdicción voluntaria al caso en que las partes por su propia voluntad deciden someter a la competencia de un juez que normalmente no era competente. El proceso de jurisdicción voluntaria tiene como objeto hacer constar hechos o realizar actos en que no esté presente la controversia entre partes y hayan producido o deban producir efectos jurídicos, siempre que no se provoque perjuicio para persona determinada.

c. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria: En términos muy generales puede definirse la jurisdicción contenciosa como aquella, ante la cual se tramitan los juicios contenciosos o contradictorios. Existe controversia o contradicción entre las partes; se requiere de un juez y de una decisión que la dirima. Hay litigio, contienda, controversia o discusión. La jurisdicción contenciosa es la jurisdicción propiamente dicha.

Para tener otra definición de jurisdicción contenciosa Alvarado Sandoval dice al respecto: "Esta constituye el prototipo de la jurisdicción, se caracteriza por la existencia de un conflicto entre particulares, o entre un particular y el Estado, y la intervención de un tercero, quien está facultado legalmente por la ley para conocer, es decir un juez, que goza de competencia para atender ese tipo de controversias según los criterios de materia, cuantía, territorio y grado que ya conocemos".⁴⁸

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 9.



De acuerdo, a la materia, la jurisdicción contenciosa puede ser de varias clases: civil, penal, constitucional (el habeas hábeas, el juicio de amparo y el proceso de inconstitucionalidad), mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo.

Existe también jurisdicción contencioso militar, a la que están sometidos los miembros de la fuerza armada en el servicio activo de los delitos y faltas puramente militares que cometan.

Jurisdicción voluntaria, al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, en la que como se ha dicho, hay controversia entre partes, en la jurisdicción voluntaria no existe esa controversia, ni dualidad de partes, se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar

Doctrinariamente se sostiene que también hay:

- Jurisdicción voluntaria de los árbitros en los juicios de compromiso.
- Jurisdicción voluntaria de los jueces ordinarios, cuando ejercitan su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hubiere contención de partes.
- Jurisdicción voluntaria en el caso de la jurisdicción prorrogada.

Partiendo de lo que esencialmente caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la no contención de partes, apropiadamente puede afirmarse que en el primero de los casos no se está en presencia de este tipo de jurisdicción, pues, en definitiva los árbitros, a

través del laudo arbitral, resolverán una controversia, la que ordinariamente sería resuelta por un juez común, o sea, que sí hay contención de partes, este punto de vista tiene más relevancia tratándose de los árbitros de derecho que proceden como los jueces ordinarios y arreglan sus procedimientos, como sus decisiones, a las leyes vigentes en la materia.

Si este tipo de jurisdicción recibe el nombre de voluntaria ha sido calificada así tradicionalmente, porque las partes por su propia voluntad, deciden someter la controversia a árbitros, a presente o a futuro, estos, en su nombramiento y ejercicio dependen exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes, puede afirmarse que se trata de una jurisdicción contenciosa voluntaria, contenciosa por haber controversia; voluntaria, porque las partes deliberadamente sacan su discordia del conocimiento de los jueces ordinarios para someterla al conocimiento de árbitros.

El segundo caso de jurisdicción voluntaria a que he hecho mención, es el que se conoce como jurisdicción voluntaria propiamente dicha, existe un procedimiento judicial, conoce a un juez ordinario y hay una resolución, sin que medie conflicto alguno; el juez ordinario ejercita su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hay contención de partes.

En este tipo de jurisdicción voluntaria se trata de actuaciones ante los jueces, para la solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones, lo de voluntaria desaparece. Si el interesado, para beneficio propio o para la protección

de sus intereses requiere de esas solemnidades o resoluciones, necesarias y obligadamente deberá ocurrir al juez, no porque lo quiera o no quiera.

Por las anteriores razones se ha dicho que la llamada jurisdicción voluntaria, ni es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción porque ésta lleva incluida la contención de partes, ni es voluntaria porque en muchos casos la intervención del juez se haya impuesta por la ley. Así por ejemplo, si el padre o madre por necesidad desea vender bienes inmuebles del hijo que se encuentra bajo su patria potestad, no pueden hacerlo libremente, sino que deben obtener autorización judicial y la venta debe ser en pública subasta, aquí el interesado obligadamente debe ocurrir al juez para obtener esa autorización, no voluntariamente, pues si no lo hace no podrá hacerse la venta.

Lo que caracteriza a la llamada jurisdicción voluntaria es la no contención de partes, la voluntariedad es respecto de la competencia, no respecto de la jurisdicción propiamente dicha.

Jurisdicción voluntaria en el caso de la jurisdicción prorrogada es la que ejercen los jueces sobre las personas en asuntos que, no estando sujetos a ellos, consienten en sometérselos o le son sometidos por disposición de la ley.

d. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria: Es el fundamento de su origen en relación a la rama del derecho a que pertenece y porque debe de considerarse como jurisdicción siendo las siguientes:

d.1. Teoría de la naturaleza jurisdiccional: La concepción tradicional considera a la función voluntaria como jurisdicción basándose en su etimología y en sus antecedentes históricos, la doctrina moderna que avala esta teoría pretende construir un concepto amplio de jurisdicción que comprenda esta facultad, sin embargo, los tratadistas discrepan de este elemento por lo que existen diversas posiciones en este grupo.

Otros sostienen que la jurisdicción voluntaria tiene por objeto la tutela de un interés privado, por lo cual no sería administración ya que ésta se encarga de intereses públicos y no de intereses privados.

Concluyo que la jurisdicción contenciosa y la voluntaria tienen elementos de un sustrato común, que es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto para la tutela de intereses particulares reconocidos por el mismo derecho por obra de un órgano estatal imparcial, y siendo precisamente este sustrato común la definición de jurisdicción generalmente admitida, la jurisdicción voluntaria se debe estimar verdadera jurisdicción.

d.2. Teoría de la naturaleza administrativa: En relación a esta teoría el autor Robles Acera dice: "En general es la que predomina en la doctrina italiana, francesa, alemana, española, según esta teoría la jurisdicción contenciosa es jurisdicción, mientras que la jurisdicción llamada voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales. Esta función administrativa comprende, todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el

Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de relaciones jurídicas”.⁴⁹

La diferencia entre jurisdicción y administración, debe buscarse en la existencia en el primer caso y en la ausencia en el segundo de una pretensión que constituya el objeto de cada una de aquellas actividades. La función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión; la función administrativa no exige, conceptualmente para su desarrollo, esta iniciativa o impulso exterior a sí misma, puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada, así, mientras la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general.

d.3. Teorías mixtas: Frente a esta enorme divergencia conceptual parte de la doctrina trata de conciliar ambos extremos, la jurisdiccional y la administrativa, sin resultados positivos. Después de analizar los actos voluntarios en el Derecho Positivo Español, concluyo que la mayor parte de ellos corresponden a una actividad administrativa del órgano jurisdiccional, el juez actúa más como funcionario público que como juez en la apertura de testamento, habilitación para comparecer al proceso.

⁴⁹ Robles Acera, Martín. **Guía práctica para la jurisdicción voluntaria I**. Pág. 10.



El problema se presenta con los actos constitutivos, posesión efectiva, designación de guardadores, porque la sentencia es constitutiva, por lo que su carácter jurisdiccional es más manifiesto, sin embargo, incluso en este caso tiene carácter administrativo, pero no hay que confundirlo con los actos administrativos propiamente tales, derivados de la administración pública.

4.7. Jurisdicción voluntaria notarial

La competencia del notario se remite al derecho privado, siempre que su actuación se refiera a actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, así como a los hechos que presencie, siempre que estos hechos no se califiquen como contratos.

Estas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de las actuaciones notariales deberán estar exentas de todo litigio o contienda, pues siendo así se convierte en juicio, saliéndose ya de la competencia notarial y pasando a la actividad judicial.

La llamada jurisdicción voluntaria, precisamente por su carácter anti-litigiosa, puede ser materia de la función notarial y no de la judicial, aunque en nuestro medio salvo raras excepciones toda la jurisdicción voluntaria es materia judicial.

La jurisdicción propiamente dicha, es la función estatal que se encarga de aplicar las normas de orden jurídico abstracto a un caso concreto formulado en relación con una demanda. La jurisdicción voluntaria es de naturaleza eminentemente administrativa y

subsidiaria en los órganos que administran justicia, a tal grado que se considera como actividad anómala de jueces y tribunales. Con la función notarial lo que se hace es dar realidad efectiva al derecho privado; y si al notario competen estos actos de administración pública de los derechos privados, es natural que él sea el funcionario ante quien se haga realidad esos derechos privados.

a. Evolución histórica: La jurisdicción voluntaria es más reciente que la contenciosa. La necesidad de reparar una violación del derecho por un pronunciamiento judicial apareció antes que el anhelo de prevenir por publicidad oficial de, un acto jurídico, una futura violación del derecho la confusión de una situación jurídica. También para las disposiciones administrativas de carácter jurídico constitutivo, tal en asuntos de tutela o sucesorios, se consideraba más indicada la actividad de la autoridad administrativa que un procedimiento judicial. La evolución de actos especiales de procedimientos no contenciosos comenzó en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

“El notario romano, al decir de los autores, era una especie de taquígrafo, que, al servicio de personas que ejercían actividades públicas, tomaba nota de los discursos, como taquígrafos los notarios, en un segundo tiempo, formaban un cuerpo al servicio de los tribunales, donde cumplían funciones que hoy desempeñan los secretarios judiciales, esos notarios, de funcionarios estatales, pasaron a formar luego parte de la casa del emperador.

A imitación de estos funcionarios, la Iglesia de Roma tuvo, desde el siglo III, un propio cuerpo de notarios, pero, en la Edad Imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares estuvo atribuida no ya a los notarios, sino a otro cuerpo especial de funcionarios, los *tabeliones* organizados en corporaciones. La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del *tabellio*, pero no le concede la fe pública.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, y así en el siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los notarios eclesiásticos y otras categorías, que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas, en la forma permitida por la ley. En el siglo IX este se llegó, incluso, a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato, era el juez”.⁵⁰

Hay autores que dan al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, así como la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, así el notario es desprendimiento del juez.

“En el curso del siglo XI con más exactitud, entre los siglos XI y XII, el notario italiano que había conseguido un alto prestigio y una gran difusión adquiere la fe pública; consigue que los documentos notariales, para ser válidos y producir la eficacia de *actio*

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 11.

iudicati (lo que significa que en esta época existe la ejecución personal y la semiesclavitud por deudas) no tengan necesidad de la presencia del juez.

En la historia la falta de un notario dotado de fe pública hizo que, a los efectos de hoy se derivan de ella, los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas, la *in iure cessio* (consistía en una simulación de un proceso de reivindicación) y la *in iudicio* (fue una etapa que surgió en el Derecho Procesal Romano como remedio a la confusión de los poderes).

El gran movimiento económico en Italia hace aumentar las contrataciones judiciales, entonces surge la necesidad del servicio del notario para agilizar estos trámites, pero aún se tenía dudas sobre la no intervención del juez, así es como se nombra juez ordinario al notario para todo lo que fuera actos de jurisdicción voluntaria y otros similares.

Elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se venía realizando a través de juicios. El notario encontró así, lo que en el transcurso del tiempo se ha venido estimando como función suya, típica, quedó para el juez la actividad propiamente jurisdiccional, el *ius dicere* (Es declarar ante las partes las normas jurídicas aplicables al caso concreto) en los procesos civiles”.⁵¹

⁵¹ *Ibid.* Pág. 15.



b. **Materias propias de la jurisdicción notarial voluntaria:** El campo de acción de la fe notarial se halla muy cercenado; el extendido campo que tiene el derecho privado, la existencia de la jurisdicción voluntaria, la extensión de la fe pública a otras organizaciones que no son la institución notarial en muchos actos de la administración pública y otros tantos hechos, limitan en un coeficiente muy considerable la actuación notarial.

No está desde luego desprovisto de lógica el deseo del notariado latino de que se reintegren a la órbita de la competencia del notario todas las funciones que, sin razón, le han sido sustraídas.

En tal sentido deben auspiciarse las reformas de las actuales legislaciones, ampliando el radio de acción del notariado, prolongando la función a cuanto signifique exteriorización de la vida del derecho en la normalidad y, en su consecuencia, a los actos de jurisdicción voluntaria, constitución de organismos tutelares, informaciones posesorias, etcétera.

Se encuentra entre las materias propias de la jurisdicción notarial voluntaria las siguientes:

- **Identificación de persona.** Procede realizarla cuando por un motivo voluntario o no, alguien se ha visto en caso real de que ha utilizado de manera incompleta su nombre, o bien de forma diferente a como se encuentra registrado.



- **Identificación de tercero.** Es el trámite de jurisdicción voluntaria a través del cual una persona, distinta y diferente de la que se trata de identificar, inicia las gestiones con el propósito de que se reconozca que una persona, ya fallecida (por lo regular) utilizó varios nombres, distintos con respecto a los que constan en su respectiva inscripción registral de su nacimiento.
- **Cambio de nombre.** Es el trámite de jurisdicción voluntaria que implica la adopción de un nombre distinto al que con anterioridad identificaba a la persona, y el reconocimiento de uno nuevo, que a partir de la constitución del trámite identificará a la persona en las subsiguientes relaciones y actos de su vida.
- **Subasta voluntaria.** Es el procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante el cual una persona decide voluntariamente vender un bien inmueble que le pertenece.
- **Declaración de ausencia.** Es el procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante el cual una persona solicita que se declare la ausencia de determinada persona después de cierto tiempo sin tener noticias de ésta, debido a que tiene algún interés particular.
- **Reconocimiento de preñez o parto.** Son procedimientos de jurisdicción voluntaria mediante los cuales la mujer persigue el reconocimiento de su preñez o parto como sustitutos legales a la imposibilidad o resistencia de manifestación libre de voluntad para reconocer a un hijo por parte de su progenitor.
- **Asiento extemporáneo u omisión de partidas.** Son procedimientos de jurisdicción voluntaria mediante los cuales se pretende realizar inscripciones registrales que ya sea por motivos voluntarios o involuntarios no se han realizado.



- **Rectificación de partidas.** Las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes al tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios. En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente.
- **Determinación de edad.** Es un procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante el cual una persona de avanzada edad acude ante un notario para que él la inscriba en los registros respectivos debido a que no posee ninguna documentación para demostrar quien dice ser porque no existe inscripción de su nacimiento, ni posee cédula de vecindad.
- **Disposición o gravamen de bienes de menores, incapaces o ausentes.** Estas tres personas el menor, el incapaz y el ausente, tienen en común el hecho de no poderse valer y hacer efectivos sus derechos de una manera directa, como el resto de las personas, ya que poseen derechos de goce más no el derecho de ejercicio directo. A efecto de suplir la limitación que tienen dichas personas la ley establece la figura de representante legal, quien para poder disponer o gravar los bienes de las personas a quienes representa tendrá que iniciar mediante la jurisdicción voluntaria estos trámites.
- **Patrimonio familiar.** Pueden solicitarlo: cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad; los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad; el padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios; el padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad; cualquier persona dentro de

los límites en que pueda donar o disponer libremente en su testamento. Y sólo en beneficio de los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente.

- Sucesión intestada. La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados ante el notario del último lugar del domicilio del causante, los herederos legales cuando el causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial o se declara inválida la desheredación. El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o la invalidez de la disposición que lo instituye. El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes. El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados. El testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión legal sólo funciona con respecto a los bienes de que no dispuso.
- Rectificación de área de bien inmueble urbano. Es un trámite de jurisdicción voluntaria que procede realizarlo cuando el propietario de un bien inmueble urbano, por uno u otro motivo, se encuentra de hecho de que en la inscripción registral del bien inmueble el área consignada es mayor a la que en realidad le corresponde.



Después de lo anteriormente expuesto se puede concluir que:

- Jurisdicción es una actividad desarrollada por el Estado (y aunque no se diga expresamente lo es sólo por el Estado).
- Que dicha actividad se realiza respetando una determinada forma, siendo ésta el proceso.
- Que la jurisdicción supone la existencia de partes, lo que, a su vez en materia de proceso, supone conflictos o controversias.
- Que su ejercicio da lugar a resoluciones que adquieren la calidad de cosa juzgada.
- Que la finalidad de la jurisdicción contenciosa es resolver un conflicto de intereses; mientras que la finalidad de la jurisdicción voluntaria es eliminar una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica.
- La función que realiza el Estado a través de los jueces, es lo que se llama función jurisdiccional.



CAPÍTULO V



5. Alternativas extrajudiciales para el divorcio voluntario regulado en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil

En la actualidad es innegable la actividad profesional que el notario guatemalteco viene desarrollando en asuntos de jurisdicción voluntaria, mismos que están regulados en el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, en el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y el Decreto Ley 125-83 Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano, ya que gracias a ésta las personas interesadas han podido resolver sus asuntos en una forma más rápida, ahorrándose con ello tiempo, espacio y dinero.

Es evidente que la experiencia que se ha obtenido de darle al notario la responsabilidad para conocer y tramitar asuntos no contenciosos ha sido positiva; es por ello que resulta conveniente ampliar esa responsabilidad al permitirle conocer asuntos que en la actualidad no puede tramitar conforme a la ley, a pesar de que estos no son de carácter contencioso.

La función notarial desempeña un papel muy importante en la tarea procesal, en consecuencia resulta conveniente por la misma garantía que se desprende del acto notarial, otorgar mayor participación al notario en el desarrollo del proceso. Por lo tanto, después de un análisis personal me surgió la idea de que el notario dentro de su



ejercicio profesional pueda conocer los procesos voluntarios de divorcio, no así de resolverlos, ya que esta etapa seguiría a cargo de los tribunales de familia respetándose de esta manera la jurisdicción de carácter privativo que éstos gozan.

Para comprobar la viabilidad de la presente investigación se tomaron en cuenta muchos factores o problemas que los interesados afrontan al presentar su solicitud de divorcio en el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y Familia del departamento de El Quiché tales como: a) Resoluciones de trámite con mucha lentitud, cuando las demandas son aceptadas, y no se manda a subsanar errores; b) Se señalan audiencias para las juntas conciliatorias dos o tres meses posteriores a la presentación de la solicitud, argumentando el exceso de trabajo; c) La aprobación de las bases del convenio son obstaculizadas, al exigirse garantía alimenticia demasiado rigurosa, que los interesados no son capaces de poder cumplir; d) Las sentencias se dictan con bastante retraso, y no dentro de los plazos señalados por la ley; e) El plazo del proceso se extiende muchas veces hasta un plazo de ocho meses. Estos problemas no los confrontarían los interesados si el notario tuviera la facultad de conocer los asuntos de divorcio voluntario viéndose obligado a remitirle al tribunal el expediente únicamente para que este lo resuelva, pudiendo concretarse el trámite en un mes.

Para hacer posible lo anterior es necesario hacer reformas a la ley, especialmente al Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil; en cuanto a regular una nueva alternativa del proceso voluntario de divorcio.



Muchos han sido los intentos de diferentes procesalistas para que el Congreso de la República incluya el proceso del divorcio voluntario en sede notarial, uno de ellos ha sido el procesalista Mario Aguirre Godoy quien opina que en la práctica cuando los cónyuges deciden iniciar un expediente en la vía voluntaria a fin de obtener la separación o el divorcio, lo que aparentemente causa cierta molestia a los interesados es la necesidad de tener que presentarse, personalmente ante el juez de familia. De acuerdo con lo que él piensa las partes no les agrada presentarse a los tribunales porque consideran que su problema es privado, en esa forma el trámite es conocido por mayor número de personas, ajenas a los intereses de los cónyuges. Por ello según el autor mencionado en nuestro medio, se ha pensado que todo lo que constituye tramitación de expedientes pueda ser llevado a cabo por un notario dejándose únicamente el poder de resolver y archivar el expediente al órgano jurisdiccional.

Fue por ello que el Colegio de Abogados de Guatemala le encargó a este procesalista la elaboración del proyecto de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en este proyecto incluyó la tramitación de los expedientes para obtener la separación o el divorcio por mutuo consentimiento. Pero al emitirse el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala no se incorporó en esta regulación el proyecto que estaba comprendido del Artículo 14 al 18.

Se ignoran las razones que el Congreso de la República de Guatemala tuvo para no aceptar esta parte del proyecto, según mi parecer es conveniente referirme a esa regulación puesto que en todo caso no sólo representa la aspiración del Colegio de



Abogados sino que tiene una finalidad práctica de liberar a los tribunales de la cantidad de expedientes de esa naturaleza que actualmente se tramitan, sin perjuicio de que según el proyecto, los interesados pueden optar por acudir a la vía notarial o judicial. Aunque después de realizar la presente investigación y el análisis del mismo considero que una razón para no aprobar esta parte del proyecto es en relación a que los tribunales de familia tienen jurisdicción privativa para conocer lo referente al divorcio voluntario, de acuerdo al Decreto Ley 206 Ley de Tribunales de Familia establece al respecto: "Corresponde a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea su cuantía relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar".

Guatemala está a la vanguardia de lo que es jurisdicción voluntaria en sede notarial y es por ello que a través de la presente investigación propongo un trámite más efectivo y rápido para los procesos de divorcio voluntario.

5.1. Función notarial

La función notarial es la actividad del notario llamada también el que hacer notarial. Son las diversas actividades que realiza el notario y dentro de las funciones que desempeña el notario están las siguientes:



a. **Función receptiva:** Esta actividad la desarrolla el notario cuando al ser requerido, recibe de sus clientes en términos sencillos la información, quiere decir que el notario debe escuchar a las partes.

b. **Función directiva:** Por ser el notario un jurista, puede asesorar o dirigir a sus clientes, sobre el negocio que pretende celebrar, aconsejando sobre el particular.

c. **Función legitimadora:** El notario tiene la obligación de verificar que las partes contratantes, sean efectivamente las titulares del derecho, estando obligado a calificar la representación en los casos que se ejercite, lo cual conforme a la ley y a su juicio debe ser suficiente.

d. **Función modeladora:** El notario como profesional del derecho tiene una función esencial consistente en adecuar la voluntad de las personas, encuadrándolas a las normas que regulan el negocio, constituyendo el hecho o acto jurídico a la forma legal y si en caso no se adecuara a lo establecido en la ley lo rechaza sin más trámite.

e. **Función autenticadora:** En esta función el notario da la presunción de veracidad que le confiere la ley a través de la fe pública a los hechos o actos jurídicos que le constan en el documento elaborado.

La fe pública es el poder que compete al funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas, constituyendo una garantía de autenticidad.



Dicha investidura que goza el notario ayuda a que las personas en este caso verifiquen que lo expuesto y escrito dentro del documento es cierto al firmar. Si se le da la facultad al notario de conocer los procesos de divorcio voluntario, éste dará mayor celeridad al trámite y también certeza a cada una las actuaciones como sucede actualmente en los asuntos de jurisdicción voluntaria que actualmente él tiene a su cargo.

Al estampar su firma y sello el notario, le está dando autenticidad al acto o contrato, por lo tanto estos se tendrán como ciertos o auténticos, por la fe pública de la cual está investido, y tendrán tal carácter, mientras no se pruebe lo contrario.

En el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala se encuentra regulada la jurisdicción voluntaria a partir del Artículo 401; "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 este promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes determinadas". Esta norma al establecer lo que comprende la jurisdicción voluntaria, da la pauta de que la clase de asuntos, se requiere de un juez, sin que exista controversia alguna entre las partes; es importante señalarlo ya que si no existe cuestión alguna entre las partes, no necesariamente se debe acudir a un juez, el juez debe ser el funcionario que resuelve asuntos contenciosos.



Para cumplir con el objetivo de la presente investigación, realicé entrevistas en donde descubrí aspectos relevantes del contenido del problema objeto de investigación; esto para que la misma tuviera un valor efectivo.

Se llevo a cabo la investigación de la siguiente manera: inicialmente acudí a mi fuente principal como lo es el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y Familia del departamento de El Quiché, en donde utilicé la técnica de recopilación de datos referentes a los procesos voluntarios de divorcio tramitados de enero del año dos mil nueve a mayo del año dos mil diez, contándose para ello con la colaboración de las autoridades de dicho juzgado; la investigación comprendió: a) Número de demandas presentadas; b) Número de demandas rechazadas; c) Procesos en trámite; d) Tiempo que tienen de trámite cada uno de los procesos; e) Sentencias dictadas y el tiempo que se llevo para ello.

Contemple las entrevistas que sobre el particular contestaron los funcionarios judiciales ante los que se tramitan procesos voluntarios de divorcio, notarios en ejercicio e interesados que están tramitando proceso voluntario de divorcio en el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y Familia del departamento de El Quiché.

Pude comprobar que al Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y Familia del departamento de El Quiché, durante el período de enero del año dos mil nueve al mes de mayo del año dos mil diez ingresaron 95 demandas de divorcio



voluntario, habiendo dado trámite a 92 demandas y rechazado tres demandas, se dictaron 58 sentencias, encontrándose en trámite 34 demandas, de las cuales seis son del año dos mil nueve y 28 del año dos mil diez, también se pudo comprobar que existen juicios que tienen 12 meses de encontrarse en trámite y todavía no se ha podido dictar sentencia, lo cual considero que es un lapso de tiempo bastante prologado atendiendo la naturaleza de dicho procesos, afectando con ello los intereses de las personas que necesitan obtener su divorcio, y encontré como factores influyentes para esto: a) La lentitud de los juzgados en el trámite de los procesos; y en el caso del Juzgado del departamento del Quiché la lentitud se debe en parte porque en dicho juzgado conocen de los asuntos de familia y además se encargan de conocer los asuntos laborales; b) La falta de interés para continuar el trámite por parte de los interesados; c) Los abogados directores no hacen las peticiones pertinente en el proceso, d) No se cumplen con las garantías de ley. Un alto porcentaje de los entrevistados opinó que el volumen de trabajo en el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y Familia del departamento de El Quiché, no permite dar celeridad a los procesos voluntarios de divorcio, por lo que estimaron viable que el notario pueda conocer este tipo de procesos, dado que la experiencia ha demostrado que los asuntos que conocen y tramitan, actúan con celeridad, inmediación y economía procesal lo que va en beneficio de las partes que intervienen en dichos asuntos y del propio notario que verá recompensado su esfuerzo en un lapso de tiempo relativamente corto, es por ello que se hace necesario que las autoridades creen los mecanismos legales correspondientes para tener una nueva alternativa extrajudicial del divorcio



voluntario a las ya establecidas en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.

Durante el primer Congreso del Notariado Latino, celebrado en octubre de 1948, en la ciudad de Buenos Aires Argentina, establecía que dentro de su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos exclusivamente, a la competencia notarial.

Recomendación que no sólo por la seguridad jurídica que da el notario a los actos y hechos en que interviene, sino también por el carácter histórico y conceptual del vocablo de jurisdicción voluntaria, a parte que el documento que elabora el notario, es un elemento jurídico indispensable para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Es necesario hacer estas consideraciones debido a que en la actualidad es el notario el que debería de estar conociendo y resolviendo estos asuntos de jurisdicción voluntaria, los cuales no constituyen una función administrativa y tampoco es una función judicial.

Es por ello que el notario, debería de conocer los procesos voluntarios de divorcio, ya que en estos no existe *litis* o controversias, remitiendo los mismos a los tribunales de familia para su resolución y archivo.



Dentro del Sistema del Notariado Latino: “Es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad, conservan los originales de los mismos y expidiendo copias que den fe de su contenido y además tramita asuntos de jurisdicción voluntaria”.⁵²

El Decreto 314 Código de Notariado, establece en su Artículo 1: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.

Al regularse una nueva alternativa extrajudicial de los procesos de divorcio voluntario, dándole la facultad al notario de conocer y tramitar los mismos, se lograrían beneficios muy sustanciales, como es la celeridad en su tramitación y un considerable descongestionamiento en la función jurisdiccional, toda vez que los juzgados tendrán menos trabajo que atender, poniéndole como consecuencia más y mejor atención a los asuntos contenciosos.

⁵² **Ibíd.** Pág. 8.

5.2. Procedimiento de una nueva alternativa extrajudicial para el divorcio voluntario regulado en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil

Este procedimiento tendrá como objetivo principal darle una mayor celeridad a los procedimientos del divorcio voluntario para que las personas interesadas no tengan que acudir a los tribunales de familia sino a un notario.

Es de suma importancia que las autoridades legislativas retomen el tema de crear una nueva alternativa extrajudicial para los procedimientos de divorcio voluntario otorgándole la facultad a los notarios para que estos puedan conocer y tramitar los mismos.

Una vez facultado el notario para conocer y tramitar los procedimientos de divorcio voluntario el trámite que éste debería seguir es el siguiente:

- a. Acta notarial de requerimiento para la cual deberán de presentar los siguientes documentos: a) Certificación de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimientos de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubiesen fallecido; b) Capitulaciones matrimoniales si se hubiesen celebrado); c) Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.
- b. Primera resolución dando trámite al procedimiento, decretando la suspensión de la vida en común, determinando quien provisionalmente se hará cargo de los



hijos y cuál será la pensión alimenticia que a estos le corresponda y se señalará el día para la junta conciliatoria dentro de los tres días siguientes.

- c. Notificación de la primera resolución a los interesados.
- d. Junta conciliatoria para la ratificación del procedimiento y presentación del proyecto de convenio, en el cual deberán constar los puntos establecidos en el Artículo 429 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.
- e. Resolución de trámite en la cual se acepta el convenio presentado por las partes y se remite el expediente al tribunal de familia para su debida resolución.
- f. Notificación de la resolución de trámite en la cual se acepta el convenio a los interesados.
- g. Sentencia en la cual el tribunal de familia deberá de revisar que se hayan cumplido cada uno de los requisitos anteriores para poder dictar sentencia dentro de los 15 días hábiles siguientes de haber recibido el expediente.
- h. Inscripción en los registros: la sentencia de divorcio deberá ser inscrita de oficio en el Registro Nacional de Personas y en el Registro de la Propiedad para lo cual el juez remitirá dentro del tercer día siguiente certificación de la resolución respectiva.
- i. Remisión del expediente al archivo de tribunales.



5.3. Análisis del esquema del procedimiento del divorcio voluntario como una nueva alternativa extrajudicial a la ya regulada en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil

Cuando se elaboró el esquema del procedimiento de divorcio voluntario como una nueva alternativa extrajudicial se tomó en cuenta dos cosas, la primera fue lo regulado en el Decreto 54-77 del Congreso de la República Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y la segunda lo regulado en el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, para que así cada una de las etapas contenidas en dicho esquema tuviera razón de ser al respetar la esencia de la jurisdicción voluntaria y el trámite vigente del divorcio voluntario.

Es por ello que el procedimiento consta de nueve etapas: inicia ante un notario el cual facionará el acta notarial de requerimiento para lo cual los interesados deberán de presentar los documentos establecidos en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, en dicha acta el notario deberá de incluir todos los pormenores que los interesados le vayan narrando en relación a las circunstancias que los motivaron para solicitar su divorcio voluntario, debiendo también señalar las medidas cautelares que se tomarán es decir la suspensión de la vida en común, la determinación provisional con respecto de quien se hará cargo de los hijos y la pensión alimenticia que se les pasará, así también la que el marido deberá pasar a la mujer si fuere el caso.



El notario dictará la primera resolución dándole trámite y seguimiento al procedimiento, fijando el día y hora para la junta conciliatoria dentro de un plazo de tres días; se deberá realizar la notificación correspondiente a los interesados ya que ellos deben conocer el contenido de la primera resolución. En la junta conciliatoria el notario les hará las reflexiones necesarias a los interesados para que estos desistan de continuar con el procedimiento, pero si esto no pasa deberán de ratificar la solicitud inicial y presentar el proyecto de convenio mismo que deberá de llenar los requisitos establecidos en el Artículo 429 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, lo cual quedará por escrito en la debida acta notarial que el notario deberá faccionar.

Una vez terminada la junta conciliatoria el notario dictará la resolución correspondiente en donde se tendrá por ratificada la solicitud inicial de divorcio por parte de los interesados y por aceptado el proyecto de convenio presentado el cual deberá ser analizado detenidamente por el notario para verificar que efectivamente cumple con los requisitos de ley, sino fuera así el notario dialogará con los interesados para subsanar lo que sea necesario; con esta resolución el notario remitirá el expediente al tribunal de familia para que este resuelva; posteriormente se notificará la resolución en donde se aprueba el convenio a los interesados.

El tribunal de familia una vez que reciba el expediente verificará que se hayan cumplido cada una de las etapas previas a resolver conforme a la ley y dictará sentencia dentro de los 15 días hábiles siguientes; aquí se debe tener en cuenta que los días deberán de



ser hábiles para evitar que los tribunales de familia tenga el tiempo necesario para resolver conforme a la ley debido a la importancia de esta resolución.

Una vez resuelto el tribunal de familia deberá mandar a inscribir en los registros correspondiente dicha resolución para darle al procedimiento la publicidad necesaria conforme a la ley. Y por último el tribunal de familia mandará a archivar el expediente en el archivo del tribunal.

Como se explicó anteriormente con este procedimiento se brinda una nueva alternativa extrajudicial para los procedimientos de divorcio voluntario la cual ofrece las siguientes ventajas:

- Los tribunales podrán ponerle más atención a los asuntos contenciosos ya que al no conocer y no tramitar los asuntos de divorcio voluntario el volumen de trabajo se les reducirá.
- Se podrá cumplir a cabalidad el principio de economía procesal debido a que el recurso material y humano que intervendrá en el procedimiento será menor.
- Prevenir los riesgos de incertidumbre, evitando con ello la realización de un trabajo estéril saliendo como ganador su cliente esto lo lograría el notario con suma facilidad en virtud que la naturaleza de su función es eminentemente técnica.
- El notario está facultado de fe pública para hacer constar actos o contratos en los que interviene a requerimiento de parte o por disposición de la ley situación por la cual cada una de las etapas del procedimiento presentado causan plena prueba,



pudiéndose ahorrar mucho tiempo ya que el notario podrá hacer algunas de las etapas en un mismo día.

- No se viola la jurisdicción privativa que gozan los tribunales de familia debido a que estos deberán de conocer cada uno de los trámites de divorcio voluntario ya que seguirán siendo los encargados de resolver y archivar los mismos.

Sin embargo debe entenderse que en esta nueva alternativa que se propone también se debe aplicar lo regulado en el Artículo 1 de la del Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria en lo que respecta a la oposición de alguna de las partes en los trámites de jurisdicción voluntaria; el notario deberá remitir lo actuado al tribunal que corresponda ya que de acuerdo con la ley debe abstenerse de seguir conociendo.

Complementando lo anterior hay que hacer mención también que existe opción al tramite ya sea judicial o notaria por parte de los interesados tal como lo establece el Artículo 5 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria: “Los interesados tienen opción a acogerse al trámite notarial o al judicial, según lo estime conveniente...” con base en lo anterior la presente propuesta es una alternativa del trámite de divorcio voluntario por lo que las personas que quieran iniciar dicho trámite tienen opción de escoger la vía judicial o notarial según convenga a sus intereses.



En conclusión puedo agregar que con el presente procedimiento se busca crear una nueva alternativa extrajudicial para el divorcio voluntario a la ya regulada en el Artículo 426 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil, pensando en los intereses del particular que tiene que esperar demasiado tiempo para obtener una resolución del trámite presentado en los diferentes tribunales de familia ya que no se pueden cumplir cada una de las etapas previas para ésta, espero en verdad despertar esa inquietud con la presente investigación en las autoridades legislativas para que normen esto lo más pronto posible.



CONCLUSIONES



1. En los diferentes tribunales de familia, existen innumerables expedientes de divorcio voluntario que no se han resuelto por el incumplimiento de las etapas previas para dictar sentencia, no aplicándose de esta manera los plazos regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil.
2. La jurisdicción privativa que tienen los tribunales de familia para conocer de todos los procesos de divorcio voluntario se convierte en un problema para las personas que tramitan los mismos; debido a que dichos tribunales no sólo tienen que conocer de los procesos de divorcio voluntario sino también de todos los asuntos de familia y como consecuencia la resolución de los asuntos de jurisdicción voluntaria se realizan en forma lenta o tardada.
3. Las autoridades legislativas muestran desinterés en normar que el trámite de los procesos de divorcio voluntario se realicen con una mayor celeridad y sin mayores complicaciones para los interesados, que tienen que esperar un largo tiempo para que estos finalicen.
4. Se estima de mucha importancia la inclusión de una nueva alternativa extrajudicial para la tramitación de los divorcios voluntarios, debido a que los tribunales de familia demuestran poca eficiencia en dichos trámites.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe de facultar al notario para que éste pueda conocer y tramitar los procesos de los divorcios voluntarios debiendo cumplir conforme a derecho cada una de las etapas del proceso porque con ello se evitarán errores y se podrá asegurar que se respeten los plazos establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil.
2. Para que la jurisdicción privativa que ostentan los tribunales de familia deje de ser un problema el Congreso de la República de Guatemala debe regular la facultad de los notarios para tramitar las diligencias iniciales de los divorcios voluntarios como ya se dijo; quedando los tribunales de familia encargados de resolver y archivar dichos trámites porque como se demostró en el presente trabajo de investigación el trámite de divorcio voluntario por la vía judicial se realiza en forma muy lenta.
3. Las autoridades legislativas deben de retomar el tema de normar una solución para que en las diligencias de los procesos de divorcio voluntario se cumplan los principios procesales de celeridad y economía procesal porque de esta manera se lograría un descongestionamiento en los diferentes tribunales de familia.
4. Se le sugiere al Congreso de la República de Guatemala como ente encargado de legislar, reformar el Artículo 426 del Decreto Ley 107 del Congreso de la República y el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, con el fin de incluir



la nueva alternativa extrajudicial propuesta en el presente trabajo de investigación porque con ello los interesados obtendrán su libertad en un menor tiempo.

BIBLIOGRAFÍA



AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 1t.; Guatemala: Ed. Talleres de Centro, 1973.

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias Gonzalez. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Guatemala: Ed. Fénix, 2004.

BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. Puebla, México: Ed. José M. Cajica, Jr., 1946.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasa, 1998.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, común y floral**. Madrid, España: Ed. Reus, 1962.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **Compendio de derecho civil**. Madrid, España: Ed. Talleres Tipográficos Gráficos González, 1964.

ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. París: Ed. Eugenia Maillefert y Compañía, (s.f.).

ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.



MARGARITA, Guillermo. Panorama de la historia universal del derecho. 6ª. ed.;
México, 1998.

**MELINI MINERA, Marco Tulio. Organizaciones nacionales e internacionales de
derecho notarial.** Publicación No. 21 del Instituto Guatemalteco de Derecho
Notarial Guatemala, 1988.

**MUÑOZ, Nery Roberto. El Matrimonio civil autorizado por notario y por ministro de
culto.** Tesis de grado. Guatemala, 1981.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Buenos,
Aires: Ed. Heliasta, 1966.

PUIG PEÑA, Federico. Compendio de derecho civil español. 3ª. ed.; Madrid,
España: Ed. Pirámide, S. A., 1976.

ROBLES ACERA, Martín. Guía práctica de la jurisdicción voluntaria I. México: Ed.
Constitución y Leyes S. A., 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho mexicano. México: Ed. Antigua Librería
Robredo, (s.f.).

Legislación:

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



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

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

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, 1974.

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

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

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 54-77, 1977.