

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS
CIVILES Y DE FAMILIA PARA LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA PARA
SOLICITAR EL DIVORCIO DEL AUSENTE**

FLORIDALMA SOCOP CASTILLO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMPETENCIA ENTRE LOS
JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA PARA LA DECLARACIÓN DE
AUSENCIA PARA SOLICITAR EL DIVORCIO DEL AUSENTE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FLORIDALMA SOCOP CASTILLO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDÍCAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre 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. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez

VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez

SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

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



OTTO HAROLDO RAMÍREZ VÁSQUEZ
BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
7^a. Av. 20-12 zona 1, Of. 3, 2^o Nivel, Tel: 51057113
COLEGIADO 6,225

Guatemala, 31 de agosto de 2008

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



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento a la designación que me hiciera esa unidad de tesis de fecha treinta de julio del año dos mil ocho en el cual me otorga el honor de ser el asesor de tesis de la estudiante **FLORIDALMA SOCOPI CASTILLO**, sobre el tema intitulado, **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA PARA LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA PARA SOLICITAR EL DIVORCIO DEL AUSENTE"**. Para el efecto me permito rendir opinión en el siguiente dictamen:

- a. El trabajo de investigación de la sustentante es un aporte técnico y científico al establecer un amplio contenido jurídico y doctrinario en relación al derecho de familia, abarcando sus principales fundamentos y elementos que le dan un perfil jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente.
- b. La metodología y técnicas utilizadas en la realización del trabajo de tesis fueron acordes para el desarrollo de cada uno de los capítulos, introducción, conclusiones y recomendaciones; para lo cual utilizó los métodos siguientes: analítico, para establecer los derechos y obligaciones de cada uno de los individuos que actúan en sus respectivas calidades; sintético, para tomar en cuenta la forma en que se tramitan las diligencias voluntarias de la declaración; el inductivo, se aplicó a toda la tesis, haciendo una reseña histórica, significados, vocablos y comparación; y deductivo, con el objeto de conocer las distintas doctrinas que sobre este fenómeno existe en el ámbito jurídico y social. Además, se empleó la técnica bibliográfica como análisis del contenido. El procedimiento general de la investigación, fue realizada a través de un plan de investigación, concluyendo con una propuesta de modificación al Artículo 2 de la Ley de Tribunales de Familia; demostrado en el anexo adjunto.
- c. De acuerdo a lo expuesto en el cuerpo capitular, el trabajo evidencia una adecuada redacción lo que permite entender los elementos que analiza la sustentante, los criterios técnico jurídicos que le dan fundamento a cada argumento, así como el uso adecuado de las reglas gramaticales de acuerdo a lo estipulado por la Real Academia Española.



OTTO HAROLDO RAMÍREZ VÁSQUEZ
BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
7ª. Av. 20-12 zona 1, Of. 3, 2º Nivel, Tel: 51057113
COLEGIADO 6,225

- d. El presente trabajo de investigación, no incluye cuadros estadísticos, porque la temática desarrollada no ameritó su inclusión.
- e. La contribución científica del tema investigado estriba en el análisis jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente; debido a que estos casos se ven con frecuencia y la legislación civil guatemalteca no está acorde a la realidad actual en relación a la competencia de estos juzgados.
- f. Respecto a las conclusiones, el trabajo realizado es coherente ya que reflejan un adecuado nivel de síntesis, puesto que se establecieron los elementos centrales que configuran los supuestos teóricos y la reflexión doctrinaria para fundar y definir los principales hallazgos en relación a cada capítulo, asimismo evidencia un adecuado uso de la información bibliográfica de los ausentes.
- g. Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía; se relacionan con el contenido de la tesis.

Sumado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En consecuencia en mi calidad de **Asesor** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,


OTTO HAROLDO RAMÍREZ VÁSQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARIO RENÉ CANO RECINOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante FLORIDALMA SOCOP CASTILLO, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA PARA LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA PARA SOLICITAR EL DIVORCIO DEL AUSENTE".

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

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



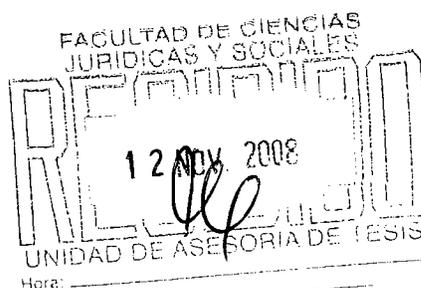
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm



MARIO RENE CANO RECINOS
ABOGADO Y NOTARIO COLEGIADO 3,733
15 Calle 9-72 zona 1, 3º. Nivel
Teléfono: 22301516 - 47534385

Guatemala, 12 de noviembre de 2008

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



Licenciado Castro Monroy:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución de fecha diecisiete de octubre del año dos mil ocho de esa unidad de tesis por la cual se me otorga el nombramiento para revisar el trabajo de tesis de la Bachiller **FLORIDALMA SOCOP CASTILLO**, sobre el tema intitulado “**ANALISIS JURIDICO DE LA COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA PARA LA DECLARACION DE AUSENCIA PARA SOLICITAR EL DIVORCIO DEL AUSENTE**”.

La tesis abarca un contenido científico y técnico, analizando jurídicamente lo fundamental que no existen presupuestos contemplados dentro de la normativa procesal civil para viabilizar el ejercicio de la competencia para la declaración.

La Bachiller **FLORIDALMA SOCOP CASTILLO**, en la elaboración de su trabajo de investigación utilizó un lenguaje correcto y el contenido de la misma es de interés para la ciudadanía guatemalteca. Siendo el trabajo un aporte científico para los estudiantes y catedráticos que manejen el tema del derecho civil especialmente en el tema de la ausencia. Dicho aporte bien merece ser tomado en cuenta por ser de impacto social, que afecta a todos los ciudadanos que tengan familiares ausentes.

Mi opinión respecto al contenido científico y técnico del trabajo de tesis, ofrece demostrar que se debe analizar la competencia de los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente, institución que tiene por objeto establecer la situación jurídica de la persona que se encuentra fuera de la República de Guatemala.



MARIO RENE CANO RECINOS
ABOGADO Y NOTARIO COLEGIADO 3,733
15 Calle 9-72 zona 1, 3°. Nivel
Teléfono: 22301516 - 47534385

En la misma se aplicó correctamente la metodología y técnicas, utilizando los métodos deductivo, inductivo, analítico y sintético y la adecuada aplicación de las técnicas de investigación bibliográfica (perífrasis, citas textuales, resumen, por mencionar algunas) dio como resultado un correcto y valioso marco teórico, y una propuesta de modificación al Artículo 2 de la Ley de Tribunales de Familia; demostrado en el anexo adjunto.

El tema es redactado de forma sistemática, dando como resultado una tesis de fácil comprensión en donde se analizan las instituciones jurídicas relacionadas al tema principal con sus definiciones y doctrinas, al mismo tiempo, se plantea la regulación legal del análisis jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. Es de resaltar que la Bachiller **FLORIDALMA SOCOPI CASTILLO**, atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario.

En consecuencia apruebo el trabajo de tesis y emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público.

Sin otro particular, atentamente,




UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de septiembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FLORIDALMA SOCOPI CASTILLO, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA PARA LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA PARA SOLICITAR EL DIVORCIO DEL AUSENTE. 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





DEDICATORIA

- A DIOS: Creador y dueño del universo, precursor de las leyes divinas y juez por excelencia.
- A MI PADRE: Felipe Nery Socop. Q.E.P.D.
- A MI MADRECITA: Rosanita Castillo. Por la entereza que siempre la caracterizó, por enseñarme el camino de la verdad y principalmente por ser la fuente en que Dios plasmó su obra al darme la vida. Gracias mamita.
- A MIS HERMANOS: Con amor.
- A MIS SOBRINOS: Por brindarme alegrías.
- A MIS CUÑADOS: Por ser mis hermanos incondicionales.
- MENCIÓN ESPECIAL A: Marina de León, por ser una maestra digna de respeto, cariño y admiración. Gracias doña Mari.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS: Por escucharme siempre.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de familia.....	1
1.1. Antecedentes históricos.....	1
1.2. División del derecho de familia.....	2
1.3. Caracteres del derecho de familia.....	4
1.4. Clasificación del derecho de familia.....	6
1.5. Origen de la familia.....	7
1.6. Características del derecho de familia.....	7
1.7. El derecho de familia en la legislación guatemalteca.....	8
1.8. Definición de familia.....	9
1.9. Características de la familia.....	11
1.10. Importancia de la familia y su regulación jurídica.....	12
1.11. Naturaleza de las disposiciones legales relativas a la familia.....	13

CAPÍTULO II

2. La ausencia.....	17
2.1. Antecedentes históricos.....	19
2.2. Importancia de la regulación jurídica de la ausencia.....	22
2.3. Naturaleza jurídica.....	24
2.4. Origen de la declaración de ausencia.....	25
2.5. Fases o etapas de la ausencia.....	25
2.5.1. Elementos.....	26
2.6. Efectos.....	27
2.6.1. Patrimoniales.....	27
2.6.2. Familiares.....	28

2.6.3. Sociales.....	29
2.7. Derechos que el representante legal del ausente puede ejercitar.....	29
2.8. Terminación del cargo de defensor judicial.....	30
2.9. Análisis comparativo doctrinario y la legislación guatemalteca.....	30
2.10. Diferencia entre ausencia y muerte presunta.....	38
2.11. Posesión definitiva de los bienes del ausente.....	39

CAPÍTULO III

3. Jurisdicción voluntaria judicial y extrajudicial de la ausencia.....	41
3.1. Principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria notarial.....	42
3.2. Inscripción en los registros.....	48
3.3. Trámite de las diligencias voluntarias extrajudiciales de ausencia.....	50
3.4. Principios que rigen en los procesos de familia.....	54
3.5. Proceso de familia.....	60
3.6. Procesos de conocimiento.....	61
3.6.1. Proceso ordinario.....	61
3.6.2. Proceso oral.....	62
3.7. Procedimientos especiales.....	63
3.7.1. Declaración de interdicción.....	64
3.7.2. Disposición y gravámenes de bienes.....	64
3.7.3. Divorcio voluntario.....	64
3.7.4. Reconocimiento de preñez o parto.....	65
3.7.5. Patrimonio familiar.....	65
3.7.5.1. Características.....	66
3.7.5.2. Elementos.....	67
3.8. Procedimiento de las diligencias voluntarias judiciales.....	70
3.9. Tramitación de la solicitud de declaración de ausencia.....	71
3.10. Declaración de ausencia.....	73



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente.....	77
4.1. Competencia.....	77
4.2. Fundamento.....	78
4.3. Clases de competencia.....	79
4.4. Otras clases de competencia.....	82
4.5. La función de la Procuraduría General de la Nación en el trámite de la ausencia.....	91
4.5.1. Antecedentes históricos de la Procuraduría General de la Nación.....	91
4.5.2. Las funciones de la Procuraduría General de la Nación entre otras.....	92
4.5.3. Misión.....	92
4.5.4. Visión.....	93
4.5.5. Objetivos.....	93
4.5.6. Marco legal.....	93
4.5.7. Procurador General de la Nación.....	94
4.6. Propuestas del trámite que debe regir dentro de la Ley de Tribunales de Familia, Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil.....	95
4.7. Trámite para iniciar otro juicio posterior relacionado con la jurisdicción de familia.....	96
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
ANEXO.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	107



INTRODUCCIÓN

La presente investigación consiste en el análisis jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente, institución que tiene por objeto establecer la situación jurídica de la persona que se encuentre fuera de la República de Guatemala o desaparecida y de quien existe incertidumbre sobre su existencia, para posteriormente entablar demanda ante un juzgado de familia cuando se trate de asuntos relacionados con dicho ramo.

Con el presente trabajo, se pretende reformar la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley Número 206, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, debido a que no existe regulación específica respecto de la competencia para la tramitación de la declaratoria de ausencia.

En el desarrollo del presente trabajo, se tomará en cuenta la forma en que se tramitan las diligencias voluntarias de declaratoria de ausencia, ya sea judicial o extrajudicial que generan elevado gasto económico y de tiempo, lo que provoca que el cónyuge interesado en divorciarse o bien en resolver cualquier otro asunto relacionado con la familia, no continúa o nunca inicia los trámites respectivos.

En la hipótesis formulada se establece que la legislación civil en cuanto a la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente, ya no es acorde a la realidad actual, por lo que la declaratoria de ausencia debe ser competencia de un juez de familia y el procedimiento flexible y oficioso, para proteger especialmente a los menores de edad, al cual el Estado debe proteger buscando para ello los mecanismos más adecuados y menos onerosos para el interesado, también creando mas juzgados de familia, que no han sido aumentados a pesar de que la población va en aumento y por lo mismo demanda de mas juzgados de dicho ramo.



Supuestos de la investigación: la declaración de ausencia debe ser competencia de un juzgado del ramo de familia.

La teoría utilizada durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, es privada debido a que dicha institución es eminentemente privada. Para ello se utilizó el método analítico, para comprender los elementos o componentes característicos; el sintético, para descubrir la esencia del tema; el inductivo, se aplicó a toda la tesis, haciendo una reseña histórica, significados, vocablos y comparación; y deductivo, con el objeto de conocer las distintas doctrinas que sobre este fenómeno existe en el ámbito jurídico y social. Además, se empleó la técnica bibliográfica como análisis del contenido. El procedimiento general de la investigación, fue realizada a través de un plan de investigación.

El desarrollo del presente trabajo se divide en cuatro capítulos de los cuales el primer capítulo, consiste en un enfoque general de todo lo relacionado con el derecho de familia; el segundo capítulo, comprende la ausencia; el tercer capítulo señala la jurisdicción voluntaria judicial y extrajudicial de la ausencia; en el cuarto y último capítulo, se expone el análisis jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente, la declaración de ausencia y los asuntos judiciales de familia, regulación de la declaración de ausencia y casos más frecuentes por los cuales se declara la ausencia.

En el presente trabajo se presenta un proyecto ley de reforma al Decreto Ley Número 206 Ley de Tribunales de Familia, para que en el futuro se tenga conocimiento del procedimiento a seguir, tomando en consideración aspectos doctrinarios y principalmente legislativos para solucionar la problemática, en lo que respecta a la competencia entre los juzgados civiles y de familia.



CAPÍTULO I

1. Derecho de familia

1.1. Antecedentes históricos

La Constitución Política de la República de Guatemala Asamblea Nacional Constituyente de 1986, establece que la familia es el génesis de toda relación entre los humanos, ya que como elemento básico de la sociedad, sobre tal institución social recae la gran responsabilidad de sostener y promover el Estado, pues si se concibe a la sociedad como un órgano, es decir como lo concibe la teoría organista, se ve que la familia viene a ser una célula dentro de ese cuerpo y si la célula enferma, el mal avanza, hasta contaminar células sanas; de allí la necesidad de una ordenación, de una disciplina que regule con objetividad la existencia y situación de tan importante institución social, lo cual da lugar al nacimiento de normas que regulen las relaciones que resulten de la familia, en función de derechos y obligaciones que sujeten al individuo al cumplimiento de los fines de la institución familia.

El derecho de familia, como el propio derecho, ha surgido como una necesidad de normar las relaciones derivadas de la familia, en las actuaciones del hombre individualmente en interrelación con otras personas y en función de derecho y obligaciones determinadas por la praxis social, a los que está sujeto el individuo para los fines de la familia.

Por ahora, dentro de estas consideraciones, conviene ubicar que se pretende la existencia de elementos naturales y disposiciones que regulen la institución social



referida y que al mismo tiempo constituyan la institución jurídica, que también será objeto de análisis.

1.2. División del derecho de familia

Gautama Fonseca, expresa que: “El derecho de familia, lo mismo que las disciplinas jurídicas, pueden 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 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 ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Se divide también en el Derecho de Familia en Derecho Matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges, y en Derecho de Parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad), o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curateías, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del Derecho de Familia”.¹

Federico Puig Peña, a ese respecto, expone: “En el Derecho de familiar, igual que en cualquiera rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho

¹ Fonseca, Gautama. Curso de derecho de familia. Pág. 14



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 emanadas de la especial configuración que la familia tiene en el Derecho. Derecho de familia objetivo es corriente entre los autores, dividirlo en Derecho de familia puro o personal y Derecho de familia patrimonial o aplicado a los bienes familiares. El primero regula los vínculos personales de la organización, y puede decir que es el propio derecho de familia, y en el que se dan además, como notas de relieve, los caracteres fundamentales que antes pusimos de manifiesto. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar, y aunque recibe también la sustancia propia del grupo, parece se acerca mas a las otras ramas del Derecho civil. Por eso, tanto la antigua doctrina como algunos códigos, entre ellos el español, 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".²

Tomando como base los conceptos ya mencionados, se desprende una definición más generalizada que se tomaría como un conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones que se establecen entre las personas que conforman la familia y por consiguiente debería ser expuesto y estudiado sistemáticamente fuera del campo del derecho privado y fuera del campo del derecho público, es decir que el derecho de familia debería ser un derecho eminentemente autónomo e independiente. Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable del derecho de familia, es

² Puig Peña, Federico. *Tratado de derecho civil*. Pág. 3

innegable que a través de los tiempos y las actuales estructuras sociales, avanzadas y no avanzadas, ha tenido y tiene en la actualidad singular importancia como centro o núcleo, según el criterio avanzado de la sociedad política y jurídicamente organizado.

El Código Civil Decreto Ley Número 106 vigente, regula unitariamente la familia, dedicándole el título II 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 y registro civil.

1.3. Caracteres del derecho de familia

Federico Puig Peña, se refiere a las partes en que se divide el derecho de familia: “Es la que ofrece un carácter más singular, ya que es de hacer notar que en el derecho de familia, se observa un fundamento natural del cual carecen el resto de las relaciones jurídicas que se pueden formar y constituir entre los hombres y la sociedad, por lo que derivado de ese fundamento natural ya que es una disciplina de estados y condiciones personales, los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que al individuo se le asigna en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social, es decir que la ley consagra estados personales, condiciones subjetivas de valor universal de las cuales se podrían mencionar los siguientes caracteres del derecho de familia”.³

- La ley de la naturaleza acentúa e impone a este aspecto una ley de las conciencias, por lo que se puede asegurar que el derecho de familia, tiene un

³ Ibid. Pág. 33.



sentido predominantemente ético y por ende, las normas que lo componen ofrecen un carácter más bien moral que jurídico.

- El predominio existente de las relaciones son estrictamente personales sobre las patrimoniales derivadas de aquellas, ya que toda vez del basamento natural de la familia hace que las relaciones personales de la misma sean más que supuestos en rango a las patrimoniales. Pero se puede mencionar que además las personales son muy características, actuando muy poco en ellas el instinto de representación y siendo que por regla general son inalterables, irrenunciables, intrasmisibles e imprescriptibles.

- De la primacía existente entre el interés social sobre el interés individual, se desprende que las normas del derecho de familia son por regla general de orden público e inderogables por actuación de la mera voluntad privada, las partes en efecto no pueden dejar de cumplir las condiciones naturales ni modificar a su arbitrio los cánones imprescriptibles del derecho de familia, ya que no pueden casarse cuando quieran, ni mucho menos adoptando la forma que estimen conveniente, ni disolver el matrimonio, incluso ni siquiera modificar los pactos patrimoniales ya establecidos, mucho menos en todas aquellas relaciones paternofiliales.

- Que en todas aquellas potestades familiares, no se tienen que tomar como potestades derechos, sino como potestades función o sea facultades ya establecidas, no en propio beneficio, sino en utilidades y régimen de los que a ella aparecen como sometidos, experimentando un evidente progreso.

- El nacimiento de una relación conyugal y como consecuencia el vínculo patrimonial con toda la fundamental doctrina de la celebración de las nupcias.
- Las relaciones establecidas entre las personas que conforman la familia son regidas por un conjunto de normas jurídicas.
- El derecho de familia tiene las características de las relaciones que se dan en el derecho público, pero no todas las relaciones que se dan en el régimen de la familia tienen esos caracteres, ya que algunas de sus instituciones pertenecen única y exclusivamente al derecho privado, por consiguiente tiende a ser un derecho autónomo e independiente.
- Se dice que el derecho de familia tutela algunos derechos generales o colectivos, siendo por ello irrenunciables y con gran intervención del Estado, como por ejemplo de esta intervención es la obligación de prestar alimentos y el capítulo constitucional relativo a la familia, que pueden tomarse como instituciones dentro del régimen familiar.

1.4. Clasificación del derecho de familia

- La regulación de vínculos personales de la organización, es el derecho de familia, por lo que se puede clasificar como derecho de familia puro o personal.
- En la aplicación de los bienes familiares, regula todo lo relacionado a los vínculos patrimoniales que se desprenden de la relación familiar, denominada como derecho patrimonial.

1.5. Origen de la familia

Federico Puig Peña, sostiene que el origen de la familia devenía de 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 matrimonios, 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”.⁴ A diferencia de Federico Engels, se refería que: “Anteriormente no existió una historia de la familia, predominando el 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 Bichofeen, que marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morga”.⁵ 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.

1.6. Características del derecho de familia

La familia posee en la mayoría de sus formas, las características generales siguientes:

- Relación sexual continuada de la pareja.

⁴ *Ibid.* Pág. 6.

⁵ Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado.* Pág. 197.



- La forma de matrimonio o institución, en la cual se establece y perdura la relación social.
- Los derechos y deberes que se generen entre esposos y los hijos.
- Nomenclatura que comprende la forma de identificar a los descendientes.
- La disposición económica entre los cónyuges, con referencia a todas aquellas necesidades relativas a la manutención, educación y protección de los hijos.

1.7. El derecho de familia en la legislación guatemalteca

La Declaración Universal de Derechos Humanos; aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, específicamente en el Artículo 25, preceptúa que: "Toda persona tiene derecho a tener un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, la educación, la seguridad y la igualdad de derechos entre los cónyuges, así como otras condiciones fundamentales y necesarias para la existencia; y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Tiene asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad".

La importancia que en Guatemala, se le ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente y muy importante, como por ejemplo se puede notar en las constituciones promulgadas en los años de 1945 y 1956 las que incluyen dentro de sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, que la considera como elemento fundamental de la



sociedad, imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan. De igual manera la Constitución Política de la República de Guatemala vigente, establece en el Artículo 47 que: "El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos".

Al amparo de este Artículo, la familia debe ser protegida socialmente, por las instituciones tanto públicas como privadas al desarrollar normas de carácter jurídico que deban promover la dignificación de la familia que motive la responsabilidad de los esposos y los hijos entre sí.

No obstante las disposiciones constitucionales regulan e indican claramente que se debe protección a la familia sobre la base del matrimonio. La sociedad guatemalteca ha sido influenciada por otras culturas, que crean vínculos de simple unión, lo que significa que las parejas hombre y mujer, deciden compartir sus vidas en una modalidad de matrimonio pero sin que ésta sea declarada legalmente, con el simple consentimiento y convivencia entre ellos, crean con esta modalidad obligaciones de carácter natural, es decir, que con estas no tienden a exigirse recíprocamente entre los convivientes el cumplimiento de ciertas obligaciones, simplemente revisten un compromiso moral entre sí y como consecuencia dejando en el desamparo a los hijos habidos durante su vigencia.

1.8. Definición de familia

El maestro Federico Puig Peña, define a la familia como "Un conjunto de personas que



conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la habitación como un punto localizado de sus actividades y su vida, o sea la relaciona con los vínculos de la sangre, de donde se deriva propiamente el concepto: la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre, se está, en el primero, ante un concepto popular y en el segundo ante el concepto propio de familia”.⁶

Para Francisco Messineo, 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 agrega que, en sentido amplio, “pueden incluirse, en el término “familia”, personas difuntas (antepasados, aún remotos), o por nacer; familia como estirpe, 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”.⁷

Federico Puig Peña, se refiere que 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 respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.⁸

Especialmente Rojina Villegas, expone que: “La familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entre tanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia, que en el parentesco por adopción, como el adoptado adquiere la

⁶ Puig Peña, **Ob. Cit.** Pág. 3.

⁷ Messineo, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial.** Pág. 33.

⁸ Puig Peña, **Ob. Cit.** Pág. 4.

situación jurídica de un hijo, con todos los derechos y obligaciones de tal, queda incorporado a la familia del adoptante”.⁹ Por lo cual, “De acuerdo con las consideraciones que anteceden, podemos concluir que la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción”.¹⁰

1.9. Características de la familia

Las distintas partes en que se divide el derecho de familia es la que ofrece un carácter singular, ya que es de hacer notar que en el derecho de familia, se observa un fundamento natural, del cual carecen el resto de las relaciones jurídicas que se pueden formar y constituir entre los hombres y la sociedad, por lo que derivado de ese fundamento natural, que es una disciplina de estados y condiciones personales, los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que al individuo se asigna en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social, es decir que la ley consagra estados personales y condiciones subjetivas de valor universal de las cuales se pueden mencionar las siguientes características del derecho de familia.

- La ley de la naturaleza acentúa e impone a este aspecto una ley de las ciencias, por lo que se confirma que el derecho de familia, tiene un sentido predominantemente ético y por ende, las normas que lo componen ofrecen un carácter más bien moral que jurídico.

⁹ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Pág. 150.

¹⁰ **Ibíd.**

- El predominio existente de las relaciones son estrictamente personales sobre las patrimoniales derivadas de aquellas, ya que toda vez la misma sea superior en rango a las patrimoniales.
- La primacía existente entre el interés social sobre el interés individual y consecuentemente se desprende que las normas del derecho de familia por regla general son de orden público.
- El nacimiento de una relación conyugal y como consecuencia el vínculo patrimonial con toda la fundamental doctrina de la celebración de las nupcias.

1.10. Importancia de la familia y su regulación jurídica

Cualquiera que sea el concepto que se considere 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 juega un papel muy importante, no sólo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su relación familiar.

La declaración universal de los derechos humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 diciembre de 1948, dispone, en el Artículo 25 que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, así como otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto". Si bien esa referencia

a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, si se pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de organización social, como existente.

La importancia que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945 y 1956, así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan. En la legislación penal se ha promovido el delito de negación de asistencia económica y el delito de incumplimiento de asistencia, en el orden familiar, Artículos 242 a 245 Código Penal, Decreto Número 17-73.

1.11. Naturaleza de las disposiciones legales relativas a la familia

“Tradicionalmente ha sido considerada la familia como una parte, quizá la más importante del derecho civil; o sea como una parte del derecho privado. En todo el decurso de la evolución histórica del derecho de familia, siempre se ha situado fundamentalmente del derecho civil, formando con los derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas”.¹¹ Pero, en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este derecho como poco correcta y fuera, por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del derecho”.¹²

¹¹ Puig Peña, Ob. Cit. Pág. 14.

¹² Puig Peña, Ob. Cit. Pág. 14.



Además otros autores expresan que “Al derecho de familia que generalmente se le trata como una parte del derecho privado, disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia, debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho”.¹³

Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado, resulta “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 de derecho público: interés superior y voluntades convergentes de organismo igual al Estado, en cuanto que 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 encomienda”.¹⁴

No obstante, Antonio Cicu, citado por Rafael Rojina Villegas, es reacio a admitir que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. “Si el derecho público es 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 está sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual, no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que

¹³ Rojina Villegas, Ob.Cit. Pág. 19.

¹⁴ *ibid.*



respondería a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público”.¹⁵

Las ideas de Antonio Cicu, “Fueron recibidas con particular interés. Han dado origen a criterios en pro y en contra de las mismas. Ahora se ha tratado de ponerlas en su justo lugar, reconociendo su importancia, pero estimándose que las normas relativas al derecho de familia han de mantenerse dentro del campo del derecho privado, porque si bien es cierto que la ingerencia estatal en asuntos concernientes al ámbito de la familia se 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 debe reconocerse que las disposiciones legales sobre la familia tienen un cariz especial sobre todo en lo que a la obligatoriedad y al formalismo se refiere, mas no debe perderse de vista que la familia en sí y las relaciones que de ellas se derivan, pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposibles de adecuarse con certeza en el radio de acción del derecho público, y no ameritan crear otra rama del derecho”.¹⁶

Federico Puig Peña, expresa refiriéndose a la reacción contra las ideas de Antonio Cicu, “Ha sido puesto de manifiesto lo siguiente: a) Que ante todo, no se debe conceder demasiada importancia a la catalogación del derecho de familia, dentro de la división fundamental del derecho, pues que la distinción entre el público y el privado sufre en estos momentos una 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 jurídicos. b) Que

¹⁵ *Ibid.* Pág. 19.

¹⁶ *Ibid.* Págs. 16 y 19.



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 y no supletivo de las normas familiares se observa en otras muchas instituciones del derecho privado, y, a la par, existen derogaciones de ese principio en el mismo derecho de familia que mantienen una posición de libertad en muchas de sus relaciones (sobre todo la adopción, la emancipación voluntaria, etc.), y especialmente en la faceta patrimonial de este derecho. c) Que desde un punto de vista práctico, quizá no fuera conveniente, como afirma Castán, separar el derecho de familia de las demás ramas de derecho civil; pues las relaciones familiares, por muy salientes que sean sus rasgos diferenciativos, van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión mortis causa, el régimen económico del matrimonio, etc., son zonas en las que el derecho de familia y el derecho patrimonial, aparecen unidos en indivisible consorcio".¹⁷

¹⁷ Puig Peña, Ob. Cit. Pág. 17.

CAPÍTULO II

2. La ausencia

“Los civilistas españoles, coinciden en afirmar que la expresión ausencia se contrapone a la de la presencia, que la ausencia es la no presencia refiriéndose, por supuesto, al concepto corriente de la palabra ausencia”.¹⁸

Guillermo Cabanellas, define: “Ausencia como la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero y sin constar además si está vivo o muerto y sin haber dejado representante”.¹⁹

Federico Puig Peña, indica que: “Ausencia como el estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida sin haberse vuelto a saber más de ella”.²⁰

Diego Espín Canovas, expresa: “Se llama ausente, en sentido vulgar, al que está fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia”.²¹

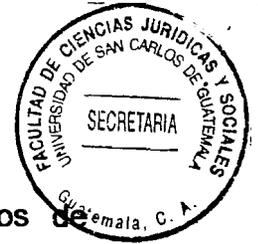
Francesco Messineo, explica así, “que la no existencia de disposiciones legales, la falta de leyes antiguas sobre la ausencia y el interés que este estado civil, inspira a todos los códigos modernos, en un fenómeno histórico de fácil explicación: las generaciones

¹⁸ Brañas, Alfonso Manual de Derecho Civil. Pág. 79

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 414.

²⁰ Puig Peña, Ob. Cit. Pág. 181.

²¹ Espín Canovas, Diego. *Manual de derecho civil español*. Pág. 150.



antiguas estaban más unidas al hogar de su patria, ya porque los medios de comunicación no eran expeditos y frecuentes, y porque el espíritu de propaganda, exploración, relaciones comerciales y científicas, no alcanzaron en la antigüedad un desarrollo tan completo como en la época moderna, cuyo sello distintivo se puede decir que es un marcado cosmopolitismo”,²² así bien es preciso reconocer la mayor facilidad en los términos actuales para adquirir noticias de los ausentes

El Código Civil Decreto Ley Número 106, en el Artículo 42 establece el concepto de ausencia en los siguientes términos: “Es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”.

Dos circunstancias son determinantes en el primer supuesto: que la persona se halle fuera de la República, y que tenga o hubiese tenido su domicilio en ella. Se da por cierto que la persona existe, que vive, y que se encuentra fuera de la República (las más de las veces conociéndose su paradero). En el segundo supuesto son circunstancias determinantes: que la persona haya desaparecido de su domicilio y que se ignore su paradero. Dada la redacción del precepto legal, no tiene importancia el hecho de que se dude o no de su existencia, aunque tal actitud mental sí pueda presentarse. Se verá, más adelante, que es el transcurso del tiempo factor determinante para que la incertidumbre respecto a la existencia del ausente cobre relevancia con proyecciones legales.

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

²² Messineo, Ob. Cit. Pág. 379.



- "Ignorar el paradero de una persona, de su residencia ordinaria o sea su jurídica en la cual puede ejercer sus derechos y obligaciones", Artículo 42 Código Civil.

- "Que exista la necesidad de que el ausente deba apersonarse y no haya dejado mandatario legalmente constituido con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante o bien defender los derechos en juicio del mismo", Artículos 188, 190, 191, de la Ley del Organismo Judicial.

- Incertidumbre, característica imprescindible, o sea la duda sobre la existencia de una persona, por no tener noticias de la misma durante un tiempo prolongado o por otras circunstancias. En la ausencia si la persona vive, aunque existe una duda leve acerca de su existencia; mientras con la muerte presunta, existen elementos indicadores que la persona, cuya declaración de fallecimiento se desea obtener, ha muerto.

- "La ausencia declarada judicialmente es una cualidad jurídica del individuo que modifica la capacidad jurídica y de obrar. Es la confirmación de la solución de incertidumbre. Debe inscribirse tal declaratoria en el Registro Civil correspondiente y en el Registro General de la Propiedad, si hubiere bienes, a fin de proteger los intereses familiares, patrimoniales o de otra índole del ausente frente a terceros", Artículos 369, 418, 423, 1149 numeral 4º del Código Civil.

2.1. Antecedentes históricos

Federico Puig Peña, indica que "En el derecho romano no existió una doctrina

sistemática sobre la ausencia, sólo aisladamente se encuentran algunas disposiciones como en el *ius positimini* y en algún cuerpo legal. “La característica del derecho romano en orden a los efectos de la ausencia, estriba en que no se presumía muerta a una persona mientras no se probase y, por tanto, no habría sucesión así como ninguna a favor de aquel”, entregándose los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos del ausente. Mientras duraba la ausencia, parecía aceptable la hipótesis de creer que se nombraría un curador especial (*curator bonrum*)”.²³

El derecho germánico, por el contrario, presumía la muerte después de haber transcurrido un lapso de tiempo relativamente breve. Parece ser que no se establecía curatela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo esta entrega, una posesión especialísima que luego se consolidaba con el transcurso del tiempo.

Durante la Edad Media varias circunstancias como las cruzadas, las constantes, guerras, etcétera, contribuyeron a que se dieran constantemente los supuestos de la ausencia y no encontrándose una doctrina sistemática, en el derecho romano, se idearon algunas soluciones, como la formulada por los estatutarios de la “presunción de muerte”, transcurridos cien años.

En el Siglo XVI los jurisconsultos italianos sistematizaron la ausencia y ha sido inspiración para las legislaciones modernas. En la historia del derecho español se hace referencia a las leyes de partidas (la Ley 12, título XI, partida 3ª. de índole más procesal que civil, ordena el nombramiento de un curador o administrador para los bienes del ausente cuando éste fuera demandado). Establecía que si el ausente se marchaba a

²³ Puig Peña, *Ob. Cit.* Pág. 310.



tierras lejanas y existía forma pública de que había muerto, bastaban diez años de ausencia, pero si se marchaba a tierras cercanas donde era difícil averiguar la verdad directamente y la fecha de la muerte, o si la ausencia no excedía de cinco años, entonces no bastaba la prueba de fama pública. Otra ley ordenaba que se proveyera de curador al ausente cuando fuera demandado. Cuando se empezó a codificar las leyes, fue en la ley hipotecaria, en la que se estableció como título inscribible en el registro de la propiedad la ejecutoria en que se declaraba la presunción de muerte del ausente; la ley de enjuiciamiento civil de España, consagró un título a regular la administración de bienes del ausente.

Modernamente existen dos sistemas legislativos: el sistema latino o francés deviene de las concepciones del Código de Napoleón en el que se distinguió tres periodos en la ausencia: "el de presunción de ausencia, ausencia declarada con posesión provisoria y la posesión definitiva, con plazos muy largos; el primero se limita a tomar medidas de protección de los intereses del ausente; en el segundo se organiza la protección de su patrimonio de modo estable, concediéndose la posesión provisional, y en el tercero se abre la sucesión del ausente. Este sistema resulta complicado, con plazos excesivamente largos para los medios de comunicación actuales, no llega nunca a la declaración de muerte del ausente, ni conoce la distinción entre ausentes y desaparecidos en una circunstancia de riesgo para las personas".²⁴

"El denominado sistema alemán o germánico es el contenido en el Código Civil alemán, promulgado en 1900, y más tarde en el Código de Suiza, con modificaciones distingue la simple ausencia material (falta de presencia) de la desaparición. En la ausencia material posibilita medidas provisionales mediante el nombramiento de una especie de curador

²⁴ *Ibid.* Pág. 379.

de los bienes. En cuanto a la desaparición o propiamente ausencia, distingue la simple desaparición y la desaparición con peligro grave para la vida (ausencia calificada). En la simple desaparición el término es de diez años para la declaración de muerte presunta, la cual no puede hacerse hasta que termine el año en que el desaparecido habría cumplido treinta y un años de edad, plazo que se reduce a cinco cuando se trata de ancianos mayores de setenta años, con menos posibilidades de sobrevivir. En los casos de ausencia calificada (guerra, siniestros), reduce los plazos a tres años y a uno en caso de naufragio”.²⁵

2.2. Importancia de la regulación jurídica de la ausencia

La ausencia no fue regulada por los sistemas jurídicos de la antigüedad, Sánchez Román explica así la no existencia de disposiciones legales: “La falta de leyes antiguas sobre la ausencia, y el interés que este estado civil inspira a todos los códigos modernos, es un fenómeno histórico legislativo de fácil explicación: las generaciones antiguas estaban más unidas al hogar de su patria, ya porque los medios de comunicación no eran tan expeditos y frecuentes, ya porque el espíritu de programas, exploración, relaciones comerciales y científicas no alcanzaron en la antigüedad un desarrollo tan completo como en la época moderna, cuyo sello distintivo pudiéramos decir que es un marcado cosmopolitismo; si bien es preciso reconocer la mayor facilidad en los tiempos actuales para adquirir noticia de los ausentes”.²⁶

En el derecho romano la ausencia no fue sistematizada. La característica del derecho

²⁵ Coviello, Nicolás. *Doctrina general de derecho civil español*. Pág. 150

²⁶ *Ibid.* Pág. 8.

romano, en orden a los efectos de la ausencia, estriba en que no se presumía muerta una persona mientras no se probase, y, por tanto, no habría sucesión, ni tampoco ninguna a su favor, entregándose los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos de aquel".²⁷

El derecho germánico por el contrario, presumía la muerte después del transcurso de un lapso relativamente breve. Parece ser, según afirma un tratadista, "Que en este derecho no establecía cautela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo esta entrega una posesión especialísima que luego se consolidaba con el transcurso del tiempo". "Varias circunstancias como las Cruzadas, las constantes guerras, etcétera, contribuyeron, durante la Edad Media, a que se dieran constantemente los supuestos de la ausencia y no encontrándose una doctrina sistematizada en el derecho romano, se idearon algunas soluciones, como la formulada por los Estatutarios de la presunción de muerte transcurridos cien años.

En el Siglo XVI los jurisconsultos italianos hicieron ya una construcción sistemática de la ausencia, que es la que principalmente ha inspirado las legislaciones modernas".²⁸

En el derecho español antiguo, las Partidas disponían que se nombrara curador al que se creía que estaba muerto cuando iba a ser demandado. No obstante, como lo expresó con acierto Sánchez Román: "Que actualmente es fácil recibir noticias de una persona ausente, la regulación jurídica de la ausencia ha sido objeto de especial interés en las legislaciones modernas y contempladas, porque precisamente las grandes facilidades de

²⁷ *Ibid.* Pág. 8.

²⁸ *Ibid.*

transporte a cualquier parte de la tierra son propicias a la vez para facilitar la ausencia de las personas de quienes no es remoto dejar de recibirse noticias, tipificándose la ausencia propiamente dicha”.²⁹ Pero ha sido la ausencia calificada (presunción de muerte por razón de una catástrofe), la que ha despertado con mayor intensidad la preocupación del legislador a efecto de resolver los casos que puedan presentarse, sobre todo con ocasión de las últimas guerras, en que de numerosas personas no se tiene la seguridad sobre si han sobrevivido o no a las acciones bélicas.

2.3. Naturaleza jurídica

No hay un acuerdo entre los tratadistas del derecho civil con respecto a la naturaleza jurídica de la ausencia. Nicolás Coviello, se refiere a la naturaleza jurídica: “Como un aspecto de la relación de la persona con un lugar o del espacio o por lo que es igual al aspecto negativo de la relación con el domicilio o sede jurídica de la persona, otros como una incapacidad de hecho por la imposibilidad en que se encuentra el ausente de ejercer personalmente los actos de la vida civil”.³⁰ Sánchez Román, expresa a la naturaleza jurídica de la ausencia: “Como una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar y otros lo consideraban como un estado civil o situación jurídica especial, toda vez que sólo mientras existía la incertidumbre de su existencia duraba la incapacidad jurídica, sin embargo el ausente podía ejercer su capacidad de obrar, ejerciendo sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones en el momento que se presentaba por si mismo o por medio de apoderado con facultades suficientes”.³¹

En realidad es un estado civil o situación jurídica especial que provoca la necesidad de

²⁹ **Ibid.** Pág. 12.

³⁰ **Ibid.**

³¹ **Ibid.**



una institución supletoria que se encarga del ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones del ausente a fin de que no queden en el abandono y que una vez aparezca el ausente o un mandatario con representación suficiente, recobra sus derechos y obligaciones.

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

2.4. Origen de la declaración de ausencia

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

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

2.5. Fases o etapas de la ausencia

- La primera fase de la ausencia se inicia con el procedimiento y al transcurso del



primer período se le denomina presunción de ausencia, ausencia presunta, ausencia de hecho o ausencia no declarada es más fuerte la presunción de que la persona vive.

- En la segunda, que es la declaración de ausencia, ausencia legal o constituida las presunciones de vida y muerte se equilibran.
- En la tercera es la presunción de muerte, la incertidumbre sobre el fallecimiento del ausente se ha transformado en una certeza.

2.5.1. Elementos

- **Ausente:** de conformidad con el Diccionario de la Real Academia: "Estar ausente. Del que está separado de alguna persona o lugar y especialmente de la población en que ordinariamente reside. Persona de quien se ignora si vive todavía y donde está"
- **Defensor judicial:** persona nombrada por el juez para la defensa en juicio del ausente, cuando éste debe responder a una demanda o debe hacer valer un derecho en juicio.
- **Guardador:** es un cargo público cuyo nombramiento es judicial y se da cuando el ausente tiene bienes que deben ser administrados.
- **Administrador:** es el representante legal del ausente o del presuntamente muerto.



Éste recibe el cargo por parte del guardador y tendrá derecho en primer lugar el cónyuge, los hijos y a falta de éstos, los parientes consanguíneos.

2.6. Efectos

2.6.1. Patrimoniales

- “La representación y defensa del patrimonio, para su conservación, se hace por medio del mandatario legalmente constituido o defensor específico nombrado **judicialmente**”, Artículo 43 y 47 del Código Civil.

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

- “Los parientes tienen derecho a hacer suyos los frutos naturales y civiles de los bienes que administran”, Artículo 59 del Código Civil.

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

- “Se reputa vivo al ausente, para el efecto de adquirir por cualquier título, mientras no se haya decretado la posesión definitiva de sus bienes, Artículo 62 del Código Civil.

2.5.2. Familiares

- “La representación conyugal se ejercerá individualmente, por declaratoria de ausencia”, Artículo 115 numeral dos Código Civil.

- “Cuando las personas llamadas a dar el consentimiento para el matrimonio de los que son menores de edad se encuentran ausentes, el juez del domicilio podrá suplir el consentimiento”, Artículo 83 del Código Civil y 425 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- “El cónyuge del ausente tendrá de modo exclusivo la patria potestad de los hijos menores con todos sus derechos y obligaciones”, Artículo 273 numeral 1º del Código Civil.

- “El cónyuge del ausente puede solicitar el divorcio para contraer nuevo matrimonio”, Artículos 77 y 155 numeral 4º. Código Civil.

- “En caso de ya no existir el otro cónyuge se le deberá nombrar tutor al hijo o hijos del ausente”, Artículo 293 del Código Procesal Civil y Mercantil.

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



2.5.3. Sociales

Las sociedades, corporaciones o asociaciones de las cuales forma parte el ausente, podrán sufrir o no, alteraciones o extinguirse según se disponga en el instrumento constitutivo o estatuto correspondiente.

2.6. Derechos que el representante legal del ausente puede ejercitar

“Administrar los bienes a favor del ausente por cualquier título, ya que para este efecto el ausente se reputa vivo”, Artículo 61 y 62 del Código Civil).

“Para heredar, lo hará por medio de su representante legítimo y en su defecto el juez a petición de cualquier persona capaz o de la Procuraduría General de la Nación, le nombrará su representante o sea su defensor judicial”, Artículo 1100 del Código Civil.

“La donación que se haga a los menores, incapaces o ausentes, la aceptarán sus representantes legales”, Artículo 1861 del Código Civil.

“Para ejercer la acción de nulidad, cuando no se haya cumplido con los requisitos que la ley establece, será ejercitada por el defensor judicial o la Procuraduría General de la Nación”, Artículo 1311 del Código Civil.

“Derecho de otorgar poderes especiales, el representante legal del ausente sólo puede otorgar poderes especiales, para asuntos determinados, que no pueden ser atendidos por él personalmente”, Artículo 1691 del Código Civil.



2.7. Terminación del cargo de defensor judicial

Desde que termine el litigio en que se le nombró. “El cargo de defensor judicial deberá finalizar desde el momento que termina el litigio para el cual fue nombrado, pues tal nombramiento es limitativo y específico. De lo contrario, el representante judicial podría hacer uso de su nombramiento en cualquier asunto judicial, lo cual eventualmente podría ser en desmedro de los intereses del ausente”, Artículo 46 literal a) del Código Civil.

Desde que se provea de guardador de bienes al ausente. “Si existen bienes que deban ser administrados, deberá nombrarse un guardador o administrador de los mismos, de tal suerte que éste deberá asumir la representación judicial del ausente, en sustitución del defensor específico y depositario provisional, en virtud de tener mejor derecho que cualquier otra persona para ejercitar la defensa de los intereses del ausente y puede representarlo en toda clase de asuntos en que tenga interés”, Artículo 46 literal b) y 49 del Código Civil.

Desde que el ausente se apersona por si o por medio de apoderado. “Cuando el ausente reaparece, él mismo responderá por sus obligaciones y por supuesto, tiene derecho a que en caso de existir bienes le sean entregados y si nombrare apoderado para poder representarlo judicialmente, sí tiene facultades suficientes para ello”, Artículo 46 literal c) Código Civil.

2.8. Análisis comparativo doctrinario y la legislación guatemalteca

“Dos grandes sistemas legislativos para regular la ausencia y en torno a sus

concepciones nuevas en las legislaciones actuales, con variantes más o menos pronunciadas en relación a los plazos y a la aceptación o no aceptación de la muerte presunta del ausente, ya en los casos de ausencia propiamente dicha, ya en los de ausencia calificada".³²

El denominado sistema francés o sistema latino surgió con el Código Civil francés, promulgado en 1804. Sus principales características son señaladas por Diego Espín Canovas, así: "El sistema del Código francés se basa en la distinción de tres períodos (presunción de ausencia, posesión provisional y posesión definitiva), con plazos muy largos; el primero se limita a tomar medidas de la protección de los intereses del ausente; en el segundo se organiza la protección de su patrimonio de modo estable, concediéndose la posesión provisional y en el tercero se abre la sucesión del ausente. Este sistema resulta complicado, con plazos excesivamente largos para los medios de comunicación actuales, no llega nunca a la declaración de muerte del ausente, ni conoce la distinción entre ausente y desaparecidos en una circunstancia de riesgos para las personas".³³

Diego Espín Canovas, expresa que: "El denominado sistema alemán o germánico es el contenido en el Código Civil alemán, promulgado en el año de 1900, y más en el Código de Suiza, con modificaciones, distingue la simple ausencia material (falta de presencia) de la desaparición. En la ausencia material posibilita medidas profesionales mediante el nombramiento de una especie de curador de los bienes. En cuanto a la desaparición o propiamente ausencia, distingue la simple desaparición y la desaparición con peligro grave para la vida (ausencia calificada). En la simple desaparición el término es de diez

³² Brañas, Alfonso. **Manual de Derecho Civil**. Pág. 79

³³ Espín Canovas, Diego. **Ob. Cit.** Pág. 73.

años para la declaración de muerte presunta, la cual no puede hacerse hasta que termine el año en que el desaparecido habría cumplido treinta y un años de edad, plazo que se reduce a cinco cuando se trata de ancianos mayores de setenta años, con menos posibilidades de sobrevivir. En los casos de ausencia calificada (guerra, siniestros), reduce los plazos a tres años y a uno en caso de naufragio”.³⁴

Las legislaciones modernas tienden a tomar como tipo el sistema alemán o germánico, adecuado a las necesidades y circunstancias de cada país y especialmente normando la presunción de muerte resultante por una calamidad natural o siniestro y cualquier caso de accidente en que se teme fundadamente por la vida de la persona que no aparece y cuyo cadáver no fue encontrado, casos en los cuales los plazos se reducen drásticamente por razón de la evidencia que hace más probable la no existencia de la persona.

En Guatemala, el Código Civil de 1877 sistematizó por primera vez la figura de la ausencia. Lógicamente, cierta influencia del Código Civil francés no pudo menos que hacerse sentir. Se ocupa de la materia en el libro I, título III, capítulo III, y Artículos 84 al 113, “consideraba ausente al individuo cuyo paradero se ignoraba o que se hallara fuera de la República. Al ausente de la República, que no hubiera dejado apoderado, cónyuges, hijos mayores, ni guardadores, se le nombraría defensor para responder demandas o hacer valer en juicio”.

“La posesión provisional de bienes era concedida después de cinco años de no tener noticia alguna del ausente, a sus herederos testamentarios o legales. Si se comprobaba la muerte o transcurría el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de setenta años,

³⁴ *Ibíd.*



sus herederos podían pedir la posesión definitiva de la herencia, tipificándose la presunción de muerte. La posesión provisional o definitiva se revocaba si se recibía noticias de que el ausente vivía.”³⁵

El Código Civil de 1933 reguló la materia en el libro I, título III, capítulo I, bajo el título, ausencia y muerte presunta. De acuerdo a este Código la ausencia se establecía que: “Es la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella y la persona ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”.

Es similar el precepto al contenido en el Código Civil de 1877, al declarado ausente se le nombrará defensor judicial para responder a una demanda o hacer valer al ausente en juicio. Previo las siguientes fases respecto a la protección de los bienes del ausente: guardaduría (guarda) o cargo del guardador de bienes, cuyas funciones en lo aplicable y no previsto por la ley, se regían por las disposiciones concernientes a la tutela; posesión provisional de bienes transcurridos tres años, si no se tenían noticias del ausente, posesión definitiva transcurridos siete años desde que se decretaba la posesión provisional; o diez desde que se tuvo la última noticia del ausente, declarándose la muerte presunta, figura esta que también se contempló para los casos de personas desaparecidas por razón de guerra, naufragio, accidente de aviación, explosión o incendio, terremoto, derrumbe, inundaciones u otro siniestro.

El Código Civil vigente, no indica taxativamente el tiempo que se necesita para solicitar la declaratoria de ausencia, por lo que se presume que puede ser solicitada cuando surja la necesidad de defender los derechos del ausente, tanto en su persona como en su patrimonio o bien entablar una demanda en contra del mismo, también cuando se

³⁵ Brañas, Alfonso Manual de Derecho Civil. Pág. 79



trate de evitar poner en peligro los bienes o derechos del ausente con el único objeto de nombrar defensor judicial o guardador, según el caso cuando se haya dejado apoderado con facultades suficientes para la defensa en juicio, el cargo de defensor judicial recaerá de preferencia en dicho apoderado.

Excepto "para entablar demanda de divorcio por causal de ausencia inmotivada, en la cual se indica taxativamente que debe haber transcurrido más de un año de la ausencia y debe promoverse mientras dure ella", de conformidad con los Artículos 155 numeral 4º y 156 del Código Civil. En el Decreto Legislativo de 1932, emitido en el año de 1933, establecía "que esta causal de divorcio podía ser solicitada cuando el abandono voluntario o la ausencia inmotivada fuere por más de dos años".

Con relación a la solicitud de declaratoria de la muerte presunta del ausente, "tiene plazo fijo de cinco años desde que se decretó la administración por los parientes, o desde que se tuvo la última noticia del ausente; y cuando sucediere en circunstancias de peligro para la vida, como lo es una guerra, naufragio de un buque o accidente de aviación, de un año; por causa de explosión, incendio terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro, no se fijó tiempo; por lo que se presume que puede solicitarse de inmediato", Artículo 63, 64 y 65 del Código Civil.

"La muerte presunta podrá declararse después de transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente y que en tal caso podrán sus herederos testamentarios o legales, pedir la posesión de la herencia", Artículo 63 del Código Civil.



Esta declaración de muerte presunta se refiere al caso de la ausencia propiamente dicha y viene a ser la culminación en el tiempo del proceso normal en cuanto a la situación de la persona declarada ausente y que no aparece y cuyos bienes no pueden quedar en situación de incertidumbre respecto a su titularidad. La drástica reducción de los términos en relación a los contemplados en los Códigos de 1877 y 1933, se explica en la exposición del código vigente, en los siguientes términos "la facilidad de las comunicaciones y los servicios internacionales que facilitan toda clase de noticias, hace innecesario esperar largos actos para definir la situación de un ausente, por lo que las legislaciones modernas reducen los términos antes señalados en los códigos civiles".

Quedò, además regulada la muerte presunta en casos de ausencia calificada (aquella que ocurre en circunstancias en que el peligro de muerte es evidente). A ese respecto dispone el Código Civil vigente, que puede, asimismo, declararse la muerte presunta: "a) de la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticias de ella; b) de la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque naufrago o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año de su desaparición; y c) de la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro", Artículo 64 del Código Civil.

En cuanto a los incisos a) y b) del citado artículo, el transcurso de un año después de terminada la guerra o de haber desaparecido la persona en el naufragio o en el accidente aéreo, es necesario para la declaración de la muerte presunta. Respecto a los casos previstos en el inciso c) desaparición por causa de explosión, incendio etcétera, no se hace mención de término alguno, por lo que ha de entenderse que la indicada

declaración puede solicitarse sin necesidad de esperar el término de un año. Quizá el legislador razonó en el sentido que no era necesaria espera alguna en esos supuestos, dada la naturaleza de los hechos de que se trata. Sin embargo, hubiese sido aconsejable mantener el año de espera, toda vez que la incertidumbre de muerte no llega a ser absoluta si el cadáver no es encontrado.

“Si no se sabe con certeza la fecha del siniestro en que se presume fallecida alguna persona, el juez fijará el día y la hora que se reputen ser los de la muerte, en vista de las circunstancias en que pueda haber ocurrido y de las pruebas que presenten los interesados. A falta de datos de la hora del fallecimiento, se fijará como tal, la última hora del día presuntivo de la muerte”, Artículo 65 del Código Civil.

Por supuesto, la ley sólo ha suplido en estas disposiciones, la falta de información sobre la exactitud del día y de la hora en que el siniestro de que se trate hubiere ocurrido. Por ello y el precepto aplicable a todos los casos en que puede declararse la muerte presunta de una persona y se hubiere declarado fijándose presuntamente el día y la hora del deceso, el código dispone “que en cualquier tiempo en que se estableciere la fecha exacta del fallecimiento del ausente, en esa fecha se considera abierta la sucesión para el efecto de declarar quiénes son los herederos”, Artículo 67 Código Civil.

En la República de Argentina se tiene contemplada únicamente la muerte presunta que se declara cuando han transcurrido seis años sin que se hubiere tenido noticias del ausente y tres años cuando fuere la desaparición en circunstancias de peligro, se cita mensualmente por el plazo de seis meses al presunto asunto, Artículo 110, 112, 113, 115, del Código Civil de Argentina



En Chile para la declaratoria de la muerte presunta, tiene que haber transcurrido por lo menos cinco años desde que desapareció el ausente. Entre las pruebas de rigor está la citación al desaparecido, que deberá de haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de dos meses entre cada dos citaciones. Las resoluciones interlocutorias como la sentencia, deben publicarse en el periódico oficial. El juez tiene facultad para recibir de oficio las pruebas que según las circunstancias convengan por el desaparecimiento, Artículo 81 Código Civil de Chile.

El Código Civil de España considera en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia, cuando hubiere desaparecido un año desde las últimas noticias o a falta de éstas; si hubiere dejado encomendado por apoderamiento la administración de todos sus bienes será de tres años. Para la declaratoria de muerte presunta tiene fijado diferentes plazos, diez años desde las últimas noticias o desde su desaparición; cinco años si dentro de ese plazo el desaparecido hubiere cumplido setenta y cinco años; y un año si hubiere desaparecido desde la fecha de un riesgo inminentemente de muerte por causa de violencia contra la vida; si es de un siniestro, tres meses; en caso de subversión de orden político o social, seis meses desde la cesación de la subversión, Artículo 160 Código Civil de España.

En México para la declaración de ausencia tienen que haber transcurrido dos años desde el día en que hubiere sido nombrado el representante. En caso que el ausente hubiere dejado apoderado general para la administración de sus bienes, se pedirá la declaratoria, cuando hubieren transcurrido tres años desde la desaparición del ausente. Fundada la demanda, se dispondrá que se publique durante tres meses con intervención de quince días, en el periódico oficial que corresponda y en los principales del último domicilio del ausente y lo remitirá a los cónsules, pasando cuatro meses desde la



publicación y no hubiere oposición, el juez declarará la ausencia. Si hay oposición o alguna noticia, no declarará la ausencia sin repetir las publicaciones indicadas y hacer la averiguación por los medios que el oponente proponga y por los que el mismo juez crea oportuno. La declaratoria de ausencia se publicará tres veces en los periódicos mencionados, con intervalos de quince días, ambas publicaciones se repetirán cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte, Artículos 669, 670 al 677 del Código Civil para el Distrito Federal de México en materia común y para toda la República.

2.40 Diferencia entre ausencia y muerte presunta

La ausencia puede solicitarse al juez de primera instancia civil del domicilio del ausente o bien ante notario, en este caso por ser de naturaleza mixta, el notario debe remitirlo al juez competente para la declaratoria de ausencia y nombramiento del defensor judicial, Artículos 49 del Código Civil, 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley Número 107; y 10 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto Número 54-77.

A diferencia de la muerte presunta que únicamente puede solicitarse ante juez competente, Artículos 63 del Código Civil y 417 del Procesal Civil y Mercantil. La declaración de ausencia se solicita para la representación en juicio y para la guarda y administración de los bienes del ausente.

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



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

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

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

2.10. Posesión definitiva de los bienes del ausente

En materia de posesión de los bienes del ausente, el Código Civil de 1933 en la exposición de motivos, "Establecía que la posesión provisional podrían pedirla los herederos testamentarios, o legales si no se tenían noticias del ausente durante tres años, pero para este efecto era necesario abrir la sucesión para conocer quiénes eran los herederos y es absurdo que se abra una sucesión y se conozca un testamento estando vivo el causante, puesto que la declaratoria de fallecimiento no podía hacerse sino varios años después de la posesión provisional. Por tales razones, se suprime la posesión provisional y se sustituye por la administración que pueden solicitar los parientes consanguíneos, quienes en el mismo orden de sucesión que ordena la ley, y como probables herederos, recibirán los bienes del guardador. Son dichos parientes los interesados en cuidar los bienes que podrán ser suyos si resultan herederos del causante, lo que no podrá saberse mientras no se conozca el testamento o se declare



judicialmente quiénes son tales herederos. Separar y caracterizar bien estos períodos, reducir los términos, determinar los casos en que procede la declaración de muerte presunta y suprimir la posesión provisional de los herederos.

En efecto y como quedó expuesto, “declarada la muerte presunta del ausente podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia, la cual corresponderá a quienes resulten herederos del ausente en la fecha señalada como día de la muerte”, Artículo 63 y 66 del Código Civil vigente.

Sin embargo, “en cualquier tiempo en que se estableciere la fecha exacta del fallecimiento del ausente, en esa fecha se considerará abierta la sucesión para declarar quiénes son los herederos”, Artículo 67 del Código Civil. Nótese que en el primer caso se trata de una presunción de muerte, suficiente para promover el proceso sucesorio, según a lo que establecen los Artículos 450 y 455 del Código Procesal Civil y Mercantil. Obtenida la correspondiente declaración de herederos, éstos pueden solicitar y obtener la posesión de los bienes” conforme a lo que establece el Artículo 417 del citado Código Procesal Civil y Mercantil “posesión que cesará cuando haya noticia comprobada de que vive el ausente; caso en el cual y desde entonces, el heredero quedará con el carácter de guardador y sujeto a todas las obligaciones de éste”, Artículo 71 Código Civil. En el caso, y por haberse llegado a saber la fecha exacta del fallecimiento del ausente, cesa la presunción de muerte ante la evidencia de la misma y al abrirse la sucesión de ésta no tiene carácter provisional como puede suceder en el caso de haberse declarado la muerte presunta.

CAPÍTULO III

3. Jurisdicción voluntaria judicial y extrajudicial de la ausencia

Siempre se ha discutido, si el término jurisdicción voluntaria es el más adecuado para los asuntos que conoce el notario y que por su propia naturaleza no tiene contención.

Manuel Ossorio, expresa que la jurisdicción voluntaria: "Es la caracterizada por no existir controversia de partes, ni exigir siquiera su dualidad. La jurisdicción contenciosa es por eso su antítesis procesal".³⁶

Luis Felipe Sáenz, expresa: "Se debe también al derecho romano la inserción del notario en los actos de jurisdicción voluntaria en efecto como producto de las confesiones prestadas por los demandados y para descargar el trabajo de los Magistrados." nació el instrumento llamado "quarentigium" o con cláusula "quarentigia" y de esa manera el juez vino a erigirse en un "iudice".³⁷

Eduardo Pallares se refiere que: "Jurisdicción voluntaria es la que el juez ejerce sin mayores solemnidades, sin estar empeñada ni proveerse cuestión alguna entre las partes, es decir que la idea sigue ajustándose al principio romano, en cuanto no exige que la cuestión se resuelva por una sentencia en sentido estricto sino por un mero reconocimiento de derecho. Es por esta naturaleza que el estudio atribuye, mediante ley, una cierta jurisdicción a los Notarios, dado que por su función de fe pública le

³⁶ Ossorio Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 410.

³⁷ Sáenz Juárez, Luis Felipe. *Jurisdicción Voluntaria en sede notarial*. Pág. 3.



pueden imprimir su ministerio a aquellos actos en los que se precisa sólo de certificar la existencia de derechos sin contención".³⁸

Mario Aguirre Godoy, concibe la jurisdicción voluntaria, como: "Una función esencialmente administrativa. Esa administración ejercida por órganos judiciales, la define como la administración pública de derecho privado ejercida por órganos judiciales".³⁹

Nuestra legislación guatemalteca contempla la jurisdicción voluntaria a partir del Artículo 401 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, a saber, la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

3.1. Principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria notarial

a) Consentimiento unánime: Nery Roberto Muñoz, lo define así: "Es el más importante porque sin la presencia de este primer principio, de nada sirve que estén presentes los demás, sin el consentimiento unánime, no tendrá sentido hablar de jurisdicción voluntaria porque éste principio implica la conformidad del instrumento desde antes de iniciar la gestión y durante ella".⁴⁰

Para que cualquier asunto de los contemplados en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77 del Congreso de la

³⁸ Pallares, Ramiro Eduardo. *Diccionario Procesal Civil*. Pág. 315.

³⁹ Aguirre Godoy, Mario. *Derecho Procesal Civil*. Pág. 5.

⁴⁰ Muñoz, Nery Roberto. *Jurisdicción voluntaria notarial*. Pág. 12.



República, pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados.

Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente.

En estos casos “el notario tendrá derecho a percibir los honorarios que se hayan pactado o los que disponga el respectivo arancel”, Artículo 1º. de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

Del consentimiento, referido anteriormente, este debe ser unánime. Es importante que todos los interesados en un asunto de jurisdicción voluntaria, estén de acuerdo con el notario que va a actuar profesionalmente en el asunto. Cualquiera de los interesados que no estén de acuerdo y así lo manifiesten en cualquier momento de la tramitación, será motivo suficiente para que el notario deje de conocer. En estos casos debe remitir el expediente al tribunal competente para que el juez siga conociendo y resuelva el asunto.

Los efectos que produce este principio son:

- Si no hay consentimiento el notario no puede actuar.
- Si en cualquier momento existe oposición el asunto se declara contencioso.



En el trámite de la ausencia, “cuando se presentan varias personas reclamando tener derecho para representar al presunto ausente, la cuestión debe resolverse por la forma de incidente y en caso de existir oposición a la declaratoria por la misma persona cuya ausencia se pretende, se sustanciará en la vía sumaria”, Artículo 413 Código Procesal Civil y Mercantil. Entonces el notario deberá abstenerse de continuar conociendo y lo enviará al centro de servicios auxiliares de la administración de justicia del Organismo Judicial, para que lo distribuya al juzgado de primera instancia civil correspondiente, conservando el notario su derecho al pago de los honorarios por las actuaciones ya realizadas.

b) Actuaciones y resoluciones: “Todas las actuaciones se harán constar con el acta notarial de requerimiento en el que se plasma la solicitud del interesado, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional pero debiendo contener la dirección de la oficina del notario, la fecha, lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. Los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario”, Artículo dos de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

El notario al faccionar actas notariales debe cumplir con los requisitos exigidos en los Artículos 60, 61 y 62 del Código de Notariado.

También se toma como base los requisitos que debe llenar de conformidad con el Artículo 61 del Código Civil y Mercantil. En estas actuaciones deben cubrirse los impuestos tanto los timbres fiscales como los notariales que la ley establece



Este principio conlleva la expresión escrituraria y externa de los expedientes de jurisdicción voluntaria notarial, por cuya virtud se impone la obligación del cumplimiento de ciertos requisitos.

Para todas las actuaciones la forma ordenada es la constancia en actas notariales, teniendo en cuenta las formalidades que establece el Artículo 61 del Código de Notariado, así como los que para el efecto disponen las leyes tributarias.

c) Colaboración de autoridad: Las autoridades están obligadas a colaborar con el notario a efecto de proporcionar los datos e informes indispensables para la tramitación de los expedientes en caso fuere necesario. Si dichos informes no fueron proporcionados después de tres requerimientos, se puede solicitar la colaboración de los órganos jurisdiccionales para obligar al desobediente a cumplir con lo requerido. Los requerimientos se obtienen antes de iniciar las diligencias voluntarias para darle más celeridad. Artículo tres de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

No obstante este derecho que tienen los notarios, en la práctica es el interesado quien presenta todos los documentos pertinentes al iniciar el procedimiento; de otra forma sería el notario quien los obtendría y sólo en casos necesarios requeriría de las autoridades los datos e informes indispensables por la celeridad con que se llevan los asuntos, ya que si opta por requerirlos hasta tres veces y después acudir al juez, le haría perder valioso tiempo y retardar el trámite.

Sin embargo aquí, la norma es saludable, ya que algunos datos e informes solo serán proporcionados por las autoridades si les son requeridos oficialmente. Véase aquí que



la administración resulta siendo un auxiliar del notario mientras que en otros casos, el notario es un auxiliar del juez. En todos los casos las autoridades tienen la obligación de prestar esta colaboración oficial y un juez competente puede apremiarlos si no lo hacen.

d) Audiencia a la Procuraduría General de la Nación: "En los casos que la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria disponga, será obligatoria la audiencia al Procurador General de la Nación, el que deberá evacuarla en el término de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado.

El notario podrá recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación, en los casos de duda o que lo estime necesario.

Cuando la opinión del Procurador General de la Nación, fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución", Artículo cuatro de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

La misma ley determina los casos de obligatoriedad de audiencia y sin esa opinión favorable no se puede dictar la resolución y si lo hace es bajo pena de nulidad. La institución debe evacuar rápidamente las audiencias que se le confieren, tiene tres días para hacerlo.

En todos los casos de opinión adversa, el notario lo hace saber a los interesados, por medio de notificación y remite el expediente al tribunal competente para que resuelva en definitiva.



En la mayoría de asuntos de jurisdicción voluntaria la opinión de la Procuraduría General de la Nación, es vinculante o sea que si la opinión fuere desfavorable no puede resolver y previa notificación a los requisitos, deberá remitirlo al juzgado correspondiente para la resolución definitiva.

La opinión de la Procuraduría General de la Nación puede ser optativa, si existe alguna duda por parte del notario y requiere de dicha opinión y la misma resulta desfavorable, deberá remitirlo al juzgado competente para que resuelva en definitiva, ya que para él juez dicha opinión no es vinculante.

“Se oirá a la Procuraduría General de la Nación: cuando la solicitud afecte intereses públicos; y cuando se refiera a personas incapaces o ausentes”, Artículo 403 Código Procesal Civil y Mercantil.

e) **Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite:** Esta Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación notarial se permite, sin perjuicio de que también puedan tramitarse por la vía judicial en los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Los interesados tienen opción de acogerse al trámite notarial o al judicial según lo estimen conveniente y para la recepción de los medios de publicación, deben observarse los requisitos que preceptúa el Código Procesal Civil y Mercantil. En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial o viceversa.



En el primer caso, “el notario debe enviar el expediente al tribunal competente. En todo caso, puede requerir el pago de sus honorarios”, Artículo cinco de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

El Artículo cinco de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, establece el ámbito de aplicación de la ley por la vía voluntaria, que son todos aquellos asuntos regulados en la misma, sin perjuicio que puedan tramitarse también ante notario, algunos de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil y además se aclara que no todos los casos regulados como Jurisdicción Voluntaria en el Código Procesal Civil y Mercantil, se pueden tramitar ante notario, sino los que específicamente esa ley determine.

El derecho a seguir un asunto ante notario o ante un juez, es por requerimiento de los interesados.

La opción del trámite notarial o judicial corresponde a los interesados según lo estimen conveniente y en cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial y viceversa.

3.2. Inscripción en los registros

Al dictarse la resolución final en cualquier asunto de jurisdicción voluntaria, el notario puede expedir certificación la cual se elaborará en duplicado, esto ya sea copiando toda la resolución o bien por medio de fotocopias, salvo que la ley mande otro documento, ya que el duplicado queda en los archivos de los registros públicos y el original se devuelve razonado por el registrador quien debe hacer constar la operación efectuada en los



libros, Artículo seis de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

En el caso de las diligencias de la declaratoria de ausencia, ya sea judicial o extrajudicial, es el secretario del juzgado de primera instancia civil quien expide la certificación respectiva, ya que la resolución final siempre será dictada por el juez competente.

Al dictarse la resolución final en cualquier asunto de jurisdicción voluntaria, el notario debe expedir certificación, salvo que la ley le mande otro documento. Lo común es que sea de resolución final, aunque la ley regula que puede ser de cualquier resolución.

Esta certificación puede expedirse por los medios acostumbrados, la transcripción literal de la misma o la reproducción por medio de fotocopia, fotostática o auténtica de la resolución.

Estas certificaciones que van a los registros públicos, se elaboran en duplicado, con el objeto de que éste quede en los archivos de los registros y el original se devuelve razonado por el registrador haciendo constar la operación efectuada en los libros.

3.2.1. Remisión al Archivo General de Protocolos

“Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive”, Artículo siete de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.



Los expedientes fenecidos ante notario deberán ser entregados al Archivo General de Protocolos, dependencia del Organismo Judicial que lleva el control de los notarios, pero en virtud que la ley no fija plazo ni sanción para esa entrega, muchos notarios los conservan en su poder y nunca los entregan a dicho archivo.

3.3. Trámite de las diligencias voluntarias extrajudiciales de ausencia

3.3.1. Acta notarial de requerimiento

El Artículo 8 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, establece "que la solicitud por cualquier persona que tenga interés o algún derecho que ejercitar en contra del presunto ausente, puede ser presentada ante notario, dicha persona debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda; si se trata de cónyuge o parientes dentro de los grados de ley, por medio de certificaciones de las partidas extendidas por el registrador civil respectivo, si se trata de heredero instituido o legatario con el testamento, las demás personas con instrumentos auténticos o privados que acreditan los derechos de que sean titulares".

El hecho y el tiempo de la ausencia indican esas circunstancias que pueden comprobarse con documentos que acrediten tales situaciones, como certificaciones extendidas por el director general de migración donde conste la fecha de salida y el último ingreso a la República por parte del presunto ausente, en caso de que haya salido del país o bien, por declaración testimonial de personas que indiquen la última vez que tuvieron noticias de dicha persona u otro medio idóneo que acredite tal circunstancia.



Las circunstancias de no tener el ausente parientes o mandatarios con las facultades suficientes ni tutor en caso de ser menor de edad o incapacitado. Para ello se requiere de certificación extendida por el director del Archivo General de Protocolos, en donde conste que la persona ausente no tiene mandatario o que éste no tiene facultades suficientes para que lo represente. En caso de tratarse de un menor o incapacitado, bastará la certificación negativa extendida por el registrador civil del domicilio del ausente, en la que conste que no tiene tutor o persona que lo represente.

La falta de mandatario que pueda representar al presunto ausente y en el tiempo de la ausencia. Como prueba documental deben acompañarse los documentos que consisten en certificación de nacimiento del ausente, certificación por el secretario de la Corte Suprema de Justicia en la que se acredita que el presunto ausente no tiene mandatario constituido y certificación del movimiento migratorio y cualquier otro que se considere pertinente. Proponer las declaraciones de los testigos. Es importante indicar el asunto para el que se requiere la declaración de ausencia.

3.3.2. Primera resolución de trámite

Se admite para su trámite la solicitud, se tienen por incorporados los documentos y por ofrecidos los medios de prueba respectivos y se ordena:

- Notificar a la Procuraduría General de la Nación y al requirente.
- Recibir la prueba testimonial que hubiere sido ofrecida.
- Publicación del edicto en el Diario Oficial y otro de los de mayor circulación.

3.3.3. Notificación al solicitante y a la Procuraduría General de la Nación

Toda resolución debe hacerse saber a los que intervienen en las diligencias voluntarias tanto notariales como judiciales según el Artículo 75 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107, si se omitiere no puede afectar en sus derechos al que resultare afectado. A la Procuraduría General de la Nación debe darse intervención cuando la ley así lo estableciere o bien hubiere duda por parte del notario, y en el caso de que se afectare el interés público. En el caso de los menores, incapaces o ausentes es obligatorio notificarle y darle intención bajo pena de nulidad de lo actuado. Artículos 66 y 403 del Código Procesal Civil y Mercantil; y Artículo 4 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

3.3.4. Declaración testimonial

Éstas se reciben en actas notariales, el propósito de las mismas es establecer el hecho de la ausencia, el hecho de no tener representante el presunto ausente y el tiempo que lleva la ausencia", Artículo dos de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

3.3.5. Edicto

Es el medio por el cual se cita al presunto ausente y se convoca a quienes se consideren perjudicados o bien con derecho a representar al ausente, oponiéndose a la solicitud realizada ante el notario por el interesado, el edicto debe publicarse tres veces tanto en el diario oficial como en otro de mayor circulación durante un mes. Debe indicarse el asunto para el cual ha sido solicitada la declaración de ausencia, Artículo



nueve de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

3.3.6. Oposición

Si existe oposición por quien se cree con derecho a representar al ausente o el mismo ausente, debe remitirse al centro de servicios auxiliares de la administración de justicia del Organismo Judicial, para la distribución del expediente al juzgado de primera instancia civil que deba conocer. También deberá enviarlo cuando haya necesidad de tomar alguna medida precautoria urgente, Artículo nueve de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

La oposición puede ser de dos tipos:

- "La que presenten varias personas reclamando tener el derecho para representar al presunto ausente, en este caso la cuestión debe resolverse en forma de incidente y al declararse la ausencia, el juez nombrará a la persona que tenga mejor derecho", Artículo 413 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Si hubiere oposición a la declaración de ausencia, el asunto será declarado contencioso y se substanciará judicialmente en la vía sumaria.

3.3.7. Resolución o auto final

Ésta la dicta el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y el defensor judicial.



Se nombra un guardador quien asume la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere.

El notario bajo su responsabilidad puede autorizar inventario de los bienes del ausente, pero es el juez el que resuelve lo relativo al depósito de los mismos.

3.4. Principios que rigen en los procesos de familia

Ai hablarse de principios procesales, se refiere a las bases o fundamentos en que se apoyan las instituciones en el proceso.

Eduardo Ramiro Pallares, expresa que los principios procesales: "Son los directivos o líneas matrices dentro de los cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso".⁴¹ Existe variedad de clasificaciones en lo que respecta a los principios que rigen el proceso, pero se trae a colación lo relacionado con la disciplina de familia.

3.4.1. Principio conciliatorio

Se da mucha importancia a esta fase en la que los jueces deben emplear los medios de convencimiento y persuasión que estimen adecuados para lograr el avenimiento de las partes, para evitar daños de cualquier índole entre las mismas, lo cual deberá quedar constancia en acta de conformidad a lo que establece el Artículo 11 de la Ley de Tribunales de Familia y Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil.

⁴¹ Pallares, Ramiro Eduardo. Derecho civil. Pág. 632.

3.4.2. Principio de tutelaridad

“Los jueces de familia tienen facultades discrecionales para dictar toda clase de medidas precautorias de oficio a petición de parte, cuando considere necesaria la protección de los derechos de quien fuera el más débil en las relaciones familiares, las que se ordenarán sin necesidad de prestar garantía y sin más trámite”, Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia y Artículo 204 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.4.3. Principio de objetividad

Los jueces de familia están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias que estimen necesarias, puede incluso interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, apreciando la eficacia de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica razonada, las cuales están conformadas por la lógica jurídica y la experiencia. Además el juez puede ordenar a las trabajadoras sociales adscritas al juzgado, que realicen las investigaciones necesarias, informes que deben rendir con veracidad y objetividad. Dichos informes son confidenciales y únicamente pueden conocerlos el juez y las partes y no constituyen prueba a favor de las partes, sino un auxiliar del juez, Artículo 14 de la Ley de Tribunales de Familia Decreto Ley Número 206.

3.4.4. Principio de gratuidad

Esto se establece en la facultad que tienen los juzgados de familia al redactar actas sin intervención de abogados, en las demandas de fijación de pensión alimenticia, en las denuncias por violencia intrafamiliar en las que solicitan medidas de seguridad. Artículo

cuatro y siete de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, 25 y 27 del Reglamento Ley de Protección para las Personas de la Tercera Edad.

3.4.5. Principio de economía procesal

Se fija al juez, la obligación de impulsar el procedimiento con la mayor rapidez y economía, para evitar toda dilación o diligencia innecesaria y de imponer renuentes y al personal subalterno, las medidas coercitivas y sanciones a que se hagan acreedores por infracción de este principio. Persiguen simplificar los procedimientos en la administración de justicia. En esta materia, debe procurarse que prevalezca la economía y celeridad de los juicios, Artículo 13 de la Ley de Tribunales de Familia.

3.4.6. Principio de oralidad

Este principio es exclusivo de los 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 medio de las actas que se suscriben por las partes y el juez, Artículo 199 Código Procesal Civil y Mercantil.

3.4.7. Principio de inmediación

Se refiere al conocimiento directo del juez con respecto a las partes y principalmente con lo que respecta a la recepción de pruebas; este principio está vinculado con el sistema de la oralidad en los juicios, de esta manera el juez forma su convicción de acuerdo con los resultados o constancias de autos. Este principio persigue que el juez presida las audiencias en los juzgados del ramo de familia y por la cantidad de procesos que se



tramitan se convierte en irrealizable en todos ellos. Si este principio fuera aplicado correctamente se estaría logrando mayor cantidad de avenimiento en los juicios que se ventilan en dichas audiencias, Artículos 12 y 13 de la Ley de Tribunales de Familia.

3.4.8. Principio de concentración procesal

Se pone de manifiesto la facultad que tienen los jueces de familia de resolver en la misma las excepciones dilatorias y demás incidentes que se planteen, Artículos 203, 204, 205 y 207 Código Procesal Civil y Mercantil y 14 de la Ley de Tribunales de Familia.

3.4.9. Principio de impulso procesal

Manuel Ossorio, denomina: “Impulso procesal al fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo”.⁴²

Este poder de impulso procesal en algunas ocasiones está a cargo de las partes (poder de las partes), y otras depende exclusivamente del juez (deber de impulso). Los plazos señalados a las partes para realizar los actos procesales son perentorios e improrrogables, salvo disposición legal en contrario. Vencido un plazo o término procesal, se dictará la resolución que corresponda al estado del juicio, sin necesidad de gestión alguna, Artículo 63 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En los procesos de familia, el deber de impulso procesal se considera que debe estar contenido en forma genérica en los asuntos de familia, con suficiente flexibilidad ya que

⁴² Ossorio, Ob. Cit. Pág. 608.

lo que se pretende es evitar los formalismos exagerados que hacen onerosos los asuntos judiciales.

3.4.10. Principio de igualdad

Es una garantía procesal por excelencia, también conocida con el nombre de principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia. Tiene fundamento constitucional en virtud de que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley, “nadie puede ser condenado sin antes haber sido citado, oído y vencido en juicio”, Artículo cuatro y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y Artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial.

Mauro Chacón Corado, lo resume en el principio “auditur altera pars”, que significa oírgase a la otra parte. En el Artículo 66 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que toda pretensión realizada por alguna de las partes debe ponerse en conocimiento a la otra, aunque en materia de familia existen dos excepciones muy importantes:

- Cuando al resolver el juez dicte medidas tendientes a proteger menores de edad.
- En las medidas cautelares que deberán ser comunicadas a las otras, hasta que se encuentren debidamente ejecutadas.

En ambas se realizan las notificaciones, pero cuando es evidente que se han asegurado los intereses de los menores”.⁴³

⁴³ Chacón Corado, Mauro. **Los conceptos de la acción, pretensión y excepción**. Pág. 170.



3.4.11. Principio de probidad

Este principio es crucial, persigue colocar a las partes en situación de conducirse siempre con la verdad, por lo que se ha utilizado por ejemplo, en el hecho que la confesión judicial se preste bajo juramento, para evitar la mala fe en el litigio.

Este juramento da lugar a sanciones penales en caso que se falte a la verdad, en este caso comete el delito de perjurio”, Artículo 134 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.4.12. Principio de preclusión

Es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercitado oportunamente y en forma legal alguna facultad o derecho procesal. El paso de una fase procesal a otra supone la clausura de la anterior de modo que no puede volverse a aquella, de lo contrario el juicio sería interminable, se relaciona este principio con el de impulso procesal, Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.4.13. Principio de publicidad

En el derecho de familia se da publicidad a los asuntos de jurisdicción familiar, como la declaratoria de ausencia, la de interdictos, la nulidad e insubsistencia del matrimonio en los cuales se debe publicar edictos. En los demás asuntos la publicidad se ve restringida por ser inconveniente para las partes que se haga del conocimiento público sus controversias, en virtud que sólo a éstas afectan o sea que son de naturaleza esencialmente privada, esto con el objeto de evitar comentarios, traumas, críticas y censuras, que perjudicarían el aspecto psicológico de las partes, por lo que debe ser del



conocimiento exclusivo de las personas a quienes incumbe, Artículo 409 y 445 del Código Procesal Civil y Mercantil y Artículo 152 del Código Civil.

3.5. Proceso de familia

Eduardo Couture, define el proceso de familia como: “Secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad el conflicto sometido a su decisión”. Secuencia, aclara, es un procedimiento, lo que caracteriza el proceso es el fin, la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio”.⁴⁴

A diferencia de procedimientos que se refieren a las normas reguladoras para la actuación ante los órganos jurisdiccionales, es considerado como una de las ramas del derecho que sirve para determinar reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia que constituye el contenido del derecho procesal y de los códigos procesales.

El proceso de familia se puede definir como una serie o secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente, ante los órganos jurisdiccionales de familia con el objeto de resolver asuntos que surgen de las relaciones familiares, cuando existen controversias entre partes, pretensión que puede ser satisfecha o no mediante una sentencia y que repercute posteriormente en la parte más débil y por ende en la sociedad, mientras que en el derecho civil, afecta a relaciones particulares.

⁴⁴ Couture, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. Pág. 150.
60

3.6. Procesos de conocimiento

Para el catedrático Eddy Giovanni Orellana Donis, expresa que: “Los procesos de conocimiento pretenden crear un derecho no existente; esto quiere decir que a pesar que un derecho se encuentre regulado en una norma sustantiva, hay que darle vida a esa norma sustantiva, y es aquí donde el juicio de conocimiento viene a crear ese derecho cuando existe litis”.⁴⁵

3.6.1. Proceso ordinario

También recibe el nombre de proceso común, por utilizarse para prevenir toda contienda que no tiene señalada tramitación especial que persigue una declaración de certeza constitutiva o de condena.

El trámite por escrito en esta clase de proceso, lo prolonga indefinidamente en vista que los abogados de las partes, especialmente por la parte demandada, interrumpe los plazos con recursos y medios impertinentes, la mayoría de veces no se da la inmediación procesal, y el análisis de las pruebas que se aportan resulta tardado al dictar sentencia si fuere el caso o el auto respectivo, según la fase en que se encuentre el proceso.

El Artículo nueve de la Ley de Tribunales de Familia, establece: “Los juicios relativos al reconocimiento de preñez y de parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad de matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, se

⁴⁵ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Derecho procesal civil I**. Pág. 259.



sujetarán a los procedimientos que les corresponda según el Código Procesal Civil y Mercantil”.

3.6.2. Proceso oral

El juicio oral se intentó en los asuntos relativos a la familia, Decreto Ley 206 Ley de Tribunales de Familia, del Jefe de Estado Enrique Peralta Azurdia, con fecha siete de mayo de 1964 y que inició su vigencia el uno de julio del mismo año, pero el mismo sólo quedó plasmado en el proyecto de ley; lo que se pretendía era que existiera celeridad en el procedimiento y con ello contribuir a la economía procesal tutelando al más débil que la mayoría de veces carece de recursos económicos para soportar un proceso tardado.

Fernando de La Rúa, en relación a esta clase de juicio expresa: “El juicio oral público, contradictorio y continuo, se presenta como el mecanismo más apto para elaborar la reproducción lógica del hecho, como el más eficiente para descubrir la verdad, como el más idóneo para que el juez forme un recto y maduro juicio, como el capaz de excluir el arbitrio jurídico y dar a las partes la oportunidad para defender sus intereses. Como el que permite el control público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, ilustración y de garantía de justicia, como el que mejor responde a las exigencia constitucionales”.⁴⁶

En el juicio oral la inmediación es uno de los principios fundamentales, toda vez que en menos audiencias que deben ser próximas entre sí, el juez tiene absoluto contacto con las partes, quienes pueden formular peticiones, defensas o ataques, hacer afirmaciones, interponer excepciones y pueden ofrecer, proponer y aportar sus pruebas, éstas se

⁴⁶ De la Rúa, Fernando. Teoría general del proceso. Pág. 99.

reciben y se discuten de inmediato, porque hay concentración y continuidad. La apreciación de las pruebas de inmediato por parte del juez, permite prácticamente que lleguen a él sin alteraciones, lo cual es eficaz para que exista imparcialidad y lograr con ello integrar y valorar la prueba conforme a la sana crítica razonada y fundar con claridad y justicia el fallo con mayor celeridad, porque no es necesario releer o reparar lo que se encuentra consignado en un expediente.

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

Los juicios que se tramitan por la vía oral, de conformidad con lo que establecen los Artículos 199 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.7. Procedimientos especiales

Se encuentran los diversos asuntos que se pueden tramitar por la vía voluntaria y en tanto no se suscite contienda sobre ellos, se someten a trámites particulares según el hecho o acto o relación jurídica que los motiva, constituyen esta categoría de procesos, los asuntos relativos a la persona y a la familia, como la declaratoria de incapacidad, ausencia y muerte presunta, disposiciones relativas a la administración de bienes de menores, incapaces y ausentes, relativas al matrimonio, divorcio y separación, reconocimiento de preñez o parto, cambio de nombre, identificación de persona, asiento y rectificación de partida de nacimiento, patrimonio familiar, subasta voluntaria, proceso sucesorio.



3.7.1. Declaratoria de interdicción

Es la situación jurídica de incapacidad absoluta de una persona mayor de edad, cuando adolece de enfermedad mental que lo priva de discernimiento para poder ejercitar sus derechos y obligaciones por sí misma, la cual debe ser declarada judicialmente a efecto que se le nombre un representante legal. Asimismo, puede declararse en estado de interdicción “a quienes abusen de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, exponiéndose ellas mismas o exponiendo a sus familias a graves perjuicios económicos, y de quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia y los sordomudos, si son incapaces de expresar su voluntad de manera indubitable”, Artículos nueve, 14 y 301 del Código Civil y del 406 al 410 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.7.2. Disposición y gravámenes de bienes

Para enajenar o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, quien los tenga bajo su administración deberá obtener licencia judicial probando plenamente que hay necesidad urgente o que resulte manifiesta utilidad del acto que se pretende verificar a favor de su representante, Artículo 420 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.7.3. Divorcio voluntario

Rafael Rojina Villegas, expresa: “La idea del divorcio voluntario proviene del Código francés y se debe a Napoleón Bonaparte, quien logró imponerlo, no obstante la opinión



contraria de quienes intervinieron en la redacción del citado código que lleva su nombre".⁴⁷

El divorcio voluntario se da cuando ambos cónyuges sin impulsar ninguna causal de divorcio y de común acuerdo, comparecen a solicitar ante el señor juez de familia del domicilio conyugal, se disuelva el vínculo que los une.

Es indispensable tener más de un año de haber contraído matrimonio, según el Artículo 163 del Código Civil y Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil y en el caso se hayan procreado hijos y/o adquirido bienes durante el matrimonio, debe presentarse un proyecto de convenio.

3.7.4. Reconocimiento de preñez o de parto

El reconocimiento de preñez o de estado de gestación y de parto o alumbramiento, debe ser solicitado en los casos de ausencia, separación o muerte del marido, debiéndose acreditar tal situación, a efecto que se nombren facultativos para que hagan el reconocimiento y comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación y de esa manera amparar al nacido en la cuasi posición de hijo y que de los bienes del presunto padre se le provea lo que necesite para su alimentación. Artículos 206 del Código Civil y 436 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.7.5. Patrimonio familiar

Concepto jurídico y económico desarrollado a partir del Siglo XIX, con idea de asegurar

⁴⁷ Rojina Villegas. **Ob. Cit.** Pág. 140.



la vivienda o la subsistencia de un grupo familiar, con la peculiaridad de transmisión dentro del mismo, que le da sentido al objetivo familiar; puesto que, en cada etapa o generación, lo posee un titular individualizado, con exclusión de un colectivismo hogareño.

“Es la institución jurídica social, por lo cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia”, Artículo 352 del Código Civil.

3.7.5.1. Características

- a. “Sólo puede constituirse uno por familia”, Artículo 354 Código Civil.
- b. “Su valor máximo es de cien mil quetzales”, Artículo 355 Código Civil.
- c. “Es indivisible, inalienable, inembargable y no puede gravarse, salvo la constitución de servidumbre”, Artículo 356 Código Civil.
- d. “Se necesita de aprobación judicial o autorización notarial”, Artículos 361 Código Civil, del 444 al 446 del Código Procesal Civil y Mercantil y Artículos 24 y 27 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.
- e. “Tiene determinadas causas por las que termina”, Artículos 363 y 364 Código Civil.



3.7.5.2. Elementos

- Personales.
 - Fundadores.
- a. El padre sobre bienes propios.
 - b. La madre sobre bienes propios.
 - c. El marido y la mujer, sobre bienes comunes del matrimonio.
 - d. Un tercero a título de donación o legado.

Manuel Ossorio, expresa que: "El matrimonio de familia es un bien o conjunto de bienes que la ley señala como temporalmente inalienables e inembargables para que respondan a la seguridad de los acreedores alimentarios familiares. Un núcleo familiar está formalmente compuesto por uno o más sujetos capaces económicamente y otros dependientes económicamente de los primeros, en este sentido es que tiene la obligación alimenticia a su cargo y dispone de un bien de los que la ley considera afectados al fin del patrimonio de familia".⁴⁸

La naturaleza jurídica de esta institución consiste en la afectación de un patrimonio, pues el constituyente separa de su patrimonio él o los bienes necesarios (casa de habitación o parcela cultivable), con el fin de proporcionar seguridad jurídica del núcleo familiar, al tener un techo donde habitar y un medio de trabajo agrícola, protege a los acreedores de

⁴⁸ Ossorio, Ob. Cít. Pág 230.

quien lo constituye, puesto que no podrá embargarlo ni enajenarlo durante el tiempo que tenga de vigencia la constitución del patrimonio.

El Código Civil, regula lo relativo al patrimonio familiar en los Artículos 352 al 368.

Bienes sobre los cuales puede constituirse:

- a. Casas de habitación.
- b. Predios o parcelas cultivables.
- c. Establecimientos industriales y comerciales que sean objeto de explotación familiar, cuando no exceda de cien mil quetzales su valor.

La duración del patrimonio familiar, debe comprender todo el tiempo en que el menor de los miembros de la familia, alcance la mayoría de edad; pero, en ningún caso, podrá constituirse un patrimonio familiar de menos de diez años.

El monto no debe exceder de cien mil quetzales en el momento de su constitución, puede ser menor y puede ampliarse hasta el monto máximo, también puede disminuirse. Los bienes que constituyen el patrimonio familiar son indivisibles, inalienables, inembargables y no podrán estar gravados ni gravarse. Excepto el caso de servidumbres. Deben estar libres de cualquier limitación o gravamen al momento de su constitución.

Obligación de los beneficiarios del patrimonio: habitar la casa o explotar personalmente el predio agrícola, industria o negocio sobre el cual se ha establecido el patrimonio familiar. Salvo excepciones aprobadas por el juez.



El representante legal de la familia, será el administrador del patrimonio familiar y representante a la vez de los beneficiarios en todo lo que el patrimonio se refiera.

Finalización del patrimonio: éste termina cuando se dan cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Cuando los beneficios cesen de tener derecho a percibir alimentos.
2. Cuando sin causa justificada y sin autorización judicial, la familia deje de habitar la casa o de cultivar la parcela o predio.
3. Cuando se demuestre la utilidad y necesidad para la familia que el patrimonio quede extinguido.
4. Cuando se expropian los bienes que forman y;
5. Por vencerse el término por el cual fue constituido.

3.8. Procedimiento de las diligencias voluntarias judiciales

El procedimiento judicial para obtener la declaratoria de ausencia está regulado en los Artículos 401 al 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, los cuales establecen los requisitos indispensables para diligenciar y declarar la ausencia de una persona.



3.8.1. Del juez competente para la declaración de ausencia

La declaración de ausencia legal se tramita por los actos de jurisdicción voluntaria, que comprende uno de los actos que por disposición de ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. El juez competente para estos asuntos es el de Primera Instancia de Familia del último domicilio del ausente, de conformidad con lo que establece el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil. Asimismo los Artículos 24 y 403 del citado cuerpo legal, estipula que corresponde conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria a los jueces de primera instancia de familia.

3.8.2. Requisitos de la primera solicitud

Debe formularse por escrito, debe llenar los requisitos de toda primera solicitud de conformidad con los Artículos 29, 61, 79, 106 y 108 del Código Procesal Civil y Mercantil. Debe acompañar los mismos documentos que presente ante notario, cuando el trámite sea extrajudicial, que conduzca a probar los siguientes extremos:

- Que se tiene derecho a promover la cuestión, se debe justificar el carácter invocable por los medios que en cada caso corresponda. Por otra parte, debe establecerse el interés por el cual se promueve la cuestión o se tenga derecho en el asunto, de lo contrario el juez rechazará de oficio la solicitud.
- El hecho y el tiempo de la ausencia, pueden comprobarse con certificación extendida por el Director General de Migración, o bien por declaración testimonial de personas u otro medio idóneo que acredite tal circunstancia.



- La circunstancia de no tener el ausente, parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor de edad o incapacitado.
- Se escuche a la Procuraduría General de la Nación, por tratarse de un asunto que se refiere a persona ausente, de conformidad con el Artículo 414 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.9. Tramitación de la solicitud de declaración de ausencia

3.9.1. Solicitud y audiencia

Las audiencias relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia; y cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que dentro del tercer día, la evacúe.

Los documentos en que se presentaren las justificaciones que se ofrecieren, serán recibidos sin necesidad de citación.

Se escuchará a la Procuraduría General de la Nación:

- 1º. Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos.
- 2º. Cuando se refiera a personas incapaces y ausentes, Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil.



3.9.2. Oposición

Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir el asunto, el juez la rechazará de oficio, Artículo 404 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.9.3. Carácter revocable de las providencias

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

3.9.4. Solicitud de la declaración de ausencia

Pedida la declaración de ausencia, el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación, mandará recibir información que compruebe lo siguiente:

- 1°. El hecho de la ausencia.
- 2°. Las circunstancias de no tener el ausente, parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor de edad o incapacitado.
- 3°. El tiempo de la ausencia.



Con la solicitud deberán acompañarse los documentos que conduzcan al aprobar los extremos indicados, Artículo 404 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.10. Declaración de ausencia

El juez nombrará un defensor judicial que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente; y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario que podrá ser el mismo defensor.

En la misma resolución se ordenará la publicación de la solicitud en el diario oficial y en otro de mayor circulación, tres veces durante un mes, debiendo contener los edictos, la relación del asunto para lo que ha sido solicitada la declaración de ausencia, la citación de ausencia, la convocatoria a lo que se considere con derecho a representarlo, la fecha y firma del secretario del tribunal donde se actúe, Artículo 414 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.10.1. Oposición

Si varias personas se disputaren el derecho de representar al ausente, la cuestión se resolverá en forma de incidente, y al declararse la ausencia, el juez nombrará a la persona que tenga mejor derecho, de acuerdo con lo que dispone el Código Civil. “Si hubiere oposición a la declaración de ausencia, el asunto será declarado contencioso y se sustanciará en la vía sumaria”, Artículo 413 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.10.2. Declaratoria de ausencia

Recibida la información y pasado el término de las publicaciones, el juez, con



intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia si procediera y nombrará un guardador, quien asumirá la representación judicial del ausente y del depositario de los bienes, si los hubiere, Artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.10.3. Facultad del guardador

“Por ministerio de la ley, el guardador queda investido de todas las facultades generales y especiales que se requieren para la defensa en juicio; pero para transigir, someter asuntos al proceso arbitral y repudiar herencias o donaciones y legados, necesita autorización judicial.

Estas mismas facultades tendrá el defensor judicial, nombrado para representar al presunto ausente durante las diligencias a que se refiere esta sección.

El juez discernirá el cargo al guardador y extenderá la credencial que acredite la representación; y previo inventario, avalúo de los bienes y otorgamiento de la garantía de la manera establecida en el Código Civil, se le hará entrega de los mismos.

Discernido el cargo o formalizada la entrega de bienes, si los hubiere, el guardador asumirá la representación del ausente, cesando desde ese momento en sus cargos el defensor judicial y el depositario, si no hubiere recaído en algunos de ellos el nombramiento del guardador”, Artículo 415 del Código Procesal Civil y Mercantil.



3.10.4. Administración de los bienes

“Pueden obtener la administración de los bienes del ausente, los que se crean con derecho a ello, según el Código Civil.

La solicitud deberá publicarse en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación y en casos de presentarse oposición, se tramitará en juicio sumario.

El juez ordenará que se dé la administración de los bienes del ausente a los interesados de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil”, Artículo 416 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.10.5. Posesión de los bienes por los herederos

“La solicitud para obtener la posesión de los bienes por los herederos, se sujetará a lo dispuesto en el artículo anterior, debiendo probarse:

- 1º. Que la ausencia ha continuado desde que se confirió la administración de los bienes;
- 2º. Que se ha declarado la muerte presunta del ausente; y
- 3º. Que al tiempo de pedirse la posesión se tiene derecho a los bienes como heredero testamentario o intestado”, Artículo 417 del Código Procesal Civil y Mercantil.



3.10.6. Resolución

Cumplidos los requisitos anteriores, recibida la información e intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia, si procediere y nombrará un guardador, quien asumirá la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente

4.1. Competencia

Comprendiendo el ámbito procesal una complejidad de cuestiones, se hace necesaria la distribución del trabajo, lo que hace surgir la división de la actividad jurisdiccional. Esta división o medida como se distribuye la jurisdicción es lo que se conoce como competencia.

La competencia es el límite de la jurisdicción, es la medida como se distribuye la actividad jurisdiccional entre los diferentes órganos judiciales. La jurisdicción la ejercen todos los jueces en conjunto, la competencia corresponde al juez considerado en singular. “Todo juez tiene jurisdicción pero no todo juez tiene competencia”, en referencia a la generalidad de la jurisdicción y la especificidad de la competencia⁴⁹.

La competencia para Jaime Guasp: “Es la atribución a un determinado órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción”.⁵⁰

Determinar la competencia en el inicio del proceso es fundamental y el juez tiene obligación de establecerla, es así como la Ley del Organismo Judicial, regula que los

⁴⁹ Gordillo Galindo, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 17.

⁵⁰ Guasp Delgado, Jaime. **Derecho procesal civil**. Pág. 100.



tribunales sólo podrán ejercer su potestad (debe entenderse jurisdicción) en los negocios y dentro de la materia y el territorio que se les hubiere asignado, Artículo 62 Ley del Organismo Judicial y faculta a los jueces a conocer de los asuntos de su competencia, Artículo 94 de la Ley del Organismo Judicial y los obliga a abstenerse de conocer, si de la exposición de hechos, aprecie que no es competente, Artículo 116 d Ley del Organismo Judicial y en caso de duda, la Corte Suprema de Justicia, a través de la Cámara en este caso civil, debe resolver, Artículo 119 Ley del Organismo Judicial.

De lo anteriormente dicho se desprende, que es una obligación del juez determinar su competencia en los casos sometidos a su conocimiento.

Cuando el juez no establezca su incompetencia para conocer, pero las partes se lo hicieren ver, a través de la excepción correspondiente, es también su obligación resolverlo previamente antes de conocer sobre otras excepciones o el fondo del asunto. Artículos 121, 332 del Código Procesal Civil y Mercantil.

4.2. Fundamento

“En la práctica no es posible concebir la existencia de un sólo juez, sino que es necesaria la división del trabajo jurisdiccional, atendidas las diversas consideraciones de territorio, naturaleza del juicio y cuantía; y un principio elemental, fundamentado en la falibilidad del criterio humano, hace también necesaria una regulación de la competencia, que permita la revisión de los fallos judiciales, presentándose por eso en la organización judicial, la competencia por razón de grado”.⁵¹

⁵¹ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.** Pág. 90.



4.3. Clases de competencia

Se expone brevemente los criterios generales acerca de la competencia, con su terminología tradicional, y al final se mencionará la terminología moderna.

Competencia por razón del territorio: Consiste en la división del territorio estatal en jurisdicciones, que por lo general coinciden con las divisiones político-administrativas.

En virtud que los jueces tienen plena jurisdicción en su territorio, la ejercerá sobre las personas allí domiciliadas y sobre las cosas allí situadas. En los casos pues, en que la competencia se determina por razón del territorio, las facultades jurisdiccionales de los jueces son las mismas, pero con distinta competencia territorial.⁵²

a) Competencia por razón de la materia: La jurisdicción se distribuye atendiendo a la naturaleza del pleito, así que existen jueces penales, civiles, de familia, laborales, etc. La competencia en los asuntos civiles y mercantiles está encomendada a los jueces ordinarios civiles de paz o de instancia, Artículo 1 Código Procesal Civil y Mercantil, teniendo los jueces de paz de la capital y de aquellos municipios en donde no hubiere Jueces de Primera Instancia de Familia o Jueces de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social, competencia también para conocer de asuntos de familia pero de ínfima cuantía, la que se ha fijado hasta en seis mil quetzales (Q6, 000.00), conforme los Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia números 6-97 y 43-97.⁵³

⁵² **Ibid.**

⁵³ Gordillo Galindo, **Ob. Cit.** Pág. 18.



b) Competencia por razón de grado: Se da en los sistemas de organización judicial con varias instancias, para la revisión de las decisiones, en virtud de los recursos oportunos.⁵⁴

c) Competencia por razón de la cuantía: Se distribuye el conocimiento de los asuntos atendiendo al valor, el que se determina conforme a las reglas siguientes: no se computan intereses, Artículo ocho numeral 1 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Cuando se demanda pagos parciales, se determina por el valor de la obligación o contrato respectivo, Artículo ocho numeral 2 Código Procesal Civil y Mercantil.

Cuando verse sobre rentas, pensiones o prestaciones periódicas, se determina por el importe anual, Artículo ocho numeral tres Código Procesal Civil y Mercantil. Si son varias pretensiones, se determina por el monto a que ascienden todas, Artículo 11 Código Procesal Civil y Mercantil. El Artículo siete del Código Procesal Civil y Mercantil, establece la competencia por el valor, norma que aunado a los acuerdos de la Corte Suprema de Justicia 6-97 y 37-2006 fijan los límites y que podemos interpretar así: los Jueces de Paz conocen de asuntos de menor cuantía lo que se determina del análisis del Artículo siete del Código Procesal Civil y Mercantil y los Jueces de Primera Instancia son competentes en los asuntos de mayor cuantía.

Los Jueces de Paz en la capital conocen asuntos de menor cuantía hasta la suma de cincuenta mil quetzales (Q.50,000.00) en consecuencia, los Jueces de Primera Instancia conocen de asuntos de mayor cuantía arriba de dicha suma.

⁵⁴ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.** Pág. 91.



Los Jueces de Paz en las demás cabeceras departamentales y en los Municipios de Coatepeque, Santa Lucía Cotzumalguapa, Mixco, Amatitlán y Villa Nueva, conocen asuntos de menor cuantía hasta en la suma de veinticinco mil quetzales (Q.25, 000.00) en tal virtud los Jueces de Primera Instancia en las cabeceras departamentales y en los municipios relacionados, si hubiere, conocen en asuntos de mayor cuantía arriba de dicha suma.

En los municipios no comprendidos en los casos anteriores, hasta quince mil quetzales (Q.15, 000.00).

Es importante también señalar, que la ínfima cuantía, competencia del Juez de Paz, se fija en la suma de un mil quetzales (Q.1,000.00) pero la misma se establece específicamente para la utilización del procedimiento señalado en el Artículo 211 del Código Procesal Civil y Mercantil.⁵⁵

Competencia por razón de turno: Esta denominación sugiere el comentario del procesalista Alsina al referirse a jueces de la misma competencia a quienes se les fija determinados días para la recepción de las causas nuevas, a fin de hacer una distribución equitativa del trabajo, entre los mismos.

Así un juez, no obstante ser competente para atender una causa civil, debe negarse a intervenir si es iniciada fuera del turno que le ha sido asignado.

⁵⁵ Gordillo Galindo, **Ob. Cit.** Págs. 18 y 19.



4.4. Otras clases de competencia

Competencia absoluta y competencia relativa: se entiende por competencia absoluta, aquella que está fundada en una división de funciones que afecta al orden público y por esta razón no es modificable por el arbitrio de las partes o del juez, como sucede por ejemplo en la competencia por razón de la materia, del grado o de la cuantía o por el turno. Competencia relativa es aquella que puede ser determinada por las partes, porque la pueden renunciar (pacto de sumisión o prórroga de competencia). Así ocurre por ejemplo con la competencia por razón del territorio (domicilio o situación de la cosa).

Alsina, sostiene que no es la competencia, sino la incompetencia, la que puede ser absoluta o relativa, y así dice que un juez tiene incompetencia relativa cuando la persona demandada o la cosa objeto del litigio están fuera de su circunscripción territorial, porque su incompetencia nace de una circunstancia relativa a la persona o la cosa, en tanto que tiene incompetencia absoluta para conocer de una cuestión por la materia, con independencia de la persona o del objeto litigioso.⁵⁶

Competencia subjetiva del juez: con ella se quiere denotar, la especial situación del Juez, que debe estar colocado frente a las partes y frente a la materia propia del juicio, en condiciones de proceder con serenidad y desinterés. Para lograr esta situación, la ley establece prohibiciones a los jueces o causales de excusa o recusación. Los actos que no radiquen jurisdicción ni importen conocimiento de causa no son susceptibles de recusación como los exhortos y despachos por ejemplo.⁵⁷

⁵⁶ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. Pág. 90

⁵⁷ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.** Págs. 91, 92.



4.4.1. Reglas para su determinación

En primer lugar es importante indicar que conforme al pacto de sumisión, las partes pueden someterse a un juez distinto del competente por razón de territorio, lo que implica una prórroga de competencia, la que también se puede prorrogar conforme a lo que establece el Artículo 4 del Código Procesal Civil y Mercantil, específicamente:

- “Por falta o impedimento de jueces competentes, en el área territorial en donde debió resolverse el conflicto”.
- “Por sometimiento expreso de las partes” (pacto de sumisión), es decir acuerdo de las partes de someter el conflicto a un juez distinto al originalmente competente por razón de territorio.
- “Por contestar la demanda sin oponer incompetencia”, que significa una renuncia al derecho de que conozca el juez que en primera instancia pudo ser competente.
- “Por la reconvención”, se da la prórroga, cuando de la contrademanda era juez competente uno distinto al que conoce de la demanda.
- “Por la acumulación”.
- “Por otorgarse fianza a la persona del obligado”, para garantizar el pago de daños y perjuicios.



En acciones personales es juez competente el de Primera Instancia del departamento en el que el demandado tenga su domicilio, si la acción personal es de menor cuantía el Juez de Paz de su vecindad. En estos casos, el demandado puede ser demandado en su domicilio, no obstante cualquier renuncia o sometimiento de este.

En la acción por alimentos o pago de pensiones alimenticias, la competencia la elige la parte demandante, entre el juez de su domicilio o el del demandado.

Cuando no existe domicilio fijo del demandado, es competente el juez del lugar en donde se encuentre o el de su última residencia.

En caso de domicilio contractual, si el demandado eligió por escrito domicilio para actos o asuntos determinados (domicilio contractual o electivo) puede ser demandado en dicho domicilio.

En caso de litisconsorcio, si fueran varios demandados, es competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos.

En reparación de daños es juez competente el del lugar en que se hubieren causado.

En acciones reales sobre bienes inmuebles, es competente el juez del lugar en que se encuentren situados y si fueren varios, el juez del lugar en que estén situados cualesquiera de ellos, con tal que allí mismo tenga su residencia el demandado y si no concurren ambas circunstancias, el juez del lugar en donde esté situado el de mayor valor, según matrícula fiscal.



En acciones que se refieran a establecimiento comercial o industrial, es competente el juez del lugar en donde esté situado.

Cuando se ejerzan acciones reales sobre inmuebles conjuntamente con las de otra naturaleza es juez competente el del lugar en donde estén situados los primeros.

En todos los casos en que se ventilen cuestiones cuyo valor no pueda determinarse, son competentes los jueces de primera instancia.

En procesos sucesorios, es juez competente el de Primera Instancia, en su orden: el del domicilio del causante, a falta de éste el del lugar en donde estén ubicados la mayor parte de los bienes inmuebles que formen la herencia y a falta de estos, el del lugar en que el causante hubiere fallecido.

En ejecuciones colectivas, es juez competente el del lugar en que se halle el asiento principal de los negocios del deudor.

En obligaciones accesorias, es competente es de la principal y en asuntos de jurisdicción voluntaria, es competente el juez de Primera Instancia. Artículo 24 del Código Procesal Penal.

De acuerdo al Artículo 18 de la Ley de Tribunales de Familia, en los procesos relacionados con asuntos de familia en que figuren como demandantes menores o incapaces, será juez competente el del domicilio de éstos o el del lugar donde resida el demandado a elección de los demandantes.



En el patrimonio familiar, el que desee constituirlo, deberá pedirlo por escrito al Juez de Primera Instancia de su domicilio, para que se le dé la autorización correspondiente, Artículo 444 Código Civil.

En el caso de la dispensa judicial para suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores, para que el menor contraiga matrimonio, a que se refiere el Artículo 425 del Código Procesal Civil y mercantil y los Artículos 83 y 84 del Código Civil, la regla de la competencia debe ser la del domicilio del menor o de los ascendientes o tutores, a elección del menor, según lo visto en el Artículo 18 de la Ley de Tribunales de Familia.

El divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, Artículo 426 Código Procesal Civil y Mercantil.

En los casos de reconocimiento de preñez o de parto, a que se refieren los Artículos 435 a 437 del Código Procesal Civil y Mercantil, la solicitud puede hacerse ante cualquier Juez de Primera Instancia.

En la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria tienen competencia todos los Jueces de Primera Instancia. En algunos casos, como en la declaratoria de incapacidad, Artículo 406 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil, las circunstancias determinarán a qué juez se acude. Seguramente se hará ante el Juez que tenga las mayores facilidades para el examen del presunto incapaz y para la adopción de las demás medidas, o sea el lugar donde se encuentre. En las diligencias de utilidad y necesidad, Artículo 420 al 423 del Código Procesal Civil y Mercantil, normalmente se acudirá al juez del lugar en que se encuentren los pretendientes.



En los casos de ausencia, al juez del último domicilio del ausente. En los actos preparatorios del juicio debe ser juez competente, el que lo fuere para el negocio principal. En las medidas cautelares o precautorias debe seguirse el mismo principio, salvo el caso de urgencia. Las tercerías se las considera como una incidencia del asunto principal.

Criterios para determinar la competencia según la terminología moderna: son expuestos por De la plaza, citado por Aguirre Godoy, en esta forma: "... a) del valor o cuantía de la reclamación o la naturaleza de la misma y en este caso, los procesalistas la denominan competencia objetiva; b) de la organización jerárquica de los tribunales y las funciones que, según la misma, se atribuyen a cada uno de ellos, y se habla entonces de una competencia funcional; y c) de la extensión del territorio y la subsiguiente necesidad de dividir el trabajo entre los órganos jurisdiccionales de un mismo grado, según criterios que en cada caso determinan cuál de ellos es el más idóneo para el conocimiento del negocio jurisdicción".⁵⁸

A estos puede sumarse otro derivado de la conexión, que, más que un criterio para fijar la competencia, envuelve un desplazamiento de la que normalmente se tiene, en realidad, supone la existencia de un vínculo que por varias razones, liga dos o más pretensiones o bien dos o más procesos. En el derecho procesal guatemalteco, la competencia por conexión, se da en el caso de la reconvención, (contrademanda), salvo naturalmente las limitaciones impuestas a ésta, y en general en los casos de acumulación, conforme al Artículo cuatro del Código Procesal Civil y Mercantil.

⁵⁸ *Ibid.* Pág. 89.



Aguirre Godoy, reduce a dos los criterios con que la competencia puede atribuirse: "A la idoneidad del órgano jurisdiccional para conocer del negocio (criterio funcional), o la conveniencia económica de los litigantes (criterio económico)".⁵⁹

En los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Civil se tramitan las declaraciones de ausencia, a pesar que la mayoría de asuntos se refieran a familia; el problema se dio cuando la declaración de ausencia se debía tramitar en los Juzgados de Familia, pero su utilización fue para asuntos de otra naturaleza por el exceso de trabajo que tienen los Juzgados de Familia, y además se argumenta que de conformidad con la ley, es competencia de un Juzgado de Instancia Civil y por la duda de la competencia de dicha institución planteada ante la Corte Suprema de Justicia, la Secretaría de la Presidencia, mediante circular 34/DGP/medeg. de fecha 20 de julio de 1995, en el numeral dos ordenó que las solicitudes de declaración de ausencia se tramitaran ante los juzgados del orden civil y no de los de familia.

La declaración de ausencia y los asuntos judiciales de familia

En precepto taxativo, el Código Civil, establece que toda persona con derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República de Guatemala y que se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte.

El principio general es que toda persona ejercite sus derechos y cumpla las obligaciones que ha tenido, por si. En caso contrario puede hacerlo por medio de mandatario

⁵⁹ **Ibid.** Págs. 100 y 105.



legalmente constituido y con todas las necesarias. Ahora bien, si no ocurre ni lo uno ni lo otro, y si se ausenta de la República de Guatemala, los derechos y obligaciones de esa persona no pueden quedar en situación de incertidumbre respecto a su ejercicio y cumplimiento de ahí que la ley prevea la facultad que cualquier persona interesada tenga para que aquella sea declarada ausente a efecto de que continúe más o menos normalmente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de la persona ausente.

4.4.2. Regulación de la declaración de ausencia

El Artículo 42 del Código Civil establece que “es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella”.

Se considera también ausente para los efectos legales la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

Declaración de ausencia para la representación en juicio: “Toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República y se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte”, Artículo 43 del Código Civil.

“Si el ausente hubiere dejado apoderado sin facultades suficientes para la defensa en juicio, el cargo de defensor judicial recaerá de preferencia en éste. A falta de apoderado, el juez nombrará a una persona de notoria honradez, arraigo y competencia”, Artículo 45 del Código Civil.



Termina el cargo de defensor judicial del ausente:

- “1º. Desde que termina el litigio en que se le nombre.
- 2º. Desde que se provea de guardador de bienes al ausente; y
- 3º. Desde que el ausente se apersona por sí por medio de apoderado con facultades suficientes”, Artículo 46 del Código Civil.

El Artículo ocho de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Jurisdicción Voluntaria, establece que la solicitud por cualquier persona que tenga interés o algún derecho que ejercitar contra el presunto ausente, puede ser presentada ante el notario, dicha persona debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda, si se trata de cónyuge o parientes dentro de los grados de ley, por medio de certificaciones de las partidas extendidas por el registrador civil respectivo, si se trata de heredero instituido o legatario con el testamento, las demás personas con instrumentos auténticos o privados que acreditaban los derechos de que sean titulares.

Casos más frecuentes por los cuales se declara la ausencia

En el Centro Nacional de Análisis y Documentos del Organismo Judicial, en relación a las diligencias voluntarias de ausencia, tienen estadísticas de toda la República de Guatemala, y a la fecha únicamente se registran 800 casos de ausencia.

En los juzgados de primera instancia del ramo civil, se revisó los expedientes declaratorios de ausencia correspondientes a los años del 2005 al 2007 en los cuales se estableció que el 80 por ciento fue tramitado con el objeto de iniciar un juicio ordinario de divorcio por la causal de ausencia inmotivada por más de un año, el diez por ciento para



nombrar administrador de la mortal, radicar sucesión testamentaria o intestada extrajudicial o bien judicial, aceptar herencia o no herencia, para iniciar juicios de ejecución en la vía de apremio, nombrar guardador de bienes del ausente, fijación de pensión alimenticia, adopción del hijo del otro cónyuge y ejercicio de la patria potestad. El otro diez por ciento omitió indicar el proceso posterior que se pretende entablar y que dio lugar a solicitar la declaratoria de ausencia, lo que también se pudo establecer en los edictos publicados en el Diario Oficial, incumpléndose con lo que establece el Artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo nueve de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria y el Artículo 46 inciso a) del Código Civil que establece cuándo finaliza el cargo del defensor judicial.

4.5. La función de la Procuraduría General de la Nación, en el trámite de la ausencia

La Procuraduría General de la Nación es una institución de orden constitucional cuyas actividades están orientadas a representar al Estado de Guatemala en todas las instancias que sean determinadas por la ley, así como servir de ente asesor a los órganos y entidades del sector público en las áreas de consultoría y asesoría.

4.5.1. Antecedentes históricos de la Procuraduría General de la Nación

A raíz de las reformas constitucionales de 1993 nace a la vida jurídica e institucional, ya separada del Ministerio Público, y como entidad independiente la Procuraduría General de la Nación, conforme el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, con las funciones específicas de asesoría y consultoría de los organismos del estado, ejerciendo la representación del Estado de Guatemala.



4.5.2. Las funciones de la Procuraduría General de la Nación entre otras

Entre las funciones de la Procuraduría General de la Nación están las de asesorar a los órganos y entidades del Estado en todos aquellos en que, sin tener intervención obligatoria, se solicite su opinión. Los dictámenes contienen la opinión de los profesionales de la Procuraduría General de la Nación quienes conocen casos específicos en las distintas materias jurídicas.

Ejercer la representación del Estado de Guatemala dentro y fuera del territorio nacional sosteniendo los derechos de la nación en todos los juicios en que fuera parte, promoviendo la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten a su favor. Así también interviene en trámites administrativos y negocios en que estuviere interesado el Estado, formalizando los actos y suscribiendo los contratos que sean necesarios para el cumplimiento de tal fin.

En la actualidad la Procuraduría General de la Nación, cuenta con un equipo de profesionales multidisciplinarios que lo hacen ser el bufete más grande del país, además de ser el de mayor alcance ya que cuenta con 16 sedes departamentales, esto con el fin de servir de una manera eficiente y transparente al Estado de Guatemala.

4.5.3. Misión

La Procuraduría General de la Nación, es una institución de carácter técnico jurídico, creada por mandato constitucional, a quien se encomienda la personería jurídica del Estado de Guatemala, de la niñez y de la juventud, así como las funciones de asesoría y consultoría jurídica de la administración pública, y otras específicas que las leyes



establecen, todas las cuales son cumplidas en estricto apego a la ley y en atención al principio de primacía constitucional.

4.5.4. Visión

Una institución moderna y fortalecida que preste servicios con efectividad y eficiencia, comprometida con el ordenamiento jurídico y la realidad social; y protagonista de la modernización y la transparencia del Estado.

4.5.5. Objetivos

Incidir en el correcto desempeño de la administración pública, a través de una adecuada y pronta asesoría técnico jurídica.

Infundir los principios y valores del estado de derecho en los actores relacionados con el trabajo de la Procuraduría General de la Nación.

Lograr que se reconozca la transparencia en el cumplimiento de las funciones de la Procuraduría General de la Nación.

Ser el eficiente representante de menores, ancianos y discapacitados en estado de abandono y el promotor de acciones judiciales y extrajudiciales para proteger a la familia, haciendo énfasis en la mujer.

4.5.6. Marco Legal

El Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que



La Procuraduría General de la Nación, tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El Procurador General de la Nación, ejerce la representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República de Guatemala, quien podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida.

Para ser Procurador General de la Nación, se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

El Procurador General de la Nación, durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

4.5.7. Procurador General de la Nación

El Procurador General de la Nación por mandato constitucional es el abogado y representante legal del Estado de Guatemala en aquellos asuntos de interés para el Estado, tanto dentro como fuera del territorio nacional, además es el asesor y consultor del Organismo del Estado. Tiene como funciones específicas representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces mientras éstos carezcan de un personero legítimo, padre o tutor.

También interviene ante los tribunales de justicia en aquellos asuntos que la ley le llame



a participar, al mismo tiempo promueve las gestiones necesarias para obtener la recta y pronta administración de justicia a favor de los intereses del Estado.

En virtud de que muchas veces los ausentes no son representados por sus familiares que tienen parentesco dentro de los grados que la ley establece o éstos tienen interés directo, son abogados propuestos por la parte interesada el que declara la ausencia, lo que resulta inconveniente porque puede dar lugar a que se vulneren los derechos del ausente por lo que debe ser la Procuraduría General de la Nación, que los represente cuando no hayan parientes del ausente o existiendo los mismos por el interés que puedan tener, se vulneren los derechos del ausente.

La Procuraduría General de la Nación que actualmente representa provisionalmente al presunto ausente, en tanto no se le nombre un representante judicial, en caso de no existir parientes dentro de los grados de ley o bien, un mandatario con facultades suficientes para que lo represente, se hace necesario que el mismo sea quien se constituya en defensor judicial, lo que permitiría proteger también los derechos e intereses del ausente y evitarle un gasto procesal al interesado, ya que se evitará el pago de honorarios del abogado que tenga que proponer como defensor judicial la parte interesada.

4.6. Propuestas del trámite que debe regir dentro de la Ley de Tribunales de Familia, Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil

Es importante tomar en cuenta que los juzgados de familia de conformidad con el segundo considerando de la Ley de Tribunales de Familia, su sistema procesal debe ser actuado e impulsado de oficio, con suficiente flexibilidad y esencialmente conciliatorio,



por lo que resultaría inútil el simple cambio de competencia de un juzgado de primera instancia civil a uno de familia, si el trámite continúa siendo el mismo, no se lograría ningún beneficio para el usuario interesado en tramitar, en este caso la declaratoria de ausencia para un posterior trámite de algún asunto que se relaciona con la familia. A pesar que desde el uno de julio del año 1964, entró en vigor la Ley de Tribunales de Familia, es una de las leyes que no han sido actualizadas y en forma anti técnica, la Corte Suprema de Justicia emitió circulares para indicar las directrices que deben regir los procedimientos en los juzgados del orden de familia, por lo que se hace necesario propuestas de reformar la Ley de Tribunales de Familia.

Se tratará de tomar en cuenta la forma en que se tramitan las diligencias voluntarias de declaratoria de ausencia, ya sea judicial o extrajudicial que genera elevado gasto económico y de tiempo, lo que provoca que el cónyuge interesado en divorciarse o bien en resolver cualquier otro asunto relacionado con la familia, no continúa o nunca inicia los trámites respectivos. Por lo que acorde con la realidad de los guatemaltecos la declaratoria de ausencia debe ser competencia de un juez de familia y el procedimiento flexible y oficioso, para proteger especialmente a los menores de edad, al cual el Estado debe proteger buscando para ello los mecanismos más adecuados y menos onerosos para el interesado, también creando más juzgados de familia, que no han sido aumentados a pesar de que la población va en aumento y por lo mismo demanda de más juzgados de dicho ramo.

4.7. Trámite para iniciar otro juicio posterior relacionado con la jurisdicción de familia

Una vez hecha la declaratoria de ausencia, en el mismo expediente deberá presentarse



la demanda que corresponda ya sea oral, ordinaria u otra clase de juicio, de esa manera se evitará la pérdida de tiempo y dinero que conlleva, solicitar una certificación del auto de declaratoria de ausencia y nombramiento de defensor, para ser presentado ante el centro de servicios auxiliares de la administración de justicia. La demanda deberá cumplir los requisitos de toda primera solicitud establecidos en los Artículos 61, 63, 106, 107, 109, 111 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Por ejemplo, en los procesos ordinarios de divorcio por ausencia por más de un año, no se da contradicción, porque el defensor judicial del ausente no se opone al divorcio, únicamente se aportan pruebas por la parte actora y son declaradas con lugar la mayoría de veces. En esta clase de procesos la parte actora, puede dar por vencido el plazo de prueba como lo establece el segundo párrafo del Artículo 125 del Código Procesal Civil y Mercantil y pasar a la fase de proceso y evitar la pérdida de tiempo.

La Ley de Tribunales de Familia, establece, que corresponde a los juzgados de familia aplicar los procedimientos establecidos en los capítulos I y II del Libro IV del Código Procesal Civil y Mercantil. En el capítulo II de dicho Libro, se encuentra regulada la institución de declaratoria de ausencia, lo que significa que ésta debe tramitarse ante un juzgado de familia como se venía tramitando antes que la Corte Suprema de Justicia emitiera la circular número 34 de fecha 30 de julio de 1995, siempre y cuando tenga por objeto iniciar un asunto relacionado con familia, como lo es el divorcio, fijación de pensión alimenticia, paternidad y filiación, e impugnación de paternidad; así como la administración de bienes del ausente, que se tramita ante un juez de familia, se encuentra regulado en el numeral I) literal i) del instructivo para los tribunales de familia de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. Con el actual procedimiento se carece



de flexibilidad en el trámite legal para la declaratoria de ausencia, lo cual hace inaccesible para quien tenga interés en la misma.

En el ordenamiento adjetivo civil guatemalteco se encuentran establecidos los procedimientos y asuntos en los cuales tiene competencia un juzgado de primera instancia civil.

En cuanto a los juzgados de familia, no existe un ordenamiento adjetivo propio que los rija taxativamente, únicamente la Ley de Tribunales de Familia y la circular número 42 de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia que contiene el instructivo para los tribunales de familia que persigue complementar y ampliar, la Ley de Tribunales de Familia y supletoriamente se aplica el Código Procesal Civil y Mercantil.

En consecuencia en el trabajo de investigación se tratará de explicar el análisis jurídico de la competencia entre los juzgados civiles y de familia para la declaración de ausencia para solicitar el divorcio del ausente.

Del análisis del presente tema de investigación, se determina que es necesario reformar la Ley de Tribunales de Familia, para establecer la competencia de los jueces de familia y conocer de la declaratoria de ausencia, evitando al propio tiempo que tal declaración se utilice para asuntos ajenos a la competencia de los juzgados de familia, como ocurrió antes que se emitiera la Circular 34/DGP/medeg. de la Secretaría de la Presidencia del Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de julio de 1995, en la cual se ordenó a los juzgados de primera instancia civil conocer de la declaratoria de ausencia, aunque el objeto de la declaratoria sea para iniciar un proceso relacionado con la familia.



CONCLUSIONES

1. **No existe una jurisdicción privativa que haga posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes con respecto a la familia, especialmente en lo referente al trámite que se debe seguir en cuanto a la declaración de ausencia para posteriormente solicitar el divorcio del ausente, de lo que resulta que el trámite genera elevado gasto económico y de tiempo, que provoca que el cónyuge interesado en divorciarse o bien en resolver cualquier otro asunto relacionado con la familia, no continúa o nunca inicia los trámites respectivos**
2. **La Ley de Tribunales de Familia, desde su creación careció de claridad en cuanto a la competencia de los juzgados civiles y de familia en el procedimiento de algunas instituciones como la declaratoria de ausencia, muy a pesar que la familia como elemento fundamental de la sociedad debe ser protegida por el Estado.**
3. **Parcialmente no se cumple con el espíritu de la Ley de Tribunales de Familia, que tiene como principio la protección del núcleo familiar, atendiendo que en el caso de la declaración de ausencia se tiene que llevar por la vía civil; lo que no permite un sistema procesal actuado e impulsado de oficio, que resulte menos oneroso y económico a la persona interesada.**
4. **La realidad en cuanto al crecimiento poblacional es inminente; y los juzgados civiles y de familia no son suficientes para brindar la atención adecuada a quienes demandan de los servicios que prestan estas instituciones, especialmente que entre éstos juzgados, no se tiene la competencia delimitada para la declaración de ausencia, que es una institución de índole familiar. En los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Civil se tramitan las declaraciones de ausencia, a pesar que la mayoría de asuntos se refieran a familia.**





RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la Republica de Guatemala, debe reformar la Ley de Tribunales de Familia Decreto Ley 206, mediante la creación de una legislación familiar adecuada, para establecer la jurisdicción y competencia entre los juzgados civiles o de familia para declarar la ausencia y así poder solicitar el divorcio del ausente.
2. Que en la Ley de Tribunales de Familia, se reglamente el procedimiento a seguir en la declaratoria de ausencia, atendiendo a su espíritu que establece que su sistema procesal debe ser actuado e impulsado de oficio, con suficiente flexibilidad y esencialmente conciliatorio; ya que no sería de utilidad el simple cambio de competencia de un juzgado de primera instancia civil a uno de familia, si el trámite continúa siendo el mismo.
3. Que la Corte Suprema de Justicia, proponga soluciones al problema de familia, con respecto a la figura de la declaración de ausencia, estableciendo que los jueces competentes para conocer de la declaratoria de ausencia sean los jueces de familia. y que sujeten al individuo al cumplimiento de los fines, en función de derechos y obligaciones y de esta manera proteger especialmente a los menores de edad quienes son los más afectados en la valoración de sus derechos.
4. Que el Congreso de la República de Guatemala, reforme el Artículo 2 de Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206; que además de todo lo que regula, se adhiera la declaración de ausencia, en virtud que en la práctica resulta evidente la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil, así como la Ley del Organismo Judicial, de lo que se deduce que es insuficiente la Ley de Tribunales de Familia.





ANEXO I

Dicho proyecto de ley que se propone con el fin de coadyuvar, es el siguiente:

DECRETO NÚMERO _____ -2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el Decreto Ley número 206, Ley de Tribunales de Familia, desde hace varios años fue elaborada, es necesario adaptarla a la realidad nacional y actualizarla con respecto a la figura de la declaración de ausencia, para establecer la competencia de los jueces de familia y civil para conocer de la declaratoria de ausencia, la cual forma parte de esta rama del derecho.

CONSIDERANDO:

Que la familia, como elemento fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una jurisdicción privativa regida por normas y disposiciones procesales, que hagan posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes;



CONSIDERANDO:

Que para la eficacia de esa protección al núcleo familiar, debe establecerse un sistema procesal actuado e impulsado de oficio, con suficiente flexibilidad y esencialmente conciliatorio;

CONSIDERANDO:

Que el Estado de Guatemala en su Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que confiere la literal a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA AL DECRETO LEY NUMERO 206 LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA

Artículo 1. Se reforma el Artículo 2, de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206 del Congreso de la República de Guatemala, el cual queda así:

Artículo 2º. Corresponde a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas,



reconocimiento de hijos de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho, patrimonio familiar y declaración de ausencia.

Se adiciona el Artículo 3. A la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206 del Congreso de la República de Guatemala, el cual queda así:

Artículo 3. Es necesario que el procedimiento se inicie con una denuncia y que el juez continúe oficiosamente con el mismo, para evitar gastos económicos al interesado en la declaratoria de ausencia.

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL _____ DEL MES DE _____ DEL AÑO DOS MIL _____

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.





BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial.** Tomo I Parte General 2ª. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1963, Pág. 90.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Sin edición, Tomo I Editorial Universitaria, sin fecha, Guatemala. C. A. Págs. 1, 5, 89, 90, 91, 92, 100, 105
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Octava Edición, Editorial Estudiantil Fenix, 2009, Guatemala. C. A. Págs. 79
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Tomo II Décima Edición, Editorial Heliasta S.R.L, sin lugar de impresión, sin fecha, Págs. 414,
- CHACON CORADO, Mauro. **Los conceptos, excepción acción, pretensión y excepción,** 1ª. Edición, Editorial Vile Guatemala, 1998, Págs.170,
- COUTORE Eduardo, J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Sin edición, Editorial de palma, Buenos Aires Argentina, 1969, Págs. 150,
- COVIELLO, Nicolás. **Doctrina general de derecho civil español.** Sin edición, Editorial Uteha, sin lugar de impresión, 1942, Págs. 150
- DE LA RUA, Fernando. **Teoría general del proceso.** Editorial claridad, Buenos Aires, 1957.
- ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado,** Sin edición, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1957, Págs. 197
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** Sin edición, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1959, Págs. 73, 150
- FONSECA, Gautama. **Curso de derecho de familia.** Sin edición, Editorial Imprenta López y Cías., Tegucigalpa, Sin fecha de impresión, Págs. 14,
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Sin edición, Editorial Praxis, Guatemala, 1998, Págs. 17, 18, 19, 20
- GUASP DELGADO, Jaime. **Derecho procesal civil.** Tomo I, 3ª. Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968. Pág. 100.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial.** Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1954, Págs. 379



MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**, Sin edición, Editorial Talleres de Imprenta y Fotograbado Llereba S.A, Guatemala, 1998, Págs. 12,

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho procesal civil I. 2ª**. Edición, Editorial Orellana, Alonzo & Asociados, Guatemala, 2004, Págs. 259.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**. Sin Edición, Editorial Eliasta, Buenos Aires, República de Argentina, 1981, Págs. 410, 608, 230,

PALLARES, Ramiro Eduardo. **Diccionario procesal civil**. Sin edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1989, Pág. 315.

PALLARES, Ramiro Eduardo. **Derecho civil**. Sin edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1989, Pág. 632

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Sin edición, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1957, Págs. 3, 4, 6, 14, 17, 25, 33, 181

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Sin edición, Editorial Antigua Librería Robredo, México. D.F. 1959, Págs. 16, 19, 140, 150

SÁENZ JUAREZ, Luis Felipe. **Jurisdicción voluntaria en sede notarial**, Sin edición, Editorial Guatemala, Guatemala, 1988, Págs. 3

LEGISLACION:

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

Código Civil, Congreso de la República de Guatemala Decreto Ley 106. Año 2007 y sus reformas.

Código Procesal Civil y Mercantil, Congreso de la República de Guatemala. Decreto Ley 107. Año 2007 y sus reformas.

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89. Año 2006 y sus reformas.

Ley de Tribunales de Familia, Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 206. Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de Guatemala, Año 2007.