

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Maestría en Derecho Procesal



**Limitación de la notificación electrónica en el
proceso civil y de familia**

(Tesis de Maestría)

Gilberto Javier Barreda Barrientos

Guatemala, agosto 2019

**Limitación de la notificación electrónica en el
proceso civil y de familia**

(Tesis de Maestría)

Gilberto Javier Barreda Barrientos

Guatemala, agosto 2019

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M.A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador de Postgrados y



Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos Académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, doce de junio de dos diecisiete. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LIMITACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PROCESO CIVIL Y DE FAMILIA**, presentado por **GILBERTO JAVIER BARREDA BARRIENTOS**, previo a otorgársele el título de Magister en Derecho Procesal, reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Asesor al **M.SC. HÉCTOR RICARDO ECHEVERRIA MENDEZ**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.

"Sabiduría, ante todo adquiere sabiduría"



MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

DICTAMEN DEL ASESOR DE TESIS DE MASTRÍA

Nombre: **GILBERTO JAVIER BARREDA BARRIENTOS**

Título de la tesis: **LIMITACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
EN EL PROCESO CIVIL Y DE FAMILIA**

El Asesor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el título de Magister en Derecho Procesal, el estudiante ha desarrollado su tesis de Maestría.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Maestría.

Por tanto,

En su calidad de Asesor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor

Guatemala, 15 de septiembre de 2017

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



M.SC. HÉCTOR RICARDO ECHEVERRÍA MENDEZ
Asesor de Tesis

c.c. Archivo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete.

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LIMITACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PROCESO CIVIL Y DE FAMILIA**, presentado por **GILBERTO JAVIER BARRERA BARRIENTOS**, previo a otorgársele el título de Magister en Derecho Procesal, ha cumplido con los dictámenes correspondientes del asesor nombrado, se designa como revisor metodológico al **DR. JOAQUIN MEDINA BERMEJO**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.

"Sabiduría, ante todo adquiere sabiduría"



MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE MAESTRÍA

Nombre: **GILBERTO JAVIER BARRERA BARRIENTOS**

Título de la tesis: **LIMITACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
EN EL PROCESO CIVIL Y DE FAMILIA**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el título de Magister en Derecho Procesal, el estudiante ha desarrollado su tesis de Maestría.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

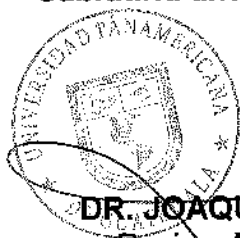
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Maestría.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 08 de junio de 2018

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



DR. JOAQUÍN MEDINA BERMEJO
Revisor Metodológico de Tesis

Doctor

Joaquín Medina Bermejo PhD.
Abogado y Notario

c.c. Archivo

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE MAESTRÍA

Nombre: **GILBERTO JAVIER BARREDA BARRIENTOS**

Título de la tesis: **LIMITACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PROCESO CIVIL Y DE FAMILIA**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el título de Magister en Derecho Procesal, el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de Maestría.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, en tales dictámenes consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Maestría.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, declaración jurada del estudiante, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes, así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Maestría.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 02 de mayo de 2019

"Sabiduría, ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usulután
Decano Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

En la ciudad de Guatemala, el día veinticinco de abril del año dos mil diecinueve, siendo las diez horas en punto, yo, **LIZBETH BARREDA DE BARRIOS**, Notaria en ejercicio, me encuentro constituida en la dieciocho avenida A siete guión sesenta y ocho zona quince, Vista Hermosa I, municipio de Guatemala, departamento de Guatemala, en donde soy requerida por **GILBERTO JAVIER BARREDA BARRIENTOS**, de cuarenta y cinco años de edad, soltero, guatemalteco, Abogado y Notario, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) mil ochocientos sesenta y seis, cincuenta y dos mil trescientos sesenta y cuatro cero ciento uno (1866 52364 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **GILBERTO JAVIER BARREDA BARRIENTOS**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: "**LIMITACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PROCESO CIVIL Y DE FAMILIA**"; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y firmo, a la cual le adhiero los timbres para

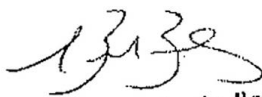


cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie AM y número cero novecientos cincuenta y tres mil doscientos cincuenta y uno; y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número dos millones novecientos treinta mil setecientos veintiséis. Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma junto con la Notaria que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f)

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several sweeping strokes.

ANTE MÍ:

A smaller handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lizbeth'.

Lic. Lizbeth Barreda de Barrios
ABOGADA Y NOTARIA

Nota: Para efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Contenido

Resumen	i
Introducción	ii
Capítulo I	1
Los orígenes del derecho de familia	1
1.1. Origen	1
1.1.1 Teoría naturalista o Iusnaturalista	3
1.1.2 Teoría microsociológica de la Familia	5
1.1.3 Teoría macrosociológica de la Familia	5
1.2 Definición	7
1.3 Naturaleza jurídica	9
1.4 Instituciones	12
1.4.1 El Matrimonio	12
1.4.2 Divorcio	18
1.4.3 Unión de Hecho	21
1.4.4 El parentesco	23
1.4.5 La Filiación	25
1.4.6 La adopción	36
1.4.7 La patria Potestad	34
1.4.8 Los Alimentos	34
1.4.9 La Tutela	35
1.4.10 El Patrimonio Familiar	35
1.5 Principios	36
1.6 Finalidad	37
Capítulo II	41
El proceso de divorcio y las partes procesales	41
2.1 Generalidades	41
2.2 Definición	51

2.3	Capacidad	54
2.4	Representación y sustitución procesal	58
2.5	Juicio ordinario de divorcio	63
	Capítulo III	77
	Efectividad en la notificación electrónica	77
3.1	Origen	77
3.1.1	Teoría de la recepción	80
3.1.2	Teoría del conocimiento	81
3.1.3	Teoría ecléctica	81
3.2	Definición	81
3.3	Características	84
3.4	Clasificación	88
3.5	Regulación legal	92
	Capítulo IV	106
	Limitación de la notificación electrónica en el proceso de divorcio en Guatemala y su incidencia en la aplicación del principio de celeridad	106
4.1	Aspectos generales de la modernización del sector justicia	106
4.1.1	Ministerio Público	106
4.1.2	Procuraduría General de la Nación	107
4.1.3	Instituto de la Defensa Pública Penal	108
4.1.4	Procuraduría de los Derechos Humanos	110
4.1.5	Policía Nacional Civil	110
4.2	Integración del sistema de administración de justicia	110
4.2.1	Área administrativa	111
4.2.2	Área Jurisdiccional	113
4.3	Seguridad jurídica de la notificación electrónica	119
4.3.1	Empleo de mecanismos de seguridad	119
4.3.2	Servidor de correos electrónicos en el poder judicial	120
4.3.3	Central de notificaciones electrónicas	120

4.3.4. La notificación electrónica en otros países como manifestación de la seguridad jurídica que proporciona	122
4.4 Procedimiento para adhesión voluntaria en los centros de servicios auxiliares del ramo civil	124
4.5 Beneficios de la notificación electrónica en materia judicial	127
4.6 Incidencia del principio de celeridad en la notificación electrónica	129
4.7 Limitaciones para los abogados litigantes en materia de familia en la incorporación de la notificación electrónica	132
Conclusiones	134
Referencias	135

Resumen

El fenómeno de estudio propuesta se plantea basado en la limitación de la notificación electrónica en el proceso civil y de familia, considerando que el procedimiento establecido para generar las correspondientes notificaciones beneficia a las partes procesales, siendo una de ellas el área civil y de familia, que actualmente se presentan con limitaciones derivado que deben realizarse las notificaciones por los medios establecidos en la ley, sin tomar en consideración el ámbito electrónico que mejora dicha actividad y con ello beneficia la modernización del sector justicia.

Una de las particularidades que se observaron en el estudio ha sido que, las normas jurídicas en materia de notificaciones electrónicas para el Organismo judicial, es opcional su incorporación, lo cual, deja un vacío aplicativo de la misma, considerando que los profesionales del derecho por diversas razones no lo realizan dificultando con ello la modernización del sector justicia de forma generalizada.

Concretizándose además que, el principio de celeridad procesal se encuentra limitado en comparación a la aplicación que debería dársele mediante la efectivización de las herramientas electrónicas que se encuentran a disposición de toda persona y especialmente de la administración de justicia.

Por tanto, el estudio permite observar diversos puntos de vista de la temática desarrollada, con el objeto de generar criterios de interpretación en el ámbito de la administración de justicia, la tecnología e informática, la modernización del actuar jurisdiccional y de los profesionales del derecho, así como en la aplicación de la celeridad como principio procesal, situación que para el caso de Guatemala aun es una debilidad a gran escala.

Introducción

Para la Corte Suprema de Justicia, la implementación de mecanismos en la búsqueda de agilización de procesos judiciales siempre resulta un desafío institucional, pues debe crear el recurso humano, financiero e informático suficiente para que la notificación pueda ser una realidad durante el horario judicial. Con respecto a las notificaciones electrónicas, en materia civil, estas deben cumplir un cometido como lo es poner en conocimiento a las partes procesales el contenido de una resolución durante la tramitación del proceso civil.

Básicamente el problema radica en que la normativa específica determina que, todo profesional del derecho, es decir, abogado y notario, puede incorporarse para que le notifiquen en forma electrónica, sin embargo, dicha incorporación es obligatoria pero se ha evidenciado su infuncionalidad, tomando en consideración que algunas oficinas profesionales no cuentan con equipo tecnológico o capacitación para la actualización del sector justicia por lo cual, si una de las partes no se incorpora al sistema no se utiliza dicha herramienta.

Dentro del desarrollo de la actividad profesional, se observa que en los procesos de divorcio, es necesario realizar diversas acciones dentro de las audiencias, las cuales deben ser notificadas a cada una de las partes procesales, pero a pesar de existir la herramienta normativa de las notificaciones por medios electrónicos, la misma no es utilizada en dichos procesos, por limitaciones tanto técnicas, profesionales y de capacitación, lo que limita al órgano jurisdiccional su aplicación.

Planteando la hipótesis de la manera siguiente: “Efectivamente, existe situaciones que reflejan la infuncionalidad de las notificaciones electrónicas de las resoluciones judiciales de los procesos de divorcio, lo que no permite un avance en el tema de modernización y actualización del sector justicia, especialmente de los órganos jurisdiccionales, derivado que no se utilizan las herramientas electrónicas como lo es la notificación. Siendo la principal causa la falta de actualización y capacitación de los profesionales en temas

informáticos, tecnológicos y prácticos para la utilización de sistemas y notificaciones electrónicas de resoluciones judiciales. Siendo el efecto la infuncionalidad de las notificaciones por vía electrónica como herramienta del sector jurisdiccional en la agilización de los procesos de divorcio en Guatemala.”

Siendo por tanto el método de comprobación de la hipótesis aplicado fue el deductivo, considerando que al abordar y sistematizar la información obtenida, se establecen criterios concretos para su desarrollo, aplicándolo en el análisis de la información documental y consulta de las fuentes normativas que materializan el tema y la observancia de la aplicación de forma generalizada en los órganos jurisdiccionales de familia y civil, así como la cantidad de profesionales que se encuentran como parte de dicho sistema, por tanto, se comprueba que las limitaciones existentes que se hacen manifiestas en la tramitación de los procesos de familia, especialmente en el divorcio, tomando en consideración que siendo una herramienta tecnológica útil y necesaria no se utiliza por diversos factores tanto profesionales, institucionales, tecnológicos y de actualización, siendo los procesos de familia los principales ejemplos en los que no es posible su aplicación para la agilización de cada etapa procesal.

La temática que se aborda en el estudio tiene su punto de partida en los orígenes del Derecho de Familia, considerando que para la sociedad es la base sustancial y con ello se observan las instituciones que la conforman. Además, se desarrolla el proceso de divorcio y las partes que intervienen en el mismo, para conocer dicha dinámica procesal, incluyendo para el efecto la percepción y abordaje de la efectividad de las notificaciones electrónicas de forma generalizada, para establecer finalmente cuales son las limitaciones que se hacen manifiestas en la actividad de notificación por medios electrónicos aplicada al proceso de divorcio en Guatemala y su incidencia en el principio procesal de celeridad.

CAPÍTULO I

LOS ORÍGENES DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1. Origen

El Derecho de Familia, surge de la necesidad sentida entre los miembros de un grupo familiar que componen una sociedad y que, por ende, esos conflictos trascienden al conocimiento del Estado, siendo éste el que tiene como objeto principal lograr la paz social y la convivencia armónica entre los ciudadanos.

Por consiguiente, se concibe como el conjunto de normas jurídicas, aplicadas a la familia, indicando que todas las relaciones que se dan dentro del seno familiar, deben ser susceptibles de la aplicación por parte del derecho. En la evolución histórica del derecho de familia, siempre ha estado situado entre las ramas fundamentales del derecho Civil, por su parte Federico Puig Peña expone:

Formando con los derechos reales, de crédito y sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este derecho como poco correcta y fuera de los principios generales de la técnica del derecho. (1957, pág. 23)

Tanto en España como la doctrina extranjera, puso de manifiesto la poca precisión del punto de vista tradicional, poniendo reparos a la concepción ius privatista del Derecho familiar. Fue, sin embargo, Antonio Cicu quien presentó una construcción sistemática del problema, obteniendo por ello, y por sus finas consideraciones en otros conceptos, un lugar preeminente entre los tratadistas jurídicos extranjeros. Para el efecto Cicu, citado por Federico Puig Peña, determina que:

Es indispensable verificar un reajuste de conceptos en la distinción entre el Derecho público y el privado, para centrar el problema en el mismo punto de partida. La familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus integrantes, de ahí surge la existencia de un interés familiar, que debe distinguirse del individual o privado y del estatal o público; hay además una voluntad familiar, esto es una voluntad vinculada al fin de la satisfacción del interés familiar. (1957, pág. 24)

Lo anterior, destaca el papel que juega en el Derecho de familia la voluntad privada, y llega a sentar la afirmación que aquella no es eficaz, en esa materia para constituir modificar o disolver vínculos. Todo ello explica que, en las relaciones de familia, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, el centro de gravedad sea el deber y no el derecho. En total, la clásica división bipartita del derecho público y privado, debe ser abandonada por una clasificación tripartita, que dé cabida, como categoría intermedia, pero independiente al Derecho de Familia.

Toda construcción tiene su apoyo falso, parte de la distinción entre interés privado, familiar y público. Pero aun admitiendo sus puntos de partida, por lo que Federico Puig Peña expone:

Son muchas las objeciones que sugiere, si bien es exacto que existe un interés familiar que puede estimarse distinto del particular de los individuos que la forman y del estatal o público, ello no autoriza a crear una rama del derecho pública autonomía, quebrando la antigua y límpida clasificación del Derecho público y privado. También en las asociaciones el interés de estas es distinto al de los asociados y al del Estado, también ellas tienen un interés propio y superior al de los integrantes y una voluntad encaminada a satisfacerlo. (1976, pág. 24)

Tampoco se puede aceptar, la existencia de una voluntad familiar distinta de la quien la expresa y ejerce su derecho, la distinción entre el hombre como individuo y como miembro y vocero de la familia es contra natural. Para concluir, la teoría de Cicu ha tenido una fría acogida en la doctrina, y que, salvo en los aludidos países comunistas, no ha trascendido a la legislación comparada, en la que el derecho de familia se ha mantenido como parte integrante del civil, por lo cual Federico Puig Peña afirma:

- 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 una grave crisis, 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.
- b) Que desde el punto de vista teórico, es extraordinariamente sugestiva la posición del maestro italiano, no está, sin embargo carente de reparos, pues el propio aspecto preceptivo de las normas familiares se observa en otras muchas instituciones del Derecho Privado, y a la par, existen derogaciones de ese principio en el mismo derecho de familia, que mantiene una posición de libertad en muchas de sus relaciones y especialmente, en la faceta patrimonial. (1976, pág.18)

Las percepciones expuestas, determinan el surgimiento e interpretación doctrinaria del derecho de familia, generando un criterio rígido de la división del derecho entre público y privado y un criterio flexible para la separación y surgimiento de nuevas ramas de dicha ciencia.

Por su parte, José Castán Tobeñas expone: “Separar el derecho de familia de las demás ramas del Derecho privado, rompiendo la actual unidad científica del derecho civil, pues las relaciones familiares van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial.” (1962, pág.18)

Por lo tanto, el origen del derecho de familia como parte de las ciencias jurídicas, se consolida en la existencia de discusiones doctrinarias que han permitido situarlo en forma igualitaria con el derecho civil, por tener, objeto, sujeto y elementos de estudio especiales y trascendentales para su sistematización dentro del derecho. Para el efecto, es importante conocer algunos aspectos teóricos concretos que ubican a la familia y por ende al derecho de familia en el contexto del desarrollo del ser humano, para el efecto, se desarrolla de la manera siguiente:

1.1.1. Teoría naturalista o iusnaturalista

Según John Locke la propiedad individual, es decir, el derecho de un individuo de gozar y de disponer a título exclusivo de un determinado bien, deriva del esfuerzo que el individuo ha empleado para adueñarse de él y por lo tanto si es necesario, para transformarlo y valorizarlo con el propio trabajo.

La teoría de la propiedad de Locke, según Manuel Chávez, es importante por tres motivos:

Primero, ahora ya se ha vuelto claro que el estado de naturaleza o la sociedad natural, coincide con la esfera de las relaciones económicas, es decir la esfera en la que se forman y se desarrollan las relaciones del hombre con la naturaleza a fin de transformarla para provecho propio a través del trabajo. Segundo, El protagonista del estado prepolítico, que coincide con la propiedad económica, es el individuo considerado en su estricta capacidad personal de apropiarse de las cosas comunes y de transformarlas

para el mayor beneficio propio y de la sociedad, tercero: la propiedad individual, institución fundamental de la economía burguesa, nace toda acabada y perfecta en el estado de naturaleza, es decir, antes de que surja el estado. El hecho que el estudio de la familia precede al de la sociedad política muestra que ella siempre es una sociedad natural; el hecho que siga al estudio de la propiedad individual con los temas conexos del trabajo, de la apropiación y de la valorización del suelo y de la moneda, muestra que la institución familiar no tiene nada que ver con la actividad económica, que es actividad esencialmente individual. (1994, pág.157)

La familia, según dicha teoría representa correctamente el fin de la concepción tradicional que de la sociedad doméstica y patronal el núcleo original de la sociedad política atribuye a ella el desarrollo de la función económica, que es la función pre-política por excelencia.

El hecho de que el tratado sobre la familia preceda al de la sociedad política muestra que siempre se trata de una sociedad natural, por otra parte, el hecho de que siga al tratado sobre la propiedad individual, con los temas vinculados a ella del trabajo, la apropiación y la valoración del suelo, y de la moneda, muestra que la institución familiar no tiene nada que ver con la actividad económica, que es una actividad esencialmente individual.

Asimismo, el autor John Locke, citado por Chávez expone:

La familia insiste sobre todo en dos temas: a) La familia como sociedad de duración temporal, es decir, destinada a mantenerse hasta la mayoría de edad de los hijos, no puede confundirse con la sociedad política, que es permanente y como tal acompaña al individuo desde la cuna hasta la tumba; b) la familia, al no tener otra función que la de proveer a la nutrición, a la crianza y a la educación de la prole (y también en este aspecto se diferencia de la sociedad política, que, teniendo funciones bastante más importantes, asigna al que la dirige poderes bastante más amplios), no puede confundirse con la sociedad económica, cuyos súbditos son los individuos independientes (que se encuentran en ese momento en estado de naturaleza). (1994, pág.159)

En términos generales el discurso sobre la familia en su doble y clásica forma de sociedad doméstica y de sociedad despótica sigue siempre al discurso sobre el estado de naturaleza, y se introduce en la sistemática de la teoría política (que es siempre una teoría de la sociedad en su conjunto), sobre todo con objeto de mostrar que tanto la relación de poder entre padre e hijo como la relación de poder entre amo y siervo representan tipos de relación de poderes distintos, y que han de seguir siendo distintos, de la relación de poder político, es decir, de la relación entre gobernante y gobernado.

1.1.2. Teoría Microsociológica de la familia

La idea de la familia como célula básica de la sociedad responde a ese esquema conceptual que intenta explicar a la familia en su relación con la sociedad, y es una tesis sostenida por muy variados sociólogos, entre ellos están, por citar, Le Play cuando afirma: “Los pueblos se componen, no de individuos, sino de familia...”, también Durkheim, Spencer, y Engels.

Para el efecto, Durkheim expone:

La perspectiva tan apegada a una sociología cuya explicación de la construcción del orden social descansaba en la necesidad de la diferenciación estructural- funcional y en la reglamentación jurídica y moral, fue potenciadora de esa tradición institucional sobre la familia que destacó, sobre todo, el derecho y el orden familiar de cada época histórica y de la sociedad. Los cambios en el derecho introducen modificaciones en las relaciones familiares, la sociedad moderna evoluciona hacia un derecho que garantiza mayor autonomía personal, que revitaliza el derecho restitutivo. (2006, pág. 85)

Lo antes indicado, se observa en una perspectiva evolutiva y estructural-funcionalista. Es la ley de la supervivencia de la forma social más adaptada y superior la que explica la evolución de formas estructurales indefinidas y simples en sociedades salvajes, a formas definidas y complejas en las sociedades civilizadas donde impera la monogamia patriarcal. El matrimonio monogámico, siempre existió en todas las sociedades, sólo se convierte en una forma dominante en las sociedades industriales y modernas. Talcott Parsons, es considerado el más genuino e impactante exponente de la sociología funcionalista sobre la familia. La teoría de la familia parte de la concepción sobre el proceso de diferenciación que ha experimentado la familia y la explica como ellos desde la relación estructura y función, pero con un enfoque más cultural.

1.1.3 Teoría macrosociológica de la familia

Un punto de vista macrosociológico, hace referencia a aquellos estudios que buscan dar una visión de la familia tomando como objeto o polo de referencia no propiamente a la institución de la familia, sino, a la sociedad global; aquellos que de uno u otro modo buscan prefigurar una concepción particular del mundo.

Serían representantes de este punto de vista la mayoría de los antropólogos clásicos de mediados del siglo pasado, como lo son Morgan, Taylor, Bachoffen, Meine y Foustel de Coulanges, quienes tocaron el problema del desarrollo de la familia dentro del marco teórico general de la escuela del evolucionismo clásico. Freud desde el punto de vista del psicoanálisis, Durkheim desde el punto de vista propiamente sociológico y Engels bajo el materialismo histórico.

Un punto de vista microsociológico, determina principalmente las obras producidas en el seno de la antropología social británica, sobre todo los trabajos de Malinowski sobre las islas Trobriand, así como la contribución de la etnografía norteamericana. Y aún podrían incluir aquí trabajos pioneros como los que hicieron en el Nuevo Mundo los cronistas españoles del siglo XVI y que constituyen una temprana y excepcional aportación ya propiamente de tipo etnográfica, sobre instituciones de diversos grupos sociales.

El primer punto de vista coincidiría a su vez con una tendencia señalada por Apud Michel y por A. Manoukiari, la cual el autor Durkheim, considera que:

La evolución y desarrollo de la institución familiar como un continuum desde estudios prehistóricos hasta la familia burguesa europea; una ininterrumpida sucesión que iría, como un proceso de diferenciación y contracción, de la vieja comunidad promiscua, hasta la moderna familia nuclear (el padre, la madre y los hijos) de la actualidad. Engels sería el mejor representante de esta tendencia; recientemente el importante trabajo de Cerronish ha pasado a formar parte de esta tradición. El estudio científico de la familia es relativamente reciente no obstante que la información descriptiva sobre la misma se remonte a tiempos ignotos. Sin duda sus inicios no van más allá de mediados del siglo pasado cuando nacía la sociología misma bajo manos de Comte y cuando la antropología clásica hacía las grandes aportaciones antes referidas. (2006, pág. 98)

La idea de una etapa inicial promiscua en las relaciones humanas, aparece formalizada en la obra *La Sociedad Antigua* de Morgan, tal supuesta promiscuidad estaba caracterizada por el comercio sexual sin restricciones entre las personas, sin tener en cuenta diferencias generacionales ni de parentesco. Esta etapa comenzaría por diferenciarse, con el andar del tiempo, hasta conformar tres tipos diferentes de asociación familiar.

Por su parte, Federico Engels asimiló la reflexión evolucionista de Morgan reelaborándola dentro de la concepción general del materialismo histórico. En su obra, determina:

La idea de la promiscuidad originaria aparece como un polo de referencia en donde contrasta por extremo lo que él designó con el nombre de matrimonio monogámico histórico: la última forma de la evolución de la familia cuyas relaciones de monogamia son un factor de interrelación dialéctica con las formas de propiedad privada de los medios de producción. Coinciden con este último modelo de matrimonio, la estadía de la civilización morganiano, la producción mercantil, el uso de la moneda, la formación de una clase social de mercantes que se va interponiendo poco a poco a los productores directos, la existencia de la propiedad privada de grandes extensiones de terreno y la mano de obra esclava. A partir de esa primera etapa de las relaciones sexuales humanas comprendida en el comunismo primitivo el desarrollo de la familia marca una tendencia de restricción del número y de las características de sus miembros. Tal tendencia restrictiva opera desde la tribu, hasta alcanzar la forma moderna de la familia nuclear monógama. (1989, pág. 115)

También Durkheim (2006, pág. 99) comparte en cierto modo esta opinión de la evolución de la familia en sentido progresivamente contractivo, lo cual pone de manifiesto la existencia de la idea evolucionista implícita en su trabajo. Aunque para este autor la familia, como todo hecho social, en vez de ser una asociación natural de parientes, constituye una institución social.

La familia, siendo un hecho social, tiene por tanto una causalidad también social. Además, distingue seis modelos institucionales y sucesivos de la familia: el clan, la familia-clan diferenciada (uterina o masculina), la familia agnática, la familia patriarcal-romana, la familia paterna-germánica y la familia conyugal moderna

1.2 Definición

Es indudable que la familia constituye la forma de organización social más importante repercutiendo en todos los ámbitos de la vida, no solo de las personas individuales, sino también en los Estados mismos, tal y como se ha evidenciado, especialmente en la forma en que el Estado de Guatemala la reconoce en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En cuanto al derecho de familia, es importante indicar que la palabra derecho, en su alcance jurídico, tiene dos acepciones, derecho objetivo y derecho subjetivo, por lo tanto, el concepto de familia puede tomar esos dos sentidos:

Manuel Chávez Asencio desde el punto de vista objetivo, indica que el derecho de familia, en su aceptación objetiva, es “El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.” (1994, pág. 139) Desde el punto de vista subjetivo, José Flores indica que: “Los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantienen cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.” (1997, pág. 93)

Para Rafael De Pina, el Derecho de Familia es “El conjunto de las normas del Derecho positivo referentes a las instituciones familiares.” (1987, pág. 183)

Por su parte, Planiol y Ripert establecieron el derecho de familia como: “Aquel conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.” (1964, pág. 253)

Por otro lado, se ha discutido la ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho. Tradicionalmente ha formado parte del derecho civil, sin embargo, se ha dudado de que su ubicación en este sea correcta, toda vez que sus normas en su mayoría son de orden público, como se puede apreciar en la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos.

Uno de los autores que con un amplio criterio define al derecho de familia lo es Julián Bonecase, citado por Cesar Alburez Escobar, quien lo define como:

El conjunto de reglas que tienen por objeto principal y no exclusivo a la familia; estas se caracterizan en que, más allá de la familia, el legislador se ha propuesto otros fines: el tipo de tales reglas está constituido por las que reglamentan los regímenes matrimoniales. Sin embargo, la preocupación

predominante del legislador en los regímenes matrimoniales recae sobre la existencia de la familia.
(1964, pág. 73)

Es por ello que existen teorías según las cuales forma parte del derecho público y otras de que pertenece al derecho privado. Pero también surgen otras teorías según las cuales, el derecho de familia viene a constituir una tercera rama del derecho.

Es así, como se ha mantenido entonces en una distinción entre el derecho público y privado, es decir, tiene tanto normas de una rama como de la otra. En tal virtud, se considera que el derecho de familia es un derecho social autónomo, que obliga al Estado a ser tutelar de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad y del propio Estado.

Por último, es importante señalar que este derecho se caracteriza por ser universal porque abarca todas las relaciones jurídicas familiares; los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial; es indivisible; puede ser opuesto erga omnes para ejercer los derechos que de él derivan; es estable pero no inmutable, es decir puede cesar o modificarse.

1.3 Naturaleza Jurídica

Como parte del estudio del derecho, el derecho de familia cuenta con naturaleza jurídica, misma que aún se encuentra en discusión doctrinaria por los puntos de vista externados, tal el caso de Antonio Cicu, derivado que fue quien en sus estudios para determinar el lugar que corresponde el derecho de familia, hizo una exposición sistemática de la materia aceptando que generalmente se le trata como una parte del derecho privado, diciende de esa concepción tradicional afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo de derecho. Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta, para el efecto Alfonso Brañas, indica:

De la diversa posición que al individuo reconoce el Estado en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación del derecho público: interés superior y voluntades convergentes a su satisfacción, pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado, en

cuanto 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 personales a las cuales se le encomiendan” (2015, pág. 106)

Además, Cicu es reacio al admitir que el derecho de familia debe incluirse en el Derecho público exponiendo que:

Es del estado y este de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público no porque este sujeto, como los entes públicos, a la vigilancia a la tutela del estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son como docentes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como estos. Por lo 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 respondiera las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público. (2015, pág. 107)

Las ideas de los anteriores tratadistas fueron recibidas con particular interés pues dieron origen a criterio en pro y en contra de las mismas, pues se ha tratado de ponerlas en un justo lugar, reconociendo su importancia pero estimándose que las normas relativas al derecho de familia han de mantenerse dentro del campo del derecho privado, ya que la injerencia estatal en asuntos concernientes al ámbito de la familia se presenta con mayor intensidad, esto no significa que las normas fundamentales relativas a la familia tengan carácter público.

Pues debe reconocerse que las legales de la familia tienen un cariz especial sobre todo en la que la obligatoriedad y al formalismo se refiere, mas no debe perderse de vista que la familia en sí y las relaciones que de ella se derivan pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposible de adecuarse con certeza en la acción del derecho público y que no ameritaban crear otra rama de derecho.

Para el efecto, Federico Puig Peña refiriéndose a la reacción en contra de las ideas de Cicu manifiesta 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, puesto que la distinción entre el público y el

- privado sufre una grave crisis aguda que impide establecer la diferencia entre uno y el otro teniendo en cuenta el trasiego constante que ambos campos se observan el ordenamiento obtente;
- b) Que aunque en un punto de vista no está carente de reparos, pues el propio aspecto preceptivo de las normas familiares se observa en otras instituciones del derecho privado y existen delegaciones de ese principio en el derecho de la familia que mantienen en una posición de libertad en muchas de sus relaciones y especialmente en la faceta patrimonial de este derecho;
 - c) Desde un punto de vista práctico no es conveniente separar el derecho de familia de las demás ramas del derecho civil pues las relaciones familiares van enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión mortiscausa, el régimen económico del matrimonio son zonas en las que el derecho de familia y el derecho patrimonial aparecen unidos en indisoluble con sorbió. (1976, pág. 17)

Por su parte, Rafael Rojina Villegas expone:

Se puede considerar que el derecho de familia pertenece al derecho privado aunque tutele derechos generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables y que tampoco importa que regula la relaciones de sujetos colocados en planos distintos como los que se derivan de la patria potestad marital y tutela, pues se trata de relaciones entre particulares y que si bien el estado podrá tener cierta injerencia en la organización jurídica de la familia, por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a las mismas se refieren a la estuación del estado, a la determinación de sus órganos y funciones o bien a las relaciones de aquellos con los particulares (1978, pág. 32)

Se ha discutido acerca de que si el derecho de familia pertenece a la rama del derecho privado o del Derecho público. Sin embargo, Derecho Privado, porque la voluntad del grupo familiar prevalece frente a cualquier otro interés (siempre y cuando se observe el orden público); de ahí que los derechos de la familia, en sí, son el conjunto de normas que conforman el derecho de la familia y se encuentran regulados en la mayoría de cuerpos ligados a los derechos patrimoniales de tipo privado, las sucesiones, así como las obligaciones y contratos.

Este es el caso del Código Civil guatemalteco. Por otro lado, la familia debiera ser considerada como otra división del derecho, rompiendo de esa manera, con la clasificación bipartita en donde existen derecho público y derecho privado, para entrar en la clasificación tripartita donde existieran derecho público, derecho privado y derecho de familia.

1.4. Instituciones

Las instituciones del derecho de familia, son el matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la filiación, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela y el patrimonio familiar y se describen a continuación:

1.4.1. El matrimonio

La institución del matrimonio es una de las más antiguas dentro del campo del derecho civil, prácticamente surge en el derecho romano, teniendo su fundamento en la unión natural de la pareja humana y por ende en los estudios realizados acerca del origen de la vida del hombre, se determina que la base fundamental de éste es la familia y para su constitución era indispensable el matrimonio.

Además, son diversos los criterios que se han externado respecto al matrimonio, principalmente en cuanto a la solemnidad para su realización y desde el punto de vista del derecho canónico también una institución apoyada fuertemente por la religión, considerando a la pareja, es decir hombre y mujer desde un aspecto sagrado. El hombre y la mujer establecen a través de la unión legal del matrimonio y de su propia voluntad y es allí donde se ha establecido su origen y fundamento. Para el efecto, un antecedente del matrimonio lo expone Iglesias de la manera siguiente:

Legislación matrimonial de Augusto. Con el fin de acrecentar la población y poner fin a la corrupción de costumbres que se adueña de la sociedad romana en los comienzos de la época imperial, dicta Augusto la Lex Iulia de maritandis ordinibus del año 18 a. de C. y las Lex Papia, del 9 a. de C. Aparte de las prohibiciones o impedimentos matrimoniales prescritos al objeto de evitar la mezcla de la alta clase social con personas indeseables o de baja condición, se establece que los hombres mayores de veinticinco años y menores de setenta y las mujeres comprendidas entre los veinte y los cincuenta tienen la obligación de contraer matrimonio, sin que el divorcio o la viudedad sean razones bastantes para eludir la ley. (1999, pág. 344).

Durante la época romana, principalmente durante el reinado de Augusto se dictaron algunas disposiciones con la finalidad de fortalecer la institución del matrimonio, principalmente en lo relativo a la edad de los cónyuges y para lo cual los ciudadanos romanos que cumplían con dicho requisito, prácticamente obtenían el beneficio para poderse casar sin ninguna restricción, siendo importante señalar que la edad prevaleció como requisito esencial.

También se regularon algunas penas para los ciudadanos que no llenaran ciertos requisitos, sin embargo, contraían matrimonio, constituyendo el antecedente de la institución objeto de estudio. A pesar de la existencia de diversas disposiciones legales, particularmente en el derecho romano, la institución del matrimonio fue una disposición legal aplicable a todos los ciudadanos y para el efecto Puig señala:

La doctrina dice un eminente tratadista, suele descuidar el estudio del influjo del matrimonio y solo se preocupa del viejo y debatido problema sobre la capacidad de obrar de la persona; en concreto, de la incapacidad de la mujer casada. De este modo, se distraen los autores sobre la incapacidad natural de la mujer y sobre las exageraciones feministas y masculinistas, con el resultado de olvidarse del sistema del Código civil que sigue la concepción cristiana tradicional española del matrimonio, de hondo significado espiritual. (1976, pág. 264-265)

De la institución de que se hace referencia, se determina que no existen diversos tratados que hacen referencia a la institución del matrimonio, en el derecho romano sino su regulación sobre otros aspectos, y sobre todo la espiritualidad española del mismo.

Para lo cual se determina que la capacidad era esencial y lo sigue siendo para contraer matrimonio, para que en la vida familiar tengan el reconocimiento por parte del Estado de sus familiares y de los vecinos.

Por su parte Iglesias expone:

En los tiempos antiguos era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a la manus -conventio in manum- en términos de formar parte de la familia a del marido, tal no significa, sin embargo, que existieran una matrimonio sumcumanun y un matrimonio sinemanum. El matrimonio no tiene más que una figura, ni la manus afecta, en modo alguno, a su propia esencia. (1999, pág. 340)

El citado autor hace referencia a la institución del matrimonio en la época del derecho romano donde determina la diversidad a condiciones a las que estaba sometida la mujer en dicha época cuando decidía contraer matrimonio, pues para ellos el matrimonio constituía una figura que era la de la posición de la mujer.

Respecto a los cónyuges, importante establecer que se requería de una capacidad plena, pues de esa manera eran considerados sujetos de derecho y en ese orden poder determinar a quién le correspondía la jefatura familiar, y de allí su característica esencial como lo es la perpetuidad.

Con relación al matrimonio civil, Brañas expone:

La concepción del matrimonio como un acto civil, regulado exclusivamente por las leyes seculares, fue ya preparada por la reforma protestante al negar al matrimonio su cualidad de sacramento. En 1580 se introdujo por vez primera el matrimonio civil en Holanda, al obligarse a todos los católicos y a los que no profesaren la religión calvinista, a celebrar el matrimonio o en presencia del ministro calvinista o ante el oficial civil. El ejemplo de Holanda fue seguido por Inglaterra que en 1652 promulgó una ley de matrimonio civil obligatorio, que estuvo en vigor hasta la vuelta de los Estuardos en 1660, más tarde, la tendencia secularizadora de la Revolución Francesa facilitó la institución del matrimonio civil, la Constitución Francesa de 1771 estableció que la Ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil. (1998, pág. 120)

Como lo establece el autor en mención, la institución del matrimonio civil fue fortaleciéndose en muchos países y paralelo a ello se fueron designando los funcionarios que podían autorizarlo, para lo cual previo a la celebración del matrimonio eclesiástico era necesario haber contraído matrimonio civil como ocurre en la actualidad y en Europa en los países arriba señalados donde se sentaron las bases de su regulación para que posteriormente muchos países tomaran dicha referencia para incorporarla a su normativa interna. Con los aspectos expuestos por tratadistas respecto a la institución del matrimonio, se determinan que históricamente ha sido una institución fundamental para la familia y es allí donde el Estado a través de la Constitución Política o Ley Fundamental, así como de leyes ordinarias reconoce y regula dicha institución.

Diversos autores tratan de presentar una clasificación del matrimonio, y así lo establece

Brañas:

Dentro de la concepción cristiano católica, se considera como principales clases: el matrimonio canónico (celebrado ante el sacerdote y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación eclesiástica), el matrimonio rato (no seguido de la unión de cuerpos entre los contrayentes), el matrimonio solemne (celebrado ante la autoridad correspondiente con las formalidades y requisitos del caso), el matrimonio no solemne o secreto o de conciencia (celebrado por razones muy especiales, reservadamente, permaneciendo así hasta que los cónyuges quieran darle publicidad), el matrimonio igual (celebrado entre personas de igual condición social) y el matrimonio morganático (de origen germánico, supone el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con pacto de no participar el inferior ni los hijos, de los títulos y bienes del superior). (1998, pág. 119)

El autor en mención presenta una clasificación bastante doctrinaria e integra todas las circunstancias en las cuales se puede celebrar el matrimonio, particularmente de la autoridad que lo autoriza, los efectos religiosos del mismo, así como la solemnidad, secretividad y publicidad y sobre todo estableciendo la condición social y económica de los contrayentes y la forma de la sucesión hereditaria cuando son de distinto estrato social.

Particularmente, el Código Civil vigente en Guatemala, regula un capítulo específico relativo al matrimonio y particularmente el de índole civil, presentando también la clasificación legal del matrimonio:

Artículo 81. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determinan los artículos siguientes.

De lo anterior, se interpreta que existen dos modalidades o clases de matrimonio, en primer lugar los de mayores de edad y en segundo lugar los de menores de edad. Para el efecto el artículo 94 regula:

Artículo 94. Los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores o Presentar autorización escrita de ellos, en forma auténtica, o judicial si procediere y, además, las partidas de nacimiento o, si esto no fuere posible, certificación de la calificación de edad declarada por el juez.

Para el efecto, los menores de edad que soliciten matrimonio, deben comparecer en el acto sus representantes legales, es decir sus padres o en su caso tutores, quienes deben dar su consentimiento para dicha celebración y si existiere una limitación o negativa, el consentimiento lo puede otorgar el Juez. También la normativa antes señalada en el artículo 85 regula:

Artículo 85. El matrimonio podrá celebrarse por poder. El mandato debe ser especial, expresar la identificación de la persona con que debe contraerse el matrimonio y contener declaración jurada acerca de las cuestiones que menciona el artículo 93. La revocatoria del poder no surtirá efecto si fuere notificada legalmente al mandatario cuando el matrimonio ya estuviera celebrado.

Lo antes indicado, permite interpretar que existe la modalidad de la celebración del matrimonio poder, es decir una persona puede representar a otra durante la celebración del mismo. Por su parte, el artículo 1692 del mismo cuerpo legal regula:

Artículo 1692. Se necesita poder especial para donar entre vivos, contraer matrimonio, otorgar capitulaciones matrimoniales, pactar las bases referentes a la separación o al divorcio, demandar la nulidad o insubsistencia del matrimonio, constituir patrimonio de familia, reconocer hijos y negar la paternidad.

Respecto al matrimonio por poder y su formalización a través del mandato, la normativa antes indicada establece la obligatoriedad del otorgamiento de poder especial, particularmente ara contraer matrimonio y otras responsabilidades relacionados con dicha institución. Otra de las clases de matrimonio regulado en la normativa civil se encuentra regulado en el artículo 105 de la manera siguiente:

Artículo 105. En caso de enfermedad grave de uno de ambos contrayentes podrá ser autorizado el matrimonio sin observarse las formalidades, establecidas, siempre que no exista ningún impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos. El funcionario deberá constituirse en el lugar donde sea requerido por los interesados.

El Código Civil permite en casos excepcionales, tales como una enfermedad grave que uno o ambos contrayentes padezcan puede celebrar el matrimonio y el funcionario que lo autoriza por razones excepcionales no es necesario la observancia de las formalidades

establecidas y por ende no existirá impedimento para la anulación del acto, pues la declaración de voluntad deviene de un contrayente o de ambos enfermos y puede celebrarse en el lugar donde estén convaleciendo, para lo cual el funcionario debe de apersonarse.

Derivado de la importancia jurídica y social, el único medio probatorio del matrimonio se basa en la constancia que extiende el funcionario autorizante, en el acto del mismo, siendo indispensable posteriormente realizar las gestiones administrativas a efecto de su inscripción registral.

Este vocablo tiene su etimología, según el Diccionario de Jurídico Ámbar, en las voces latinas *matriz* y *munium*, que, unidas, significan “oficio de la madre”, aunque con más propiedad se debería decir “carga de la madre”, porque es ella quien lleva el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto, así como “el oficio del padre” (patrimonio) es (o era) el sostenimiento económico de la familia. (1998, pág.361)

Según Vladimir Aguilar, el matrimonio, institución fundamental del Derecho de familia, en el Derecho Civil guatemalteco es entendido como: “Como el acto solemne por medio del cual se constituye la unidad de vida de un hombre y una mujer de forma legal con tendencia a la permanencia”. (2007, pág. 55)

El Artículo 78 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece que el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. Para el efecto, Alfonso Brañas determina que según los sistemas que prevalecen en las distintas sociedades y países, el matrimonio puede ser de tres clases:

1. El matrimonio religioso: El cual es celebrado ante sacerdote, ministro a autoridad religiosa de cualquier culto o sistema religioso;
2. El matrimonio civil: El que se celebra ante el funcionario o autoridad facultada para ello por el Estado, el cual debe ser autorizado previamente al religioso, que en este sistema tiene carácter facultativo, por mandato legal. Este sistema de matrimonio es aceptado por nuestro ordenamiento jurídico vigente; y,
3. El matrimonio mixto: Surgido como un resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que, en casos determinados, uno u otro surtan plenos efectos. Las variedades de este sistema, con: el sistema del matrimonio civil facultativo (varón y

mujer pueden casarse a su elección ante un ministro religioso ante un funcionario del Estado), y el sistema del matrimonio civil por necesidad (cuando admite el matrimonio civil solamente para las personas que no profesan la religión del Estado, la religión oficial, por supuesto, en aquellos países que oficialmente reconocen una religión). (2015, pág. 132)

Para el efecto, el autor Fabián Velásquez presenta las principales teorías del matrimonio de la manera siguiente:

La doctrina del matrimonio como un contrato: para la cual el matrimonio es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades, entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones. La objeción que existe a esta teoría es que el contrato crea derechos y obligaciones de carácter económico, mientras que el matrimonio genera derechos y obligaciones de carácter.

La doctrina del matrimonio como un acto jurídico: Esta doctrina toma como base que existen actos jurídicos públicos y actos privados, los primeros con los cuales actúa el Estado; los segundos los que son realizados por los particulares. En el matrimonio se conjuntan ambos, es decir la participación del Estado a través del funcionario que autoriza el matrimonio y la participación de los particulares o contrayentes.

La doctrina del matrimonio como una institución social: “Considera al matrimonio como un ente creado y regulado por sus propias normas y reglas que le han sido otorgadas por el Estado con el objeto de darle una seguridad social a dicha institución. El Código Civil en el Artículo 78 acepta al matrimonio como institución”. (2011, pág. 322)

Sus caracteres y deberes esenciales se determinan en la unión del hombre y la mujer, que se traduce en derechos y deberes recíprocos es una unión permanente, en el sentido que es inadmisibles que el matrimonio se contraiga por un plazo o término preestablecido.

Es monogámico por lo menos en todos los países de civilización occidental y cristiana. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución, es leal pues no es suficiente la simple unión del hombre y la mujer aunque tenga permanencia.

1.4.2. **Divorcio**

La permanencia y la estabilidad del matrimonio no dependen de la voluntad del legislador, pues este fija las normas generales de observancia obligatoria por parte de los cónyuges, pero no puede regular asuntos más haya de índole personal, familiar o social, para lo cual, en muchas oportunidades al no cumplirse con los fines del matrimonio establecidos en el

Código Civil, que la armonía conyugal desaparezca, generando para uno o ambos consecuencias de importancia de carácter personal y jurídico.

Respecto al divorcio, es indispensable establecer que, desde hace mucho tiempo para el caso de Guatemala, ha estado regulado a dos criterios, uno de ellos el eclesiástico y el otro el estatal, para lo cual existe un trámite específico, pues produce la disolución del vínculo matrimonial, pudiéndose tramitar por mutuo acuerdo o por causa determinada.

El tratadista Manuel Ossorio, señala con respecto al divorcio lo siguiente:

Acción o efecto de divorciar o divorciarse, de separar un juez competente por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el hecho común. (2000, pág. 356)

La característica esencial de la definición antes expuesta se relaciona directamente con una resolución judicial, mediante la cual se pone fin al vínculo conyugal de un matrimonio valido que lleno todos los requisitos para tener efectos jurídicos pero que no se cumplieron con los fines del mismo.

Con respecto a la separación y el divorcio, el Código Civil vigente en Guatemala, en el artículo 153 regula lo siguiente: “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.”

Asimismo, el Código Civil vigente en Guatemala en el artículo 154 admite la disolución del matrimonio por divorcio y regula la separación, permitiendo que tanto la separación como el divorcio se declaren por mutuo acuerdo de los cónyuges o causalmente, es decir, por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. Por su parte, el artículo 155 del Código Civil citado, establece como causas comunes para obtener la separación o el divorcio las siguientes:

1o. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges; 2º. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común; 3o. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los

hijos; 4o. La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año; 5o. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio; 6o. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos; 7o. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado; 8o. La disipación de la hacienda doméstica; 9o. Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal; 10. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro; 11. La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión; 12. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia; 13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio; 14. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción; y 15. Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

Son efectos civiles comunes de la separación y del divorcio, de conformidad con el artículo 159 del Código Civil: “1o. La liquidación del patrimonio conyugal; 2o. El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso; y 3o. La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada.”

Con respecto a los efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, el artículo 160 del Código Civil establece los siguientes: “1. El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y 2º. El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.” Asimismo, se establece en el artículo 161 del mismo cuerpo legal como efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal, la cual deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.

El divorcio, si implica la ruptura del vínculo jurídico-conyugal, dejando a los cónyuges en libertad de contraer nuevas nupcias. El divorcio siempre es declarado judicialmente a petición de uno o de ambos esposos.

1.4.3. Unión de hecho

El Código Civil vigente no establece ninguna definición de lo que respecta a la unión de hecho, únicamente establece cuando se legaliza la vida en común de dos personas de distinto sexo, siempre que hayan vivido juntas, por más de tres años, en forma pública y cumpliendo los fines que persigue el matrimonio.

Por lo que se puede definir esta institución del Derecho de familia como el acto declarativo mediante el cual un hombre y una mujer, con capacidades para contraer matrimonio, declaran su unión de hecho ante un alcalde o notario siempre que haya existido vida en común por más de tres años y cumplan así con los fines que persigue el matrimonio. Guillermo Cabanellas, define a la unión de hecho como: “El Estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio, ni religioso ni civil.”(1977, pág. 451)

Por su parte, María Villagrán de Segura con respecto a la unión de hecho indica:

La forma en vida común que un hombre y una mujer igualmente solteros, deciden hacer para cumplir con los fines de la especie, en forma pública y continua y sin llenar los requisitos exigidos por la ley y la sociedad, o bien como la relación sexual de un hombre y una mujer solteros, dentro de un hogar fundado por ellos mismos sin sujeción a los preceptos legales o religiosos, y sin compromiso de indisolubilidad. (1982, pág. 13)

El Código Civil establece dos clases de unión de hecho:

1. Voluntaria o extrajudicial: Esta clase de unión de hecho se caracteriza porque los convivientes están de acuerdo en que esa unión sea reconocida por la ley, esto significa, que no existe oposición por parte de ninguno de los sujetos de la relación;
2. Contencioso o judicial: Esta clase de unión de hecho es la que se solicita ante funcionario judicial, en juicio ordinario, por existir oposición de alguna de las partes, por haber muerto una de ellas, o porque la unión ya ha cesado, para que posteriormente se dicte la sentencia correspondiente.

Los autores Víctor Reina y Josep Martinell afirman que: “Las uniones libres constituyen una realidad social que la institución matrimonial nunca consiguió erradicar”. (1996, pág. 10)

De lo antes indicado, es importante hacer referencia que la unión libre o unión de hecho es una decisión de las parejas para vivir de forma marital, pero sin ningún compromiso legal previo, es decir, un documento que respalde la responsabilidad. En igual sentido, el autor argentino Gustavo Bossert, refiriéndose a su país expresa:

En nuestro país como en el resto del mundo, junto a las uniones matrimoniales regularmente controladas, existen y perduran uniones extraconyugales, de diversas características. Sin embargo, dicho autor distingue entre la unión momentánea o accidental, en la cual hombre y mujer no llegan a formar una pareja que registre álgido de convivencia; y la otra, la que posee estabilidad, en la cual, el hombre y la mujer conviven y comparten a lo largo del tiempo, vicisitudes y acontecimientos. Esta es la que interesa analizar por ser la que representa características, notas de permanencia y singularidad, propias de la institución matrimonial. (1990, pág. 13)

No obstante, en cada país son diversas las causas por las cuales dichas uniones cobran realidad. Por ejemplo: en algunos países europeos, estas existen por la pérdida de valores religiosos, relacionados a la crisis de la institución conyugal. Sin embargo, en varios países de Latinoamérica, las causas son diferentes. Al respecto, el autor argentino Eduardo Zannoni, manifiesta:

Puede afirmarse que dicha unión en general, obedece a un verdadero marginamiento de extensas capas o estratos sociales que viven sobre la base de un aislamiento cultural y en ausencia de estructuras integradoras. También hay otras causas como el escaso desarrollo de los sistemas administrativos y las vías de comunicación y concluye diciendo que: Latinoamérica enfrenta al concubinato o unión libre como una forma o modo internalizado de unión conyugal; además en muchos casos, el número de familias constituidas sobre la base de esas uniones de hecho es superior a las formadas a partir del matrimonio legítimo. (1981, pág. 269)

De lo anterior, cabe resaltar que la unión de hecho en Guatemala, se ha incrementado por diversos factores sociales y un alto rechazo al compromiso formal del matrimonio, existiendo prácticamente las mismas condiciones y características del matrimonio, así como los problemas que puedan presentarse en la relación marital, de lo cual a estar reconocida la unión de hecho de forma legal es posible que ante la autoridad competente se realice el

cese. Siendo las principales bases doctrinarias, expuestas por Víctor Reina y Joseph Martinell es la siguiente:

- a. El concubinato como hecho ilícito: En el análisis de la presente teoría, es necesario destacar que esta posición doctrinal ha sido superada; y que, por lo tanto, se la menciona solamente por su valor histórico, ya que se postulaba la ilicitud del concubinato por ser una figura contraria a la moral y buenas costumbres. Fundamentaban su posición, afirmando que, en materia civil, lo inmoral se confunde con lo ilícito, toda vez que una conducta contraria a las “buenas costumbres” es capaz de generar sanciones civiles.
- b. El concubinato como contrato: Una segunda doctrina estima que, por el hecho de existir comunidad de vida entre los sujetos de una unión, sin que exista vínculo matrimonial, se configura entre ellos un contrato, el cual produce efectos jurídicos entre los concubinos.
- c. El cuasicontrato de concubinato: Para explicar la naturaleza jurídica del concubinato también se ha recurrido a la noción, del todo controvertida, de cuasicontrato, el cual establecía que el hecho voluntario del hombre de aceptar estar de forma continua con la mujer.
- d. El concubinato como un hecho simple: En virtud de esta doctrina, el concubinato es un simple hecho carente de relevancia jurídica. Constituye un acontecimiento material que la ley ignora, puesto que constituye una situación de ipso, que imita al matrimonio, sin traer aparejadas sus consecuencias jurídicas.
- e. El concubinato como un hecho jurídico: Se puede establecer que esta es la mas acertada, ya que indica que la convivencia de un hombre y una mujer con los mismos fines del matrimonio, procede declararla, para que se cumpla de manera retroactiva con los mismos derechos y obligaciones del matrimonio. (1996, pág. 340)

1.4.4. **El parentesco**

El Código Civil no define concretamente el parentesco, por lo que se puede establecer como el vínculo que une a dos personas en relación a la sangre, al matrimonio, y a la adopción originado de manera constante consecuencias de derecho.

El parentesco, según Alfonso Brañas se define como:

La relación, unión o conexión que existen entre varias personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión. Es el estado jurídico de las personas físicas y como tal de carácter general, permanente y abstracto, pues crea vínculos jurídicos no solo entre los miembros de la relación sino respecto a terceros, el estado que se deriva del parentesco constituye un atributo de la personalidad conocido como estado civil o familia. (2015, pág. 245)

De la definición anterior, se puede establecer las diversas clases de parentesco admitidos por legislación civil guatemalteca, siendo estas:

1. Parentesco de consanguinidad o consanguíneo: Es el vínculo que medía entre personas que tienen un ascendiente común a todas ellas, o, como establece el Código Civil en el Artículo 191 "es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor"; la fuente ordinaria del parentesco consanguíneo es el matrimonio. En efecto, el enlace matrimonial los cónyuges se convierten en parientes, pero no forman grado como lo establece el Artículo 190 del Código Civil luego, vienen los hijos, los nietos; y surge entonces un complejo de relaciones parentales. Además del matrimonio, el parentesco por consanguinidad lo produce también la maternidad extramatrimonial, conocida tradicionalmente como maternidad natural. Tal parentesco se da entre el hijo extramatrimonial y los ascendientes, descendientes y colaterales de la madre.
2. Parentesco por afinidad: Llamado también político o de alianza, es el nexo que une a los cónyuges entre sí y a todos los parientes consanguíneos de unos con los otros, en consecuencia, este parentesco no deriva de la sangre sino de la ley. La afinidad es un parentesco por analogía y semejanza, que nace por causa del matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Es un parentesco por la ley, llamado comúnmente parentesco político. Su vida o duración es precaria, pues concluye por la disolución del matrimonio como lo regula el Artículo 198 del Código Civil. En esto se diferencia, en un aspecto, del parentesco por consanguinidad, que es inextinguible.
3. Parentesco civil: es el lazo jurídico que establece la patria potestad entre adoptante y adoptado.

1.4.5. La filiación

En el ámbito jurídico la filiación es la relación que une a determinadas personas que pueden ser progenitores o no con otra que puedan ser procreados o no y determina en aquellos y en estos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección cuidado, alimentos, educación, inserción social de estos últimos. A los primeros llamados padres, a los segundos, hijos.

Según Guillermo Cabanellas, el vocablo filiación se interpreta como: “Deviene del latín Filiatione que significa acción de filiar, de tomar los datos personales de un individuo. Subordinación o dependencia que persona o cosas guardan con relación a otras superiores o principales.” (1977, pág. 199)

La filiación produce diversos efectos jurídicos de gran importancia, tales como la nacionalidad, el estado civil y el derecho de alimentos. La filiación es el vínculo jurídico que une al padre o madre con su descendencia, que genera derechos y deberes recíprocos. La filiación une a las personas que descienden unas de otras, el concepto más aceptado nos indica que la relación de filiación es la que se da entre padres e hijos, e decir, entre generantes y generados.

Constituye un hecho natural, ya que tiene su base en un hecho natural como es la procreación, y un hecho jurídico, puesto que determina las consecuencias jurídicas. De lo regulado en el Código Civil se establece que la filiación se clasifica en:

Filiación legítima o matrimonial: La que nace o se da a consecuencia de la realización del matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable, Artículo 199 del Código Civil;

Filiación ilegítima o extramatrimonial: Este tipo de filiación se configura cuando el padre y la madre no están casados entre si, Artículo 209 del Código Civil;

Filiación legitimada o cuasimatrimonial: Es la que se produce por haber sido el hijo concebido dentro de la unión de hecho declarada legalmente.

Filiación adoptiva: Es la que se deriva de un acto jurídico llamado adopción, que establece una relación de filiación entre personas no unidas por un acto de generación, es también llamada filiación civil.

1.4.6. La adopción

La adopción es una institución por medio del cual se busca proporcionar una familia al menor que no la tiene, esta institución en el derecho civil guatemalteco, se encuentra regulada actualmente en el Decreto 77-2007 del Congreso de la República. Federico Puig Peña define la adopción como: “Aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima siendo parte del escenario jurídico.” (1976, pág. 28)

No se conoce país civilizado en donde no se haya establecido un conglomerado de disposiciones jurídicas que regulan las formas de convivencia social, como elementos indispensables de la interacción sociedad-Estado. Si se parte de que el Derecho, es un fiel reflejo de la vida de los pueblos, habrá de entenderse que las instituciones jurídicas tienden a tomar la tradición del Derecho Escrito o Consuetudinario.

Por lo que las normas prevén, resuelven y sancionan los conflictos humanos y su característica es la coercibilidad; la fuerza del Derecho está en la conciencia del deber. Lo anterior, hace inferir acerca del porqué la adopción ha sido incorporada a la legislación de casi todos los pueblos, y, por lo tanto, será la historia de la institución la que responderá a tal interrogante determinando la razón de su existencia a través de los tiempos.

a) La adopción en el derecho romano

El Derecho Romano clásico, caracterizado por su dureza y sistema patriarcal, se fue humanizando bajo el influjo cristiano mediante reformas substanciales que no afectaron en si la raíz del Derecho Arcaico. Para el efecto, Alfonso Brañas, señala:

En Roma como en Grecia y en la India, la adopción responde al mismo pensamiento religioso. Probablemente después, razones de índole social motivaron la permanencia de la adopción en el derecho romano, en sus dos formas de arrogación y adopción propiamente dicha. (2015, pág. 219)

De la cita anterior, se establece que los pueblos antiguos escogían la institución de la adopción como una forma de proveer la falta de hijos y como consecuencia de ello influyó la religión pues se veneraba y se rendía culto a los Dioses familiares, con la finalidad de adoptar a un menor en esa época.

Se indica que la figura de la adopción clásica romana, fue siempre la creación de una *pater potestas* del *adoptandus*; luego, el Derecho Romano arcaico, fue objeto de una total reforma llevada a cabo en el período post- clásico, lo cual permitió que la institución alcanzará el aspecto de una sucesión hereditaria entre adoptante y adoptado.

El tratadista Vincenzo Arangio Ruiz, citado por Fritz Schultz, al puntualizar estas reformas substanciales del Derecho Romano Post-Clásico indica:

La adopción o adoptio es el traslado de un filius de una familia a otra. Pero en el mundo del Antiguo Imperio, la importancia de la adoptio era superada por la adrogatio con la cual un pater familias se hacía súbdito de otra familia. (2015, pág. 220)

La adrogatio o adopción, estaba permitida solamente a los padres que no tuvieran descendientes que servía para crear un heredero superficial o artificial. La adoptio, en cambio tuvo como función especial la de facilitar el desplazamiento de las fuerzas laborales, abundantes en un grupo. “Fue en consecuencia, un acto meramente privado que se cumplía entre los dos padres de familia interesados sin que en él tuviese lugar la

voluntad del adoptado.” (1960, pág. 145) Como se indica, la institución de la adopción se materializaba de una manera reservada o secretara, pues en ningún momento el hijo adoptado participaba en el trámite ni en la autorización, por consiguiente, cuando este ya estaba concluido se procedía a la entrega limitando la manifestación de voluntad del adoptado.

La figura de la adoptio (adopción) se distinguió de la erogación en que la primera consistió en que un alien iuris, salía de su familia de sangre y de la potestad de su pater familias, para pasar a formar parte de la familia del adoptante. Mientras, para formar lo descrito en el segundo caso, la brogatio, fue la adopción de un sui iuris, o sea la incorporación en la familia del adoptante, tanto el adoptado como de las personas sometidas a su potestad. Y aún más allá, porque implicaba también la transferencia de su matrimonio al adoptante. (1995, pág. 71)

Asimismo, el tratadista Vélez Sarfiel, estima que en el Derecho Romano en general se distinguieron dos clases de adopciones:

La adoptio plena y la adoptio minus plena. La primera era la realizada por ascendiente con el consiguiente efecto de la sujeción total del adoptado al adoptante; la segunda, era la que permitía que el adoptado conservará su situación familiar previa, por lo que no quedaba bajo la patria potestad del adoptante, sino que simplemente permitía la sucesión ab-intestado, en la sucesión de este último. La adopción románica atendió siempre al aseguramiento de una relación pater no familiar de índole legal, fría y unitaria, más que una autentica protección o preocupación de un menor de edad, pareciera ser que roma incorporo la adopción a su legislación bajo presión de que las costumbres, la religión y la aplicación de las demás leyes no hacia indispensable, pues el heredero el pater familias era indispensable aun para el entierro y funerales de éste. (1991, pág. 15)

El jurista argentino antes mencionado, hace referencia a la evolución y a las clases de adopciones que en el derecho romano se aplicaron, al determinar la adopción plena o directa y la semiplena o indirecta en la cual se involucraban a una familia que no tenía hijos, un menor que por diversas razones carecía de ella y dicha institución, fortaleció la ausencia, abandono u otra causa de los menores y les busco nuevas oportunidades de vida en un hogar integrado.

b) La adopción en el derecho francés

Los legisladores franceses, consideraron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados un individuo que la naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasi-paternidad que desde su principio hizo prever problemas inminentes.

La adopción, quedó reducida a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptado, como una ficción jurídica. El adoptado no salía de su núcleo familiar, pues quedaba sujeto la potestad de sus padres, careciendo de parientes en la familia del adoptante.

Según el autor Ambrosio Colín y Henry Capitant indican que: La adopción en el Derecho francés buscó crear vínculos de afecto, tendientes a perpetuar una tradición aristocrática y patronímica llamada: “adopción aristocrática y patronímica.” (1963, pág. 664)

La adopción en el código francés, según Colín y Capitant, (1963, pág.664) creó relaciones exclusivamente entre el adoptante y el adoptado. Sin embargo, el 19 de junio de 1923, mucho tiempo después, Francia sancionó su ley de adopción, en la que no sólo la establece para los huérfanos de la guerra, sino para todo aquel que necesite la protección de un verdadero padre.

Desde aquí se hace presente el cuadro de la gran cantidad de seres abandonados a la miseria que las grandes ciudades, que demandó una ley que les permitirá considerarlos como hijos legítimos a los que había de protegerlos, y luego brindarles educación, despertando así sus efectos, en el niño principalmente quien jamás supo de la dulzura y caricias paternas.

Francia, según Colín y Capitant, es el primer país del mundo en incorporar a su legislación la institución de la adopción con mucho de los rasgos distintivos que modernamente tienen, atribuyendo tal mérito al Código de Napoleón. Los juristas franceses de la época se esforzaron por hacer renacer por institución ya casi olvidada en Europa; fue Napoleón

Bonaparte, a través de sus legisladores, quien buscó la formación de las bases de un estatuto de familia amplio, confiable y eficaz. (1963, pág. 665)

Sin embargo, no es sino hasta 1923 que Francia transforma totalmente la adopción del Código de Napoleón y así que ésta deje de estar fundada de intereses privados para recuperar su fin político social. Los juristas de la época, estimaron que la institución de la adopción debería cumplir con un orden y función social y de ayuda o colaboración para los menores de edad.

Siendo por tanto un referente trascendental dentro del contexto jurídico el Código de Napoleón, como parte de los escenarios históricos del derecho y de las instituciones jurídicas vigentes.

c) La adopción en el derecho civil español

El tratadista Federico Puig Peña, en su obra Compendio de Derecho Civil consigna que el Código Civil Español, en su capítulo cinco del título siete en el libro uno (Artículos 173 a 180): reguló la institución de la adopción de la siguiente manera:

Reglamentó la adopción prescindiendo de las antiguas conceptualizaciones que reconocía el derecho romano, pero sin que la institución llegara a orientarse en un sentido práctico y moderno, toda vez que sometía, al igual que la generalidad de los códigos latinos, a condiciones muy rigurosas, aparte de que era una institución que respondía más al interés del adoptante que a la del adoptado, sin que pudiera afirmarse que generaba una relación de paternidad y filiación, ni que fuera por origen ni orientación, unificación de protección del menor de edad, ni encaminada a favorecer a los huérfanos puesto que también los mayores podrían ser adaptados así como podían hacerlo las personas que eran sometidos a la patria potestad. (1976, pág. 197)

Posteriormente, el Código Civil español es reformado y vuelve hacer la distinción entre la adopción plena y la menos plena; la primera establecida para los niños abandonados o expósitos y en ella el hijo prácticamente alcanzaba la calidad de legítimo. La segunda, se aplicaba a todos con conflictos y efectos limitados.

d) La adopción en el derecho germano

Las leyes tienen su razón en los fenómenos de la convivencia y en el grado de influencia que ejerza la conciencia humana sobre las mismas. Tomando en consideración la importancia y trascendencia de la consolidación de las instituciones jurídicas que entraban en vigor.

Así, en el Derecho Germánico, la institución de la adopción tuvo como finalidad esencial proveer de descendencia a un guerrero que nada poseía como una situación meramente político-social, pero en manera alguna un vínculo de parentesco.

De allí que, como cita el autor argentino José Ferri:

Solamente se tutelaron figuras como el *afratorio* que ligaba a persona extraña por motivo de asistencia y mutua; el *afrissement*, que incorporaba a los hijos de anteriores matrimonios de los cónyuges al nuevo vínculo matrimonial otorgándoles el derecho de ser hijos y herederos comunes. Y finalmente, se tuvo la institución de la *eindindscharf* por lo cual se designaba heredero a quien en el mismo acto de disolución testamentaria se le imponía con obligación de llevar el apellido del testador. (1945, pág. 37)

De lo anterior, se indica que los germanos también conocieron la adopción y varias formas para obtenerla, siendo la más antigua el procedimiento simbólico y la adopción por las armas, que de acuerdo a las leyes de la época se hacía públicamente, es decir, con la participación del pueblo y se podía incluir en el testamento dicha institución.

e) La adopción en el derecho guatemalteco

La institución de la adopción, aparece en Guatemala en el Código Civil de 1877, durante el gobierno de Justo Rufino Barrios. Además, el Código Civil de 1926 la suprime mediante el Acuerdo Gubernativo 921, por su parte la Constitución de 1945 determinó en el artículo 75 lo siguiente: “Se instituye la adopción en beneficio de los menores de edad, la ley reglamenta esta materia.” Además, el artículo 77 de la normativa estableció: “No se reconocen desigualdades legales entre los hijos todos incluyendo los adoptivos tienen los mismos derechos.”

En el año de 1947 mediante el Decreto Legislativo número 375, se da la primera ley de adopciones con el reconocimiento de la adopción de hecho pues no existía ninguna sanción legal.

En el año de 1956 la Constitución Política estableció en el artículo 91 lo siguiente: “La adopción esta instituida en beneficio de los menores de edad. Los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes.”

Además, la Constitución Política de 1965 en el artículo 87 estableció: “Se instituye la adopción en beneficio de los menores de edad. Los adoptados adquieren la condición de hijos de los adoptantes.”

Del aspecto histórico en materia de adopción en Guatemala es importante señalar que la regulación existe desde hace muchos años pero que su contenido parte de la Constitución Política de la República y algunas disposiciones ordinarias, lo que corresponde al interés del Estado no solo de su regulación sino además, de la protección preferente a niños y niñas que no tienen un hogar.

Como una institución milenaria, es lógico que existan definiciones que tratan de explicar desde cada punto de vista de su objeto o finalidad de dicha institución social, de esa diversidad se mencionan las siguientes:

Para Puig Peña, adopción es: “Una institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a la que tienen lugar en la filiación legítima.” (1976, pág. 475)

El citado autor, en la definición que presenta, establece que efectivamente la adopción como una institución del Derecho de Familia se origina de la inclusión de una persona extraña a un núcleo familiar y por mandato legal crea vínculos de filiación como un reconocimiento y fortalecimiento a dicha relación familiar. El maestro Edgar Baqueiro,

define la institución de la adopción de la siguiente manera: “El vínculo jurídico creador del parentesco civil, entre adoptante y adoptado y que confiere los derechos y deberes establecidos entre padres e hijos.” (1977, pág. 31)

El tratadista antes indicado propone una definición mediante la cual se establece un vínculo de índole civil mediante el parentesco y determina que es fundamental el reconocimiento legal para su existencia, generalmente en dicha definición se integran las personas con la normativa jurídica en materia de adopción.

Asimismo, Castán Tobeñas, citado por Edgar Baqueiro, manifiesta: “La adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no enteramente idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación por naturaleza.” (1976, pág. 33)

La definición antes expuesta, establece y relaciona otras instituciones del Derecho Civil que origina la adopción entre las cuales se encuentra, la paternidad y filiación y el reconocimiento legal de la adopción como un complemento que integra dicho vínculo.

El tratadista, Guillermo Cabanellas define la adopción de la siguiente manera: “La adopción es el acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política a quien no lo es por naturaleza, sin excluir el resquicio que esto concierne para legislar ciertas ilegitimidades.” (1977, pág. 174)

El tratadista en mención, presenta una definición de la institución de la adopción, mediante la cual reconoce el vínculo jurídico entre una persona que recibe al adoptado como hijo propio y le corresponde a la normativa jurídica dicho reconocimiento para iniciar una vida familiar en común y con plenos derechos y deberes que nacen de la misma.

El maestro Magallón Ibarra, se refiere a la adopción de la siguiente manera:

La adopción que como paternidad fingida es constitutiva artificialmente de la relación paterno filial, y que tiene una dimensión de tal jerarquía, que sitúa al hijo adoptivo en el mismo nivel y en la misma condición que el hijo legítimo que la naturaleza le ha dado a unos esposos. A este tipo de filiación también se le llama civil y se ha encontrado en ella tal expresividad que es en verdad, la adopción, una imagen de la naturaleza adoptionaturae. (1998, pág. 49)

Importante resulta el punto de vista del autor antes citado pues aparte del reconocimiento legal este considera a la adopción como un nexo jurídico artificial pues integra una familia el adoptado que no tiene vínculos de sangre pero si legales entre el adoptante y el adoptado.

1.4.7. La patria potestad

Esta institución se define como la relación paterno filial, que consiste en un régimen de protección de los menores, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres. La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él. Para Manuel Ossorio, la patria potestad es:

El conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual periodo. (2000, pág. 728)

1.4.8. Los alimentos

El Código Civil en el artículo 278 regula, la denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción de la alimentista cuando es menor de edad.

Rafael Rojina Villegas define el derecho de alimentos como: “La facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir de otra lo necesario para subsistir, en virtud

con el parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.” (1978, pág. 117)

Para Guillermo Cabanellas, los alimentos son:

Las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia; esto es para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentista es menor de edad. (1977, pág. 159)

Para el efecto, se determina la institución de los alimentos en el derecho de familia como la obligación impuesta a una persona de suministrar a otra todo lo necesario para su subsistencia, en virtud de una relación de consanguinidad o matrimonio.

1.4.9. La tutela

Según lo preceptuado en el Artículo 296 del Código Civil se distinguen tres clases, tutela testamentaria, tutela legítima, y tutela judicial, sin embargo, se reconoce además la tutela legal, la tutela especial y específica.

Manuel Ossorio con respecto a la tutela, indica que: “Es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por si mismas.” (2000, pág. 510)

1.4.10. El patrimonio familiar

La ley se preocupa fundamentalmente en normar la organización y las relaciones de la familia (en sentido estricto), garantizando la efectividad de aquella organización y la mayor ecuanimidad en las relaciones familiares que trascienden lo jurídico, hasta donde ello puede ser posible dada la complejidad de situaciones y problemas que en la vida del grupo familiar se presenten. Necesariamente esas normas han de referirse también a determinadas

relaciones de naturaleza patrimonial, siendo importantes dentro del estudio del derecho de familia, siempre referidas a la prosecución de los fines sociales e íntimos que orientan a la organización familiar.

Se conjugan en la ley, el propósito de asegurar la función social de la familia y el propósito de armonizar sus relaciones patrimoniales, así como el de otorgarle un mínimo de garantía para su adecuada subsistencia. El patrimonio familiar según lo establece el Código Civil puede constituirse sobre los siguientes bienes:

1. Las casas de habitación,
2. Los predios o parcelas cultivables, y
3. Los establecimientos industriales y comerciales que sean objeto de explotación familiar.

Esta institución tiende a garantizar determinadas relaciones de carácter patrimonial que se dan dentro de la familia.

1.5 Principios

Como toda temática de estudio, se conforma por principios esenciales, para este caso, los principios que informan el derecho de familia y sobre cuyas bases se ha creado la mayoría de las instituciones que la conforman son:

- a) S
- on normas eminentemente proteccionistas: Este derecho persigue proteger a la familia. El Estado se dio cuenta hace mucho tiempo que este grupo de personas era el que mejor satisfacía las necesidades del ser humano (la familia) y que en ella el ser humano alcanzaba su más grande expresión como ser natural.

b)..... E

l principio de equidad: El derecho de familia no permite la subordinación entre miembros de una familia, aunque los vínculos consanguíneos demanden obediencia, ello se debe al cuidado que los mayores prodigan al menor de edad, pero no por ello hay o existe subordinación.

c)..... E

l principio moral: La familia está calcada de amor, sentimiento que se dispensa entre los miembros de la familia y no puede ser exigido a nadie. A ninguno puede obligársele a que quiera a su hijo, a su esposa, o a cualquier otro miembro de la familia, sino que dependen totalmente de la moral y esta no es coercible.

1.6. Finalidad

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 y finalidad 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 solo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cumulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas de gran medida de su situación familiar.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de 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 es referencia, a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, si pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social, que da como existente.

De conformidad con la Licenciada María Luisa Beltranena Valladares de Padilla, se aprecia la importancia de la familia desde tres puntos de vista, “el social, político y económico.” (1982, pág. 102)

En el ámbito social, se destaca su importancia e indiscutible relevancia, precisamente porque la familia constituye la cedula fundamental de la sociedad. A este respecto, dentro de los derechos sociales la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el artículo 47 lo siguiente. “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”

Por otra parte, la relación conyugal y familiar crea entre sus componentes, espíritu y sentido de responsabilidad, el propósito de observar buenas costumbres, el fomento de los hábitos de trabajo, orden y economía. El carácter moral y religioso de los padres se proyecta en los hijos en los que llega a tener honda repercusión.

El espíritu de unidad y de solidaridad, es uno de los pilares de la estabilidad de la familia y habrá de cultivarse con esmero. Una familia fundada en principios cristianos o en valores morales tiene que ser ordenada, unida y ejemplar. En el campo político la familia es un valioso elemento en la organización del Estado. En los últimos tiempos éste se ha preocupado en brindarle adecuada protección.

Por otra parte, en el campo económico, “se aprecia claramente la función de la familia a través del trabajo y la adquisición de bienes.” (Beltranena, 1982, pág. 103) En Guatemala el régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones otorgadas por los consortes antes o en el acto de la celebración del matrimonio, empero, aunque se haya establecido la comunidad absoluta de bienes, en la actualidad se tiene la tendencia de adoptar la separación absoluta o la comunidad de gananciales.

Lo anterior es debido principalmente a la independencia o liberación de la mujer, que ya no es el ama de casa tradicional, ella ha salido de su hogar y llegado a las fábricas, comercios, oficinas particulares y gubernamentales, vida universitaria, funciones políticas entre otros, no solo para cooperar con el hombre en el sostenimiento de la carga económico familiar, sino para realizarse en la vida como ser humano , con la dignidad y derecho a que es acreedora y que antes se le habían sido negados.

Las instituciones antes mencionadas forman parte del ordenamiento jurídico vigente en Guatemala, particularmente establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Código Civil contenido del Decreto ley 106 y toda la actividad judicial o tribunalicia se contempla en el Decreto ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto al reconocimiento de derechos, y resolución de conflictos las normas antes citadas son esenciales.

El reconocimiento de derechos relativos a la familia se encuentra en diversos ordenamientos jurídicos ordinarios que según sea el caso son aplicables a cada aspecto en forma concreta, de allí la importancia jurídica, social, política y económica de la familia.

los textos constitucionales se mantiene la protección de la misma, tomando en consideración que el Estado surge y funciona en interés de la sociedad, misma que está integrada por diversas familias y de allí la importancia social y política. Por otra parte, existen diversas convenciones a nivel internacional, así como organismos internacionales que celebran reuniones, conferencias, asambleas, con la finalidad que los Estados miembros asuman en su legislación interna disposiciones tendientes no solo a la protección de la familia sino también al desarrollo integran de los individuos de la conforman.

Finalmente, se establece que el origen del Derecho de familia es considerado más doctrinario que social, tomando en cuenta que son criterios que lo sitúan como rama del derecho elemento en las relaciones entre los integrantes de un núcleo, asignando deberes, derechos y obligaciones, así como responsabilidades, desde todos los momento en que se

desarrolla el ser humano, razón por la cual, cuenta con instituciones específicas, principios y genera importancia elemental su finalidad en un marco del estado de derecho y de convivencia pacífica.

CAPÍTULO II

EL PROCESO DE DIVORCIO Y LAS PARTES PROCESALES

2.1. Generalidades

Concretamente, es importante conocer lo relativo al divorcio y su presencia histórica y elementos generales que se mencionan, iniciando con el aspecto que el divorcio es una figura jurídica muy antigua, existiendo contrariedades en muchas culturas las cuales no lo admiten o admitían por temas y cuestiones religiosas, sociales y económicas.

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas. La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

Concretamente, en el desarrollo y evolución del ser humano en convivencia social surgió el matrimonio y consecuentemente el divorcio, situaciones que han sido incorporadas en las normas jurídicas como instituciones importantes, según Martín García, lo siguiente:

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble como característica esencial. (1996, pág. 215)

Generalmente, el motivo más común de divorcio era el adulterio, aunque en muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Los celtas practicaban la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

El autor Martin García expone:

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio. (1996, pág. 216)

Con base en lo expuesto, se observa un escenario en el cual la cultura azteca practicaba la poligamia especialmente con las denominadas concubinas, mismas que se encuentran restringidas en número exclusivamente por la capacidad económica que tuviera el hombre, considerando que debía mantenerlas a todas en iguales condiciones. Además, se observa el divorcio, mismo que una de ellas solicitaba desligarse de un hombre y mediante autorización expresa de las autoridades de la sociedad podía lograrlo y con ello ser libre o en su caso casarse con otra persona. Asimismo, el autor Martin García aporta lo siguiente:

En Roma no se tenía el divorcio sino hasta el siglo II A.C. y tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su padre y descontentas con sus esposos, solían abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes. En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos. (1996, pág. 217)

Sin embargo, la Reforma de Lutero, admitió el divorcio, aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía. Aunado a lo anterior, el autor Martin García indica:

En España el Fuero Juzgo lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta. Posteriormente Las Siete Partidas lo prohibieron. Italia en 1970 y España en 1980 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente. (1996, pág. 217)

Entre los escritores y legisladores han existido diferentes teorías para determinar el estudio sobre la naturaleza jurídica del divorcio, encontrando que unos están a favor y otros en oposición, generalmente, esta opinión se da por las opiniones religiosas principalmente la iglesia católica que se fundamenta en el matrimonio es indisoluble.

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, explican que:

El divorcio, debe entenderse legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación. (1990, pág. 147)

En cambio, la opinión de los juristas es complejo desde el punto de vista que, para unos es un contrato y para otros al igual que el matrimonio es una institución social por medio de la cual las parejas toman la determinación de dar por disuelto el vínculo matrimonial. Para Alfonso Brañas

El divorcio propiamente dicho, absoluto o vincular, tiene como efecto propio, determinate de su naturaleza “el de disolver el vínculo conyugal, dejando a los cónyuges en libertad para contraer un nuevo matrimonio, y modificando con ello de forma directa el estado civil de una persona. (2015, pág. 175)

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez exponen: que existen diversos tipos de divorcio que responden a clasificaciones establecidas a partir de dos criterios fundamentales, indicando que por sus efectos existen dos clases:

Divorcio Vincular (*divortium quad vinculum*): llamado divorcio pleno, que es aquel que rompe con el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias. Divorcio por simple separación de cuerpos (*separation quad thourum et mensam*): llamado divorcio menos pleno, que es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad. Este no es en realidad un divorcio sino sólo un estado en el que los esposos han sido dispensados de las obligaciones de cohabitación y débito carnal. (1990, pág.150)

En atención a la voluntad de los cónyuges:

Divorcio unilateral o repudio: Es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio. Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo disenso. Es aquel que requiere del acuerdo voluntario de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna; pueden existir causas para la separación, pero éstas se ocultan, generalmente para beneficio de los hijos.

Divorcio causal, necesario o contencioso: Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando, sin culpa de alguno de los esposos la vida común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura. En este caso la acción se concede al cónyuge sano. El divorcio causal a su vez es subclasificado en:

Divorcio sanción: En él se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio y el divorcio, la sanción que se aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba. Divorcio remedio: En él no puede hablarse de cónyuge, pues no le es imputable la causal, como es el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables. Pero siendo éstas motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se da la acción a los cónyuges para poner fin a la relación. (Bossert, 1990, pág. 152)

Según el criterio Eclesiástico, solo es aceptable el denominado divorcio no vincular o relativo, que consiste en la separación de las personas, dado a que el matrimonio es indisoluble, como no sea por la muerte de uno de los cónyuges o por razones especialísimas determinadas y apreciadas por la Iglesia.

Consiste entonces en la suspensión de la vida en común y ciertos deberes, entre los cónyuges, pero subsiste el vínculo matrimonial. Este es el divorcio que admite y aplica la iglesia católica el cual se afirma en el capítulo XIX, del evangelio de San Mateo. (1960, pág. 850)

Según el criterio Estatal, es recomendable, y no existe razón valedera en contra, que un matrimonio pueda disolverse si no se alcanzaron las finalidades del mismo. Este produce una disolución del vínculo matrimonial, lo cual supone necesariamente que los cónyuges estén vivos, y en todo caso que el matrimonio sea válido; si no es válido, se le impugnará por insubsistencia o por nulidad.

En el Código Civil guatemalteco se encuentran contempla ambos, en el artículo 153, el cual observa que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. Y el 154 del mismo ordenamiento jurídico, que la separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: por mutuo acuerdo de los cónyuges, y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. Los cuales claramente se puede ver que contempla expresamente la separación de personas o el divorcio no vincular o relativo y el divorcio propiamente dicho o absoluto o vincular.

Para que exista proceso es necesario que concurren por lo menos dos partes con intereses opuestos, cuando en el proceso litigan más de dos personas en posición antagónica, se dé la figura de litisconsorcio, el litisconsorcio es activo si los actores son varios y el demandado uno solo; es pasivo, si los demandados son varios y el actor uno solo y mixto son varios actores y los demandados. Mario Efraín Nájera Farfán al definir el litisconsorcio señala que:

Un solo proceso con varias personas en calidad de actores o demandados y no se debe confundir con la acumulación que consiste en la reunión de dos o más proceso con el fin de decirlos en una sola sentencia, o en el ejercicio simultaneo de varias acciones contra una misma persona para que, con fines de economía procesal, se resuelvan en una sola sentencia. (2006, pag.181)

De lo antes expuesto, es importante destacar que la diversidad de personas que interviene en un proceso por el hecho que se ve afectado uno de sus derechos que le asisten sin involucrar la acumulación de varios procesos.

A continuación, se hace referencia a las causales que establece la legislación civil guatemalteca, específicamente en el artículo 155, ya que el ponente considera de gran importancia dar a conocer cuál es el punto de vista de la normativa vigente en Guatemala, y sobre todo demostrar la forma en la cual las personas deciden disolver el vínculo matrimonial:

1. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.
2. Los malos tratamientos de obra, riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor; y en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.
3. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.
4. La separación o abandono voluntario de la casa conyugal, o la ausencia inmotivada, por más de un año.
5. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.
6. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.
7. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado.
8. La disipación de la hacienda doméstica.
9. Los hábitos de juego, embriaguez o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
10. Denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por uno de los cónyuges contra el otro.
11. Condena de uno de los cónyuges en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de 5 años de prisión.
12. La enfermedad grave, incurable o contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.
13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.

14. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción; y
15. La separación de personas declarada en sentencia firme.

Como se observa, la normativa civil vigente en Guatemala regula quince causales por las cuales las parejas pueden disolver el vínculo conyugal, con el cual ellos mismos decidieron contraer en algún momento de su vida, olvidándose de los sueños que estos compartían y dentro de estos eran tener una familia unida.

En Guatemala de conformidad con la normativa civil y procesal civil, existe una forma de tramitar el divorcio y está por la vía ordinaria, en dicho juicio, los cónyuges establecen la forma en la cual estos aceptan dejar disuelto el matrimonio. Asimismo, se establece que este puede realizarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada, para lo cual estas se encuentran establecidas en el artículo 155 del Código Civil arriba citado.

Existen circunstancias en las cuales se termina el vínculo matrimonial, siendo una forma la separación, misma que permite únicamente concluir con la relación sentimental y no con el vínculo jurídico establecido mediante el acta legal de matrimonio, por otra parte, el momento en que surge un conflicto e intervienen las autoridades competentes, se realiza aun proceso para dejar sin efecto o romper dicho compromiso legal, denominado proceso de divorcio. Siendo importante resaltar que no se repara la situación personal o sentimental, sino únicamente se resuelve el litigio jurídico, considerando, por tanto, únicamente las alternativas judiciales y no personales para concluir con el vínculo.

Dentro de los efectos de la separación o el divorcio, se encuentran la liquidación del patrimonio conyugal, el derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable y la suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigno y haya petición expresa de parte interesada.

Existen diversos efectos que tiene la separación o divorcio, en las cuales se toma en cuenta la protección de la mujer y los hijos en lo relativo a los alimentos, asimismo, se toma en cuenta la seguridad de éstos, la protección de los bienes, sin embargo, esta no es una decisión propia de los cónyuges sino la toma la autoridad competente en este caso un juez.

El juez, tiene la responsabilidad de calificar la garantía y si está a su juicio no fuere suficiente debe ordenar su aplicación de manera que los estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges, asimismo es el juez quien debe resolver las cuestiones que éste considere necesarias para la realización del divorcio, también el responsable de decidir a quién de los dos cónyuges les quedaran los hijos, así como las obligaciones de los padres hacia los hijos es el juez quien las impone, la cantidad de la pensión alimenticia es el juez quien la acepta o no.

Son varias las situaciones que se le encomiendan al juez de conformidad con la normativa civil guatemalteca, sin embargo, se debe tomar en consideración que al momento de que una pareja decide unirse en matrimonio, la decisión la toman ellos, es decir, la el hombre y la mujer, no necesitan de alguien que les diga cuantos hijos van a tener, por cuánto tiempo durará el matrimonio, pues como se indicó es una promesa que ambos hacen ante Dios en el cual se juran estar juntos hasta que la muerte los separe.

Asimismo, la pareja al momento de casarse decide donde vivirán y formarán una familia a la cual se prometen mutuamente, alimentarlos, educarlos entre otras cosas, no necesitan de un juez que les indique que hacer con su familia; ahora la pregunta es porque al momento de un conflicto, deciden buscar a un juez, en lugar de buscar la ayuda cristiana, con la finalidad de guardar su matrimonio, a sus hijos, su hogar, pues como pareja deben buscar juntos ayuda, pero que esta sea idónea en beneficio de toda su familia, más bien por el beneficio de ellos como pareja, que son el soporte de la misma.

Como se observa, en la normativa civil vigente en Guatemala, existe forma y los requisitos que se deben llenar para formalizar un divorcio o en su caso la separación, sin embargo,

hasta la presente fecha, en Guatemala no existe una asesoría que sea de beneficio al matrimonio, es decir, que ayude a los cónyuges a luchar por mantener el matrimonio firme, pues no es necesario que por un conflicto pequeño lo primero que busquen es un juez, para que este decida qué hacer con sus vida y la de sus hijos.

Según el autor Couture, José Eduardo (1984, pág. 302) Los actos de las partes emanan del actor y del demandado con el fin de obtener la satisfacción de las pretensiones, las cuales se dividen:

- 1) Actos de obtención: Tienden a lograr del tribunal la satisfacción de la pretensión. Se dividen en:
 - Actos de Petición: Determinan el contenido de la pretensión.
 - Actos de Afirmación: Aceptan la pretensión del actor.
 - Actos de Prueba: Incorporan al proceso documentos o declaraciones.

- 2) Actos dispositivos: Tienden a crear, modificar o extinguir situaciones procesales. Y se da a través del Allanamiento (actor por el cual el demandado se somete a la pretensión del actor) el Desistimiento y la Transacción.

Asimismo, en el proceso ambas partes son accionantes en el sentido de que las dos instan al curso del procedimiento a efecto de obtener la resolución conforme a sus respectivas pretensiones. Para los litigantes o partes, es indudable que su actividad la dirigen a obtener una resolución favorable a sus peticiones, pero para el órgano jurisdiccional, lo que es fundamental es una resolución justa y en ocasiones desfavorable a la petición de una de las partes.

Por otra parte, la fuerza que impulsa a las partes, es el interés de obrar para obtener un pronunciamiento judicial en su favor. Básicamente, es a las partes interesadas a quienes corresponde la afirmación en el juicio y la aportación de los medios de prueba necesarios para que el administrador de justicia decida y emita una resolución.

Además, es importante mencionar que el órgano jurisdiccional como tal no tiene interés propio para la resolución de un litigio, únicamente manifiesta el interés general en sus resoluciones con el objeto de que la sentencia sea apegada a la ley y se imparta justicia de forma equitativa.

A las partes se les limita su actuación en virtud de dos premisas importantes como lo son el deber de veracidad y la obligación de auxiliar al tribunal. La primera es más orientada al ámbito moral, derivado que se han ventilado casos en los que de mala fe se han realizado demandas con el objeto de perjudicar al demandado y la otra las partes son quienes deben de auxiliar al juzgador promoviendo acciones y presentando medios esenciales para la resolución conforme a las disposiciones legales.

Por otra parte, los actos de las partes se orientan a obtener la satisfacción de las pretensiones de éstas. Pero por las mismas razones por las cuales no toda la actividad del tribunal es actividad de decisión, no toda la actividad de las partes es actividad de postulación.

El autor Eduardo Couture distingue la actuación procesal entre los actos de obtención y actos dispositivos, por lo cual expone lo siguiente: “Los actos de obtención tienden a lograr del tribunal la satisfacción de la pretensión hecho valer en el proceso, los actos dispositivos tienen por objeto crear, modificar o extinguir situaciones procesales.” (2006, pág. 206)

De lo antes expuesto, el objeto de los actos es lo que varía dentro del proceso, además, se hace referencia que las partes procesales son quien le da vida al proceso derivado de las pretensiones de las mismas. Existe una diferencia sustancial entre los juicios ordinarios de divorcio y los juicios voluntarios de divorcio, en cuanto a:

El plazo de duración de conformidad con la ley

La forma de presentación, pues en uno es la demanda y en otro es el escrito inicial simplemente.

Que entre uno y otro se distingue porque en uno hay contienda y en otro no.

Que en el juicio voluntario y ordinario, interviene el abogado, pero en el juicio ordinario, con mayores diligencias, es decir, con una mayor participación.

Que lógicamente de conformidad con la normativa analizada, el juicio voluntario de divorcio tiene un plazo menor de duración que el ordinario, debido a que no existe una fase probatoria, una contestación de demanda e interposición de excepciones o una fase de vista.

En el juicio voluntario de divorcio, concretamente se resumen en cuatro fases a saber: la presentación de la demanda, y consecuentemente la señalización dentro de ocho días siguientes para la junta conciliatoria; la junta conciliatoria en donde se da la ratificación y el auto de aprobación, en consecuencia, de las bases del divorcio y la sentencia.

2.2. Definición

Es importante conocer la perspectiva doctrinaria sobre la cual, se respalda el abordaje integral del divorcio como institución jurídica, para el efecto, se presentan de forma general alguna de ellas.

Según Planiol y Ripert, citado por Alfonso Brañas definen a la figura jurídica del divorcio como:

La disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido. Mientras que la separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida común. El divorcio y la separación de cuerpos no pueden obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley. (2015, pág. 177)

El Código Civil de Guatemala, en el artículo 153 define al divorcio como la disolución del matrimonio. Es decir que el divorcio es la disolución y la ruptura del vínculo matrimonial, mediante una resolución judicial pronunciada por un juez competente, previo al cumplimiento de todas las formalidades legales y enmarcadas dentro de las causas de disolución del matrimonio; contempladas en el artículo 155 del Código Civil.

El Tratadista Manuel Ossorio Indica que es: “Cuando un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación, que puede ser con disolución del vínculo, o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y lecho común.” (2000, pág. 249)

Calamandrei expone que:

Por el sólo hecho de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante un Juez, adquieren la denominación de partes procesales las personas que interponen una pretensión por un conflicto de manera personal. La calidad de parte se adquiere independientemente de la efectiva existencia del derecho y de la acción. (1961, pág. 21)

El autor en mención, determina que una persona individual o jurídica se convierte en una parte procesal al ser interesado tanto en la resolución de un conflicto como en la restauración de un derecho que considera vulnerado y se ve afectado de manera directa.

El tratadista Manuel Ossorio, define como parte procesal: “el litigante por iniciativa propia o por impugnación de una acción ajena contra él, sea demandante o actor (...)” (2000, pág. 719)

Por otra parte, el tratadista Guillermo Cabanellas, lo define como: “Parte civil en el proceso es quien procede tan solo para exigir la responsabilidad.” (1977, pág. 223)

El tratadista en mención, determina que son las personas que intervienen para exigir la responsabilidad de otra y el resarcimiento de los daños ocasionados de manera evidente.

Para Nájera Farfán, las partes procesales son:

A pesar que el proceso esta instituido para las partes, que ellas son las que lo hacen, que sin parte no hay proceso y que de la determinación de su concepto depende la solución de muchos problemas procesales, (identificación de acciones, litispendencia, competencia, acumulación, efectos de la cosa juzgada), aquel concepto no se precisa en los códigos posiblemente por la tendencia dominante de evitar las definiciones que por si por lo general no son aconsejables, no siempre son inoportunas. (2006, pág. 165)

Dicho autor, expone que, en el proceso de creación de una disposición legal de observancia general, se han obviado las definiciones concretas que puedan orientar a las personas que lean la ley escrita y que en la mayoría de casos deja algunas dudas de la manera adecuada para su interpretación.

Existen varios autores que se han tomado el tiempo para definir el divorcio y establecer el porqué de éste, para lo cual continuación se establecen algunas de ellas, esto con la finalidad de comprender de una mejor manera la institución a la cual se está haciendo referencia en el presente capítulo, pues se considera de gran importancia comprenderla para así poder llegar a establecer el porqué del mismo.

Como es del conocimiento de todos, el divorcio, es la desintegración que se causa en un vínculo familiar, al ser la separación legal y definitiva de los cónyuges donde se tiende a separar también a los hijos. Por ello la necesidad de que los hijos conozcan su situación familiar y las causas que provocaron tal ruptura para evitar sentimientos innecesarios en los hijos como la culpabilidad. Para lo cual:

No es conveniente engañar a los hijos dándoles esperanzas de una reconciliación, o de una pantalla familiar que no durará mucho tiempo, pues tarde o temprano, se darán cuenta de la verdad, y al descubrirse engañados, su reacción puede ser aún peor, recibiendo un daño más severo. (1998, pág. 502)

Lo anterior, hace referencia la importancia de dar a conocer a los hijos sobre la decisión que han tomado los padres en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial, ya que de esta forma se estaría evitando el sufrimiento de éstos, sin embargo, se considera de suma importancia que los menores deberían tomar ayuda psicológica, con la finalidad que a los hijos e hijas no les afecte en gran manera el divorcio, ya que es común que debido a dicha disolución son los hijos los más afectados y es allí cuando estos deciden abandonar los estudios y realizar actos contrarios a las buenas costumbres. Con respecto al divorcio, el autor guatemalteco, Alfonso Brañas, señala lo siguiente:

La disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido. Mientras que la separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida común. El divorcio y la separación de cuerpos no pueden obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley. (2015, pág. 175)

El autor citado, hace referencia que el divorcio solamente se disuelve por medio de una sentencia judicial, para lo cual los ex cónyuges deben realizar los procedimientos de conformidad con la ley.

2.3. Capacidad

Doctrinariamente el tema de Capacidad, se ha venido desarrollando desde los inicios del ser humano y perfeccionando a través de la evolución de la sociedad haciéndose necesaria y obligatoria su regulación en todas las normativas jurídicas.

Así se encuentran los conceptos utilizados en el Derecho Romano, que se han perfeccionado conforme su aplicación y adaptación en las distintas sociedades aplicándose en la actualidad y conforme al Derecho Civil guatemalteco con ideas del Plan Romano-francés. Éste enfoca como materia esencial la regulación de la persona, su familia, los bienes, la actividad de la persona como productora de obligaciones y capaz de adquirir derechos de índole privado, así como su transmisión. Los autores José Castillejo y Manuel Velasco indican que:

El nasciturus carece de personalidad jurídica. Sin embargo, y dado que puede en el futuro tenerla, el derecho le reconoce una serie de derechos y encuentra protegido por el ordenamiento pues se le considera un bien jurídico necesitado de tutela. (2004, pág. 241)

En el Derecho Romano, no se consideraba persona al Nasciturus a los que ya nacieron, y en consecuencia según la historia en la antigua Roma era permitido el aborto. Pero al *nasciturus*, es decir quien esta por nacer, se le reconocían derechos, y como ejemplo se puede mencionar: “si la mujer embarazada estaba condenada a muerte, la ejecución se posponía hasta el nacimiento.” (José Castillejo y Manuel Velasco, 2004, pág. 241)

El ser humano desde su concepción es decir desde que tiene vida posee la capacidad de goce, la cual es importante para el desarrollo de la persona y como ser social dentro de una sociedad en constante actividad, sin embargo, su plenitud la alcanza con la capacidad de ejercicio la cual es la formalización plena del ser humano que se traduce con la aptitud que posee para ser sujeto en todas las relaciones jurídicas y poder contraer obligaciones, esto es la capacidad jurídica en pleno ejercicio.

En la actividad jurídica y especialmente el ámbito contractual coloca a la persona como titular de determinados y específicos derechos y obligaciones, la que obliga a la distinción entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio; ya que se encuentran limitantes en este ámbito. Como una excepción en este tema y como importancia se encuentran los menores de edad, así como las personas que sufren perturbaciones mentales o bien que carezcan de inteligencia o impedimento alguno que los imposibilita para la realización y ejercicio de su capacidad jurídica.

La capacidad jurídica, en Derecho, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; de reclamar los primeros y contraer los segundos en forma personal y comparecer a juicio por propio derecho. También pueden clasificarse en capacidad de goce y capacidad de ejercicio; la primera constituye: la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones; en tanto que la segunda se compone por la capacidad de ejercitar los derechos y, contraer obligaciones en forma personal y comparecer a juicio por propio derecho.

La capacidad va paralela a la personalidad, debe ser necesariamente persona para tener capacidad; es por eso que algunos jurisconsultos han confundido los términos, sin embargo, son diferentes. Lo mismo aplica para la diferenciación entre capacidad de goce y de ejercicio; ya que de hecho, puede tenerse capacidad de goce mas no de ejercicio, un ejemplo sería el nasciturus, quien, aunque aún no ha nacido, pero ya puede ser titular de ciertos derechos; o yéndonos menos al extremos, podría hablarse de los infantes que son propietarios de un bien inmueble, y aunque tienen derechos sobre la propiedad, no pueden ejercitar sus derechos vendiéndola o arrendándola.

Se habla de persona y su proyección es al ámbito jurídico, la cual concurre como un atributo propio y característico, puesto que constituye la calidad y atribución en la que la misma puede desenvolverse. Es por ende que ambos conceptos se entrelazan y causan confusión. Sin embargo, para el Derecho la Personalidad, se refiera al sujeto como aquella persona apta para ser titular de derechos, deberes y por supuesto ejercerlos por sí mismo.

Para el tratadista Manuel Ossorio la capacidad es: “en el vocabulario jurídico, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; de ejercitar los primeros y contraer los segundos en forma personal y comparecer a juicio por propio derecho.” (2000, pág. 152)

Daniel Hugo D'Antonio, define a la persona como: “Es el sujeto de la relación jurídica, resulta consecuencia rigurosa, que como lo sostiene Spota, a la noción del sujeto de derechos y deberes se halle íntimamente vinculado el problema inherente a su capacidad.” (1992, pág. 15)

El autor Alfredo Orgaz afirma que:

En definitiva, personalidad jurídica y capacidad jurídica son expresiones equivalentes: persona es quien tiene capacidad, quien tiene capacidad es, por esto mismos, persona, agregando seguidamente el distinguido jurista que el hombre es persona para el Derecho sólo en cuanto es capaz de adquirir derechos y deberes, en cuanto tiene aptitud para ser titular de unos y otros. (1960, pago. 7)

Según Larenz citado por Daniel Hugo D'Antonio, “la capacidad jurídica está dada previamente al Derecho positivo y, en principio, también la capacidad de obrar es un atributo que corresponde a la persona conforme a su naturaleza.” (1960, pag.10)

Con lo anterior se observa la problemática de la capacidad que posee el menor de edad, encontrando a esta dificultad como un atributo propio de la persona y generando controversias e insuficiencias legislativas, en virtud de omisión, discusión, exposición en cuanto al tema en relación a todos los actos jurídicos, su capacidad y habilitación que los menores de edad puedan ejercer. Sin embargo, también existen muchas legislaciones que han adoptado como la mayoría de edad a los veintiún años o bien como es el caso de

Guatemala que es a los dieciocho años. El Código Civil guatemalteco, regula en su artículo 8 lo siguiente:

La capacidad de ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

Manuel Ossorio indica que Capacidad es: “la aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser su sujeto activo o sujeto pasivo del derecho.” (2000, pág. 152) El tratadista Guillermo Cabanellas determina que es una: “Aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo. Suficiencia para ser sujeto activo o en su caso sujeto pasivo de relaciones jurídicas determinadas.” (1977, pág. 331)

Ambos tratadistas, determinan un sujeto activo y un sujeto pasivo dentro de la relación jurídica, siendo la capacidad la facultad para desempeñarse en una profesión u oficio, así como en el libre ejercicio de sus derechos. Una clasificación de capacidad propone la distinción de la capacidad política: La cual pertenece al Derecho público.

Y la civil: la pertenece a la segunda orden la cual es del Derecho privado. Ambas capacidades son absolutamente independientes entre sí. Otra forma de clasificación de la capacidad la cual es la más usual e importante para el ámbito jurídico la cual es:

De derecho: que se refiere al goce de los derechos. En principio, todas las personas son capaces de derecho. Y, de hecho: que se refiere al ejercicio de los derechos. No todas las personas tienen capacidad de hecho absolutas, como es el caso, en algunos países de los menores impúberes, los dementes o las personas por nacer.

También pueden clasificarse en capacidad de goce que constituye: la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. Y capacidad de ejercicio que es la capacidad de ejercitar los derechos y, contraer obligaciones en forma personal y comparecer a juicio por propio derecho.

Concretamente, es importancia a la capacidad en el ámbito procesa, tomando en cuenta que se refiere a la idoneidad que la ley reconoce para que la persona pueda obrar por su propia cuenta, siendo así como la capacidad jurídica se adquiere desde que se nace, la capacidad procesa se adquiere desde que se es mayor de edad y no es necesario morir para perderla.

El autor Mario Nájera Farfán expone: “Es procesalmente capaz, toda persona que por haber alcanzado la mayoría de edad tiene el libre ejercicio de sus derechos y naturalmente la libertad de contraer obligaciones.” (2006, pág. 167)

Por su parte Piero Calamandrei determina que:

Las nociones tanto jurídicas como procesales de la capacidad, son contrapuestas y a la vez complementarias, derivado que se proyectan del derecho sustancial al derecho procesal, en el cual, la capacidad jurídica se llama capacidad para ser parte, y la capacidad de obrar se denomina capacidad para estar en juicio. (1962, pág. 210)

Dicho autor, hace referencia que la capacidad se complementa tanto en el ámbito jurídico como procesal, pero se desarrollan de forma efectiva, derivado que interaccionan e una persona ante una situación específica, tanto como en el ser y en el obrar frente a una autoridad jurisdiccional.

2.4. Representación y sustitución procesal

Toda persona natural con capacidad procesal puede elegir entre comparecer o estar en juicio personalmente o por medio de representante. Mario Efraín Nájera Farfán expone:

Toda persona jurídica, no obstante, su capacidad procesal solo puede hacerlo por medio de la persona o personas individuales que para ello estén autorizadas por su régimen constitutivo. Toda persona sin capacidad procesal solo puede ejercer sus derechos en juicio por medio del representante que la ley dispone. (2006, pág. 172)

Por otra parte, la representación se asemeja a la sustitución procesa, tomando en cuenta que tienen de común el que tanto el representante como el sustituto hacen valer en juicio un derecho ajeno. Además, se asemeja mas no es igual o idéntico, derivado que el representante hacer valer un derecho ajeno a nombre de su representado, por lo cual, se interpreta que parte es el representado y no el representante, lo que en la sustitución se hace valer en nombre propio, por lo que parte es el sustituto y no el sustituido.

Asimismo, se considera que los efectos de la resolución no repercuten en la esfera jurídica del representante, pero si en la esfera jurídica del sustituto, porque si está legitimado para ser parte, es porque lo liga con el sustituida alguna relación de derecho sustancial, de modo que ejercitando el derecho del sustituido satisface su propio interés como ocurre en todos los casos de acción subrogada.

Los titulares de una relación jurídico-material que entran en conflicto y que acuden a un órgano jurisdiccional a dirimir su conflicto de intereses, se convertirán en parte en el proceso; una de ellas planteará la pretensión y lo hará precisamente con la otra persona. Según Erick Álvarez Mancilla expone:

Sin embargo, desde el punto de vista del proceso la existencia o no del conflicto no es lo determinante de la iniciación de la actividad jurisdiccional; desde el punto de vista del órgano jurisdiccional lo que importa es que ante él acude una persona ejercitando el derecho de acción y formulando una pretensión. (2007, pag.178)

Por lo tanto, toda persona natural con capacidad procesal puede elegir entre comparecer o estar en juicio personalmente o por medio de representante. Es de resaltar el ejercicio del derecho que le asiste a la persona para resolver el conflicto.

Además, Nájera Farfán aporta lo siguiente:

Toda persona jurídica, no obstante, su capacidad procesal solo puede ejercer derechos en juicio por medio de por medio del representante que la ley dispone. A este fenómeno de actuar una persona a nombre de otra sin perder ésta su calidad de parte se le llama representación. (2006, pág. 172)

Dentro de la representación de parte, se encuentran cuatro tipos como lo es la representación voluntaria, representación necesaria, representación legal y la representación judicial, las cuales se desarrollan de forma breve de la manera siguiente:

a) Representación voluntaria:

Es la que un litigante actual o futuro confiere a una persona facultándola para ejecutar en su nombre y por su cuenta, actos jurídicos procesales en determinado proceso o en varios procesos. Mario Efraín Nájera Farfán expone:

Se confiere mediante un acto contractual y escrito que se denomina poder o mandato y de allí los nombres de poderdante o mandante para la persona de quien emana el poder, y de operado o mandatario judicial para quien lo desempeña. (2006, pág. 173)

Asimismo, mediante un mandato se delega un poder a otra persona para la representación, pueden otorgarlo las personas hábiles para gestionar ante los órganos jurisdiccionales que no quieran o no puedan hacerlo personalmente, pueden ser otorgados a un profesional del derecho y a los parientes del poderdante dentro de los grados de ley.

Además, el mandato debe constituirse por escrito, mediante escritura pública para los asuntos que se ventilan en forma escrita y mediante documento privado legalizado por Notario o en acta ante el Juez y secretario, extendida en la pieza misma de las actuaciones para los asuntos verbales, siendo indispensable que comprobar su existencia ante el órgano jurisdiccional.

b) Representación necesaria

Siendo esta la que se ejerce a nombre de una persona jurídica, denominada necesaria, derivado que la persona jurídica por su estructura solo puede actuar mediante una persona física, por lo cual, la representación no es optativa, sino el medio o la forma natural de

existir, quien la ostenta fuerza por ese solo hecho de capacidad procesal y está autorizado para comparecer en juicio con las facultades propias de los mandatarios judiciales.

c) Representación legal

Es la que se ejerce a nombre de las personas procesalmente incapaces, bien porque son menores de edad o porque adolecen de alguna de las enfermedades que dan motivo a declararlos en estado de interdicción.

La representación legal, varia en la persona que la ejerce según sean las distintas situaciones en que el incapaz puede encontrarse. El autor Piero Calamandrei indica:

Se distingue en varias figuras según el grado de incapacidad, si la incapacidad es total, la voluntad extraña toma enteramente el puesto de la del incapaz y se da la figura de la representación legal, en virtud de la cual para disponer acerca de los derechos del incapaz representado, basta la sola voluntad del representante, si la incapacidad es parcial, para ejercitar los derechos del incapaz es necesario el concurso de su voluntad y de la voluntad de la persona que la integra y se da entonces la figura de la asistencia. (1962, pág. 290)

El modo de ejercicio de la representación es también variable, porque entre la incapacidad absoluta y la plena capacidad de obrar, la ley reconoce situaciones intermedias en las que la incapacidad del menor está limitada únicamente para ciertos actos, pero en las que tampoco goza de capacidad absoluta y necesita por ello ser asistida o autorizada por la voluntad de otras personas.

d) Representación judicial

Esta clase de representación se da cuando el nombramiento de representante se debe al Juez, la peculiaridad de esta representación no solo consiste en su origen judicial, sino en las limitadas facultades del representante, se encuentra obligado a interponer todos los recursos, defensas y excepciones que legalmente puedan oponer las partes, pero no puede hacer uso de facultades que requieren clausula especial a no ser que las partes se las

confirieren expresamente en el instrumento de rigor, en cuyo caso deja de ser representante o personero común designado de oficio y se convierte en verdadero mandatario.

Por distintas razones puede ocurrir que, durante el desarrollo del proceso, el demandante o el demandado sea reemplazado por otro sujeto que pasa a ocupar su sitio en el litigio, al haberse producido un cambio en la titularidad de los derechos subjetivos que conforman el objeto del proceso. El fenómeno recién descrito se designa como sucesión procesal o cambio de partes. Dicho de otro modo, la figura que nos ocupa es una proyección en el proceso de la institución general de la sucesión. Como lo expone Elorriaga:

Suceder a una persona es ocupar su lugar y recoger los derechos y obligaciones que a cualquier título le pertenecían, es decir, se sucede siempre que, subsistiendo una obligación o un derecho subjetivo, cambia el sujeto, sea el titular o el obligado. (2005, pág. 45)

La sucesión procesal existe para responder a ciertas eventualidades que pueden surgir en la tramitación de un proceso, por el hecho de haberse producido una transferencia o una transmisión de la cosa litigiosa. No resulta razonable que, por la producción de alguno de esos eventos lo obrado devenga en ineficaz.

Atendiendo a la causa que la origina, se debe distinguir entre sucesión procesal por muerte de una de las partes y la sucesión procesal surgida por transferencia de la cosa litigiosa por acto entre vivos. La sustitución procesal, supone el cambio de la persona que debe de responder sobre hechos personales en el interrogatorio de partes, por tener conocimiento personal de los hechos enjuiciados otra persona diferente como consecuencia de tener relación con el asunto.

Con carácter general, el autor Juan Montero Aroca indica:

Puede considerarse, que los medios de prueba personales son aquellos en que, como su nombre indica, se utiliza a una persona como elemento productor de la convicción judicial y que, dentro de los medios personales de prueba, debe distinguirse según que la persona en que el elemento consiste sea una de las partes procesales o sea un tercero. (2000, pág. 67)

Ahora bien, como excepción al carácter personal de la prueba de interrogatorio de parte, puede concurrir la declaración sobre hechos no personales del interrogado. Esta situación se dará cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante, por lo que éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración.

Para que se admita esta sustitución deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. De no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente.

La sustitución procesal, puede suponer también el cambio del Abogado durante la tramitación del proceso y no debe confundirse con la sucesión procesal de las personas que tienen la consideración de parte procesal, lo cual supone el cambio de la parte litigante por motivos muy concretos como: causa de muerte, transmisión del objeto procesal o por razón de intervención provocada.

2.5. Juicio ordinario de divorcio

Dos corrientes, son las que prevalecen en cuanto al estudio de la finalidad del proceso: la corriente objetiva y la corriente subjetiva, el autor Iván Escobar Fornos indica: “Chiovenda es el principal sostenedor de esta tesis. Todo proceso, opina el referido autor, tiene por objeto actuar la voluntad concreta de la ley para lograr un bien de la vida.” (1998, pág. 88)

La teoría subjetivista es observada por diversos estudiosos como inexacta, porque puede haber definición de controversia sin proceso (arbitraje), o proceso sin controversia (juicio en rebeldía o sumisión del demandado) o proceso sin definición de controversia (ejecución

de sentencia). Por tanto, se determina que el proceso tiene como finalidad la actuación del derecho sustantivo, es decir que se aplican las normas jurídicas de convivencia social.

Además, exige también la existencia de un conjunto de normas de tipo adjetivo o procesal que tengan como finalidad dotar a las personas de una serie de pasos, procedimientos, y trámites para hacer que se cumplan las normas del derecho sustantivo.

La doctrina subjetiva, según el autor Iván Escobar Fornos, es:

También denominada concepción privatista del proceso, considera a este como una institución de derecho privado, en la que el proceso pretende resolver un conflicto surgido entre las partes con intereses contrapuestos, para los seguidores de esta doctrina el proceso no es más que una discusión mantenida por dos o más personas con intereses opuestos, misma que está regida por un conjunto de normas que regulan las distintas etapas de la discusión y otorgan derechos, obligaciones y garantías para las partes en discordia. (1998, pág. 87)

La finalidad que persigue el Estado al resolver un conflicto entre partes, es evitar la justicia privada, pero utilizando un conjunto de normas y garantías establecidas, que regulan las directrices y los distintos procedimientos para encontrar una solución al litigio, que desemboque en el mantenimiento de la paz social justa.

Con relación al juicio ordinario, en la mayoría de legislaciones, es el modelo de los procesos de conocimiento, o como algunos autores lo denominan “el proceso tipo”, y así fue regulado en el artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil, al establecer que: “las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.” Asimismo, el divorcio por causa determinada, no cualquiera de los cónyuges puede demandar, ni tampoco puede demandarse en cualquier tiempo, al respecto se refiere el primer párrafo del artículo 158 del Código Civil el cual establece:

“Quién puede solicitar la separación o el divorcio por causa determinada. El divorcio y la separación sólo pueden solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda.”

Al respecto es necesario señalar que el artículo citado protege la institución del matrimonio, ello en virtud de negar al cónyuge culpable, es decir, el cónyuge que incurre en la causal, la facultad de solicitar el divorcio alegando una causa que el mismo propicia, en esa virtud se evita la disolución del matrimonio por causas deliberadamente producidas o mal intencionadas.

Respecto al plazo en que debe demandarse se establece que es dentro de los primeros seis meses de conocidos los hechos en que se funda la demanda, se pretenden en este caso al igual que el anterior proteger la institución del matrimonio, ello al suponer que, si un cónyuge plantea la demanda posterior a los seis meses regulados, ha transcurrido tiempo suficiente como para considerar que los hechos que propician la causal han sido consentidos por el cónyuge afectado.

a) Procedimiento

La demanda de divorcio por causa determinada, promovida por uno de los cónyuges, se debe sustanciar a través del juicio ordinario, ello de acuerdo al Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece: “Vía ordinaria. Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.”

Mas específicamente quedo ratificado en el Instructivo para los Tribunales de Familia, mediante circular número 42/AH de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, dirigida a Jueces de Primera Instancia, de Familia y de Paz de la República de Guatemala, referentes a la interpretación y aplicación de preceptos relacionados con la familia, donde se establece:

B) CASOS QUE DEBEN TRAMITARSE EN JUICIO ORDINARIO ESCRITO: De conformidad con lo establecido en el artículo 9º. de la Ley de Tribunales de Familia y en los artículos: 96, 437 y 445 del Código Procesal Civil y Mercantil, deben tramitarse en juicio ordinario escrito las siguientes controversias:

- a) Las relativas al régimen económico del matrimonio;
- b) Nulidad del matrimonio;
- c) Separación y divorcio;

- d) Declaración y cese de la unión de hecho;
- e) Paternidad y filiación;
- f) Oposición en los casos de reconocimiento de preñez o de parto; y,
- g) Oposición a la constitución del patrimonio familiar. (1964, pág. 8)

La literal “c” del párrafo anterior, se refiere a el divorcio y separación por causa determinada, ello en virtud de que el divorcio y separación por mutuo consentimiento si tienen un procedimiento regulado expresamente en el Código Procesal Civil y Mercantil del artículo 426 al artículo 434.

b) Tribunal competente

El tribunal competente para la tramitación del juicio ordinario de divorcio por causa determinada quedó regulado en los artículos 1 y 2 de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley número 206, los cuales establecen:

Artículo 1. Se instituyen los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia. Artículo 2. Corresponden 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 preñez y parto, divorcio y separación, nulidad de matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

c) Trámite, escrito inicial

El trámite se inicia con la presentación de la solicitud inicial, la cual debe reunir los requisitos del artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil que al respecto establece:

Escrito inicial. La primera solicitud que se presente a los tribunales de justicia contendrá lo siguiente: 1o. Designación del juez o tribunal a quien se dirija; 2o. Nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones; 3o. Relación de los hechos a que se refiere la petición; 4o. Fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas; 5o. Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho; si se ignorare la residencia, se hará constar; 6o. La petición en términos precisos. 7o. Lugar y fecha; y 8o. Firmas del solicitante y del abogado colegiado que lo patrocina, así como el sello de éste. Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por él otra persona o el abogado que lo auxilie.

Es necesario agregar que además de los requisitos anteriores, en el escrito inicial se debe fijar con claridad y precisión las pruebas que van a rendirse, además de acompañar con la demanda los documentos en que se funda el derecho, y en caso de no tener los documentos a su disposición, se deben identificar, expresar el contenido de los mismos, y el archivo, oficina pública, o lugar donde se encuentren los documentos originales. Si no se presentan los documentos de la demanda, no podrán presentarse posteriormente, salvo impedimento justificado. Al respecto en el divorcio por causa determinada es necesario adjuntar con la demanda: los documentos siguientes:

Certificación de la partida de matrimonio de los cónyuges, certificaciones de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido;

Las capitulaciones matrimoniales, si se hubiesen celebrado; y

Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

La demanda constituye el primer acto y uno de los actos más importantes en el proceso y puede indicarse que desde varios puntos de vista, esta varía de conformidad con el tipo de proceso. Así pues, en el caso del juicio ordinario, la demanda, es el primer paso y constituye un elemento causal de una futura resolución favorable a las pretensiones que en ella se formulan, o bien, como un acto formal que pone en movimiento la actividad jurisdiccional de los órganos del estado como lo son la administración de justicia a través de sus distintos juzgados y tribunales.

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

La diferenciación que existe entre la demanda dentro de un juicio ordinario y la demanda en un juicio oral estriba esencialmente en que su trascendencia produce efectos positivos para el enfoque que el actor pretende, en virtud, de que el juicio oral ha tenido gran difusión modernamente y la tendencia actual del proceso, es que el mismo sea en todos los ramos, estrictamente oral, por las ventajas que ofrece y que ya fueron enumeradas y los principios que lo rigen. La demanda en el juicio ordinario cumple ciertas formalidades, el artículo 106 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “en la demanda se fijarán con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición”.

d) Primera resolución

Este es el momento en que inicia el conteo de los plazos que de conformidad con el ordenamiento jurídico rigen para la sustanciación del juicio ordinario de divorcio por causa determinada, al respecto, posteriormente a presentada la demanda, lo procedente es que el juez de familia, dicte la primera resolución dándole trámite a la demanda, o en su caso si existen defectos de forma, ordenará subsanar estos, y en caso de existir defectos de fondo puede el juez rechazar la demanda. La importancia de determinar qué clase de resolución es la procedente es para establecer cuál es el plazo que la ley le otorga al juez para que este dicte la misma, al respecto establece el artículo 142 del mismo cuerpo legal citado:

Plazo para resolver. Las providencias o decretos deben dictarse a más tardar al día siguiente de que se reciban las solicitudes; los autos dentro de tres días; las sentencias dentro de los quince días después de la vista, y ésta se verificará dentro de los quince días después de que se termine la tramitación del asunto, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes, en cuyo caso se estará a lo dicho en esas leyes.

e) Notificación de la primera resolución

Corresponde analizar ahora el plazo para realizar la notificación de la primera resolución y para ello es procedente referirnos al numeral primero del artículo 67 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece: “Notificaciones Personales. Se notificará

personalmente a los interesados o a sus legítimos representantes: 1°. La demanda, la reconvencción, y la primera resolución que recaiga en cualquier asunto;...”.

Para el efecto, las notificaciones pueden hacerse personalmente, por los estrados del tribunal, por el libro de copias o por el boletín judicial, pero que en el presente caso la resolución tiene que ser personal por establecerlo expresamente la ley, además debe tenerse presente que la notificación personal tiene un procedimiento que el notificador debe cumplir para realizarla el mismo se encuentra regulado en el artículo 71 del Código Procesal Civil y Mercantil. El término para notificar se regula en el primer párrafo del artículo 75 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece:

Término para notificar. Las notificaciones deben hacerse a las partes o a sus representantes, y las que fueren personales se practicarán dentro de veinticuatro horas, bajo pena al notificador de dos quetzales de multa, salvo que por el número de los que deban ser Notificados se requiera tiempo mayor a juicio del juez.

En el caso del juicio ordinario de divorcio por causa determinada, el plazo para notificar la primera resolución debe ser el que establece la ley, ello en virtud de que los que deben ser notificados son solamente los cónyuges.

Sin embargo, existe justificación de no poder notificar dentro del plazo de ley, cuando la notificación debe realizarse por exhorto, despacho o suplicatorio, ello cuando corresponda notificar a una persona residente fuera del lugar del proceso. En conclusión, el plazo para notificar la primera resolución en virtud de ser una notificación personal, es dentro de 24 horas de dictada. La primera resolución generalmente contiene varios aspectos importantes dentro de los cuales se indican los siguientes:

Se acepta para su trámite la demanda de divorcio por causa determinada en la vía ordinaria. Se tienen por presentados los documentos que acompañan a la demanda y ofrecidos los medios de prueba relacionados.

Se tiene como abogado director al auxiliante propuesto y como lugar para recibir notificaciones el señalado.

Se previene al demandado señalar lugar para recibir notificaciones dentro del perímetro legal, bajo apercibimiento de hacerlo por los estrados del tribunal.

Se fija una pensión alimenticia provisional a favor de la demandante.

Se señala día y hora para celebrar la junta conciliatoria.

f) Emplazamiento

En sentido amplio consiste en la fijación de un plazo o termino en el proceso, durante el cual se exige el cumplimiento a las partes de una actividad o que se manifiesten dentro del proceso, o como lo designan algunos autores en sentido estricto, el emplazamiento es el plazo que el órgano jurisdiccional otorga a la parte demandada para que adopte una actitud respecto de una demanda, bajo pena de cargar con una consecuencia perjudicial para su interés, por ejemplo, en el caso de la rebeldía. El término del emplazamiento en el juicio ordinario se regula en el artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil, el que establece: “Término del emplazamiento. Presentada la demanda en la forma debida, el juez emplazará a los demandados, concediéndoles audiencia por nueve días comunes a todos ellos.”

g) Actitudes del demandado

Posteriormente a haber sido notificado, y conocedor del emplazamiento intimado por el órgano jurisdiccional, el demandado puede asumir cualquiera de las actitudes reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, para el efecto se menciona lo siguiente:

Rebeldía del demandado

Regulado en el artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece: “Si transcurrido el término del emplazamiento el demandado no comparece, se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se le seguirá el juicio en rebeldía, a solicitud de parte.”

Si el demandado no se apersona al proceso dentro de los nueve días de emplazamiento, se le tendrá por contestada la demanda en sentido negativo, esto trae como consecuencia que ya no puede ofrecer pruebas posteriormente, pues el momento procesal para hacerlo es con la contestación de la demanda.

Otro aspecto de importancia es que, se le sigue el juicio en rebeldía al demandado, pero a solicitud de parte, esto significa que la parte demandante debe hacer el requerimiento respectivo lo que en la doctrina se conoce como acuse de rebeldía, posteriormente el juez debe declarar la rebeldía del demandado y ordenar la continuación del juicio.

Allanamiento

El allanamiento es en el acto procesal que hace el demandado consistente en aceptar las pretensiones formuladas por el actor en la demanda, este se encuentra regulado en el Artículo 115 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece: “Si el demandado se allanare a la demanda, el juez, previa ratificación, fallará sin más trámite.” Sin embargo, el allanamiento dentro del juicio ordinario de divorcio por causa determinada, no produce ningún efecto así se regula en el segundo párrafo del artículo 158 del Código Civil que establece: “No puede declararse el divorcio o la separación con el simple allanamiento de la parte demandada. Asimismo, no es suficiente prueba para declarar el divorcio o la separación, la confesión de la parte demandada sobre la causa que lo motiva.”

Contestación de demanda

La contestación de la demanda es el acto procesal por el cual el demandado responde a los argumentos de hecho y derecho que se han formulado en su contra por parte del actor en su demanda. La contestación de la demanda concede al demandado la oportunidad de formular sus pretensiones, algunos autores consideran que en este momento el demandado ejercita la acción, pero la finalidad de esta es desestimar la demanda, con la contestación de la demanda se fijan los hechos sobre los cuales versara la prueba.

h) Excepciones

Básicamente, al hacer referencia a las excepciones, se ha considerado que con herramientas de defensa para el demandado frente a la acción en su contra, por lo cual, responde a la forma, pretensión o falta de un presupuesto procesal.

Otro punto de vista, ha sido el externado por el autor Giovanni Orellana, quien indica lo siguiente: “Las excepciones son actitudes del demandado frente a la demanda, cuando en ella se ha omitido requisitos esenciales y deben de depurarse, y también sirven para destruir la pretensión del actor o atacan la falta de presupuestos procesales.” (2012, pág. 294)

Excepciones perentorias

Las excepciones perentorias, son aquellos medios de defensa que atacan el fondo del asunto, tratando de hacer ineficaz el derecho sustancial que se pretende en juicio. A éstas también se les denomina excepciones sustanciales. En la práctica estas excepciones consisten en el planteamiento de cualquier alegación que pueda extinguir o anular las pretensiones del actor, es por ello que no pueden enumerarse ni nominarse.

Directamente relacionado con la contestación de la demanda, es el planteamiento de excepciones perentorias, en virtud de ser el momento oportuno para oponerlas, esto regulado en el segundo párrafo del artículo 118 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece: “Al contestar la demanda, debe el demandado interponer las excepciones perentorias que tuviere contra la pretensión del actor. Las nacidas después de la contestación de la demanda se pueden proponer en cualquier instancia y serán resueltas en sentencia.” El Código Procesal Civil y Mercantil, contiene la siguiente clasificación: El Artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil, indica: El demandado puede plantear las siguientes excepciones previas:

1. Incompetencia
2. Litispendencia
3. Demanda defectuosa
4. Falta de capacidad legal
5. Falta de personalidad
6. Falta de personería
7. Falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se haga valer.
8. Caducidad
9. Prescripción
10. Cosa juzgada
11. Transacción Independiente a las excepciones nominadas en el Artículo citado, también es importante, establecer que la ley también regula la excepción de arraigo, sin establecer legalmente

Las excepciones dilatorias

Son aquellas que tienen como finalidad la depuración del proceso en virtud de existir un defecto o carencia de un presupuesto procesal de validez, estas atacan el proceso, no el derecho ni fondo del asunto.

i) Plazos y resolución

Concluidos los nueve días del emplazamiento, debe presentarse un memorial solicitando que se abra a prueba, el juez debe resolver mediante un decreto a más tardar al día siguiente de presentada la solicitud, la resolución se notificará dentro de las 24 horas de emitida, ello en virtud de tratarse de una notificación personal, tal como lo regula el numeral 5° del artículo 67 del Código Procesal Civil y Mercantil el cual establece: “Notificaciones personales. Se notificará personalmente a los interesados o a sus legítimos representantes: 5o. Las resoluciones de apertura, recepción o denegación de pruebas; ...”.

En la resolución referida en el párrafo anterior, el Juez abre a prueba por el plazo de 30 días, este plazo es prorrogable a 10 días más, tal como se establece en el artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil:

Apertura a prueba. Si hubiere hechos controvertidos, se abrirá a prueba el proceso por el término de treinta días. Este término podrá ampliarse a diez días más, cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse las pruebas pedidas en tiempo. La solicitud de prórroga deberá hacerse, por lo menos tres días antes de que concluya el término ordinario y se tramitará como incidente.

Existe también un término extraordinario de prueba regulado en el artículo 124 del Código Procesal Civil y Mercantil el que establece:

Término extraordinario de prueba. Cuando en la demanda o en la contestación se hubieren ofrecido pruebas que deban recibirse fuera de la república y procedieren legalmente, el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, fijará un término improrrogable, suficiente según los casos y circunstancias, que no podrá exceder de 120 días. En cuanto a los plazos de prueba, es necesario mencionar que el término extraordinario de prueba empieza a correr junto con el término ordinario.

Al concluir el término de prueba, el secretario lo hará constar sin necesidad de emitir ninguna resolución, simplemente agregará las pruebas rendidas, dará cuenta al juez que ha concluido el período de prueba.

Además, enterado el Juez que ha concluido el período de prueba, de oficio señalará día y hora para la vista, dentro del plazo que señala la Ley del Organismo Judicial, el cual en el primer párrafo del artículo 142 regula que la vista se verificará dentro de los quince días después de que termine la tramitación del asunto, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes, en cuyo caso se estará a lo dicho en esas leyes.

El juez puede dictar auto para mejor fallar, con la finalidad de practicar ciertas diligencias que coadyuven a dictar una sentencia más apegada a derecho y más justa. Un punto importante respecto del auto para mejor fallar es que no admite recurso alguno, esto evita cualquier retardo que pudiera ocasionarse previo a dictar la sentencia del caso. Las diligencias descritas se practicarán en un plazo que no excederá de 15 días.

La sentencia se dicta dentro de 15 días de efectuada la vista, o de vencido el plazo de las diligencias para mejor fallar, el plazo se regula en el primer párrafo del artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial el cual regula el plazo para resolver las sentencias, y establece que es dentro de los 15 días después de que se termine la tramitación del asunto.

La sentencia deberá notificarse personalmente dentro de 24 horas de dictada, tal y como lo establece el numeral 9º. Del artículo 67 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Notificaciones personales. Se notificará personalmente a los interesados o a sus legítimos representantes: 9o. Los autos y las sentencias; ...”

Al respecto se regula además en el artículo 75 del referido cuerpo legal. “(Término para notificar). Las notificaciones deben hacerse a las partes o a sus representantes, y las que fueren personales se practicarán dentro de veinticuatro horas.”

El divorcio puede ser bilateral, cuando los cónyuges, a través de un proceso ante un órgano jurisdiccional del ramo familia, ventilado en un juicio voluntario, de mutuo acuerdo y llenando el requisito indispensable de haber convivido por más de un año, a partir del momento en que se constituyó el mismo, pueden conseguir una resolución favorable a efecto de dar por concluido el vínculo matrimonial, dándole a su vez la característica de consensual, los cónyuges están de acuerdo en la disolución del vínculo.

Puede ser unilateral cuando uno de los cónyuges interpone una demanda sin que los mismos estén necesariamente de acuerdo en finalizar la unión, o que no estén del todo de acuerdo con las bases del divorcio. En este caso la demanda interpuesta, se tramitará de manera ordinaria ante un juzgado de primera instancia de familia; en esencia el escrito de demanda deberá contener una de las causas contenidas en el artículo 155 del Código Civil de Guatemala.

Caso contrario al del divorcio por mutuo acuerdo, para dicho caso no es necesario que la convivencia sobrepase un año contado desde que se constituyó el matrimonio, sino que la causa que da origen a la demanda sea comprobable y que la persona se interponga la demanda no haya causado la misma.

Finalmente, el proceso de divorcio, ha surgido ante la existencia de la disolución del vínculo matrimonial, especialmente, ante los problemas que se han hecho manifiestos sin que de forma voluntaria pueda existir un consenso, por lo cual, es necesaria la intervención del órgano jurisdiccional para resolver dicha situación, para el efecto, incurren en una de las modalidades del proceso civil, como lo es el proceso de separación o divorcio, por lo que, al existir un litigio, convergen partes procesales, medios de prueba, así como el juez y la resolución de la forma más adecuada de solventar dicho problema, lo cual se ha mencionado desde el punto de vista doctrinario, jurídico y práctico en el presente estudio.

CAPÍTULO III

EFFECTIVIDAD EN LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

3.1. Origen

Con relación a la temática de las notificaciones emitidas por las autoridades judiciales, es importante conocer desde el punto de vista histórico su existencia, por lo cual el autor Petit quien describe lo siguiente:

El vocablo notificación viene de la raíz griega notis, que a su vez proviene de la palabra noscere, que se traduce en conocer de ahí que notificar, es dar a conocer un hecho. La notificación judicial es el acto mediante el cual se da a conocer las formalidades legales, a las partes, a los terceros y a los demás interesados, una resolución para que los actos sucesivos del juicio puedan continuar hasta la decisión o sentencia que ponga fin al proceso que se lleva a cabo. (2007, pág. 12)

Las notificaciones judiciales son aquellos actos procesales cuyo propósito principal es que las partes tomen conocimiento de las resoluciones judiciales a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa en el marco de un debido proceso.

El objeto de la notificación por lo que se ha expuesto, es hacer saber a los interesados lo que se ha resuelto con relación a una petición o un trámite dentro de un proceso, y sin que se le haga conforme a la ley no los obliga ni les afecta en sus derechos. Normalmente el acto de la notificación se ha de verificar por el empleado judicial o con quien corresponda según el caso, sin embargo, en la esfera jurisdiccional tal diligencia la ha de efectuar el notificador o quien sea designado por parte el Juez competente.

Básicamente, desde los inicios de la administración de justicia en Guatemala, se han determinado las funciones de una persona como operador de justicia, denominado notificador, mismo que pertenece al Organismo Judicial y se encarga de entregar las denominadas cédulas de notificación a las partes, existiendo en cada uno de los órganos jurisdiccionales quien desarrolla dicha actividad. Para el caso del juicio ejecutivo en vía de apremio, cuando se plantea la demanda de dicho juicio, es importante conocer que de

acuerdo a la legislación guatemalteca el empleado judicial que notifica dichos procesos de ejecución se le denomina Ministro Ejecutor desde el punto de vista doctrinal.

La importancia histórica del procedimiento formulario consistía en que a partir de ese momento, en el Derecho Romano, el pretor pudo ejercer una influencia saludable haciendo progresar el Derecho romano y corrigiéndolo en cuanto a las ideas de equidad y humanidad.

Conforme el sistema formulario, que corresponde al periodo más floreciente de la jurisprudencia romana, las citaciones para comparecer ante el tribunal se hacían al principio verbalmente y después por escrito. El demandado que se negaba a acompañar al actor o a dar fianza en seguridad de la comparecencia en el día señalado, era multado, y si no comparecía el magistrado ponía al actor en posesión de los bienes del demandado. Por su parte Petit expone:

“En Roma existieron tres sistemas procesales sucesivos que eran los siguientes:

- a) El procedimiento de la legisaciones, hasta la ley ebucia;
- b) El procedimiento formulario, a partir de la ley ebucia;
- c) El procedimiento extraordinario, a partir del reinado de Dioclesiano.” (2007, pág. 13)

La aportación histórica antes desarrollada, expone el inicio de las notificaciones, tomando en consideración que en Roma como principal fuente histórica en la consolidación del derecho, se plantearon litigios en diversas materias y por ende en cada uno de ellos se inició con la notificación verbal y posteriormente con la escrita, tomando en consideración que se desarrolló con gran rapidez las modificaciones al derecho para su efectividad. Es importante observar el panorama respecto a la notificación, tomando en consideración que el administrador de justicia con base en su actividad jurisdiccional, debe emitir diversas resoluciones y por ende las partes deben tener conocimiento de dicha información, para el efecto se inicia el acto de notificación, el cual, se desarrolla en el presente capítulo.

Notificar es hacer saber oficialmente a las partes, las resoluciones de los tribunales, la cual debe tener una constancia de haber entregado y recibido la misma, por lo que no puede considerarse un simple mecanismo para dar noticia de lo que se resuelve, sino el acto cuya consumación marca el momento de los efectos que en relación al tiempo y a las partes están llamadas a producir las resoluciones judiciales.

Por consiguiente, es la forma instrumental de posibilitar el principio de que nadie puede ser vencido en juicio sin antes haber sido citado y oído. La falta de una notificación o el defecto en el modo de llevarla a cabo, puede dar lugar a la nulidad del proceso y es denunciable por vía de casación. De allí que se le revista de las mayores garantías de ejecución y autenticidad.

Ahora bien, el Estado de Guatemala, ejerciendo su jurisdicción otorga ciertas facultades o poderes específicos al órgano jurisdiccional para que éste pueda impartir justicia. Estas facultades o elementos son cinco y se conocen como *notio*, *vocatio*, *judicium*, *coertio*, *executio*.

La *notio* es la facultad que tiene un órgano jurisdiccional que le permite conocer de un asunto, siendo en las diversas ramas del derecho en la cual se deba administrar justicia y resolver un problema con intervención de la autoridad en representación del Estado, incluyendo el ámbito civil al presentarse una demanda.

La *vocatio* es la facultad que tiene un órgano jurisdiccional que le permite llamar o citar a las partes para que comparezcan a juicio.

La *judicium* es la facultad que tiene un órgano jurisdiccional que le permite juzgar, es decir, emitir juicios que decidan sobre el asunto objeto del litigio. Esto está regulado en el Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial.

La *coertio* es la facultad que tiene un órgano jurisdiccional que le permite emplear la fuerza

por medios legales para que una persona actúe como lo solicita el ordenamiento jurídico. Así lo preceptúa el artículo 66 de la Ley del Organismo Judicial.

La executio es la facultad que tiene un órgano jurisdiccional que le permite hacer cumplir una sentencia. Esto de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial, así como lo regulado en los artículos 198 y 209 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, se puede explicar de una manera más adecuada como la notificación procesal se vincula con el accionar del órgano jurisdiccional.

Así, cuando una persona interpone ante un órgano jurisdiccional una querrela, atendiendo al principio dispositivo que impera en el ordenamiento jurídico guatemalteco, el órgano jurisdiccional utiliza la facultad de la jurisdicción llamado *notio*. En otras palabras, puede y debe conocer del asunto, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Respecto al momento exacto en el que la notificación produce efectos jurídicos, existen tres teorías denominadas como teoría de la recepción, teoría del conocimiento y teoría ecléctica.

3.1.1. Teoría de la recepción

La teoría de la recepción establece que la notificación produce efectos jurídicos cuando se ha realizado observando las normas establecidas por la ley. Según esta teoría, lo importante es que se cumpla con la forma, independientemente de que la persona a quien se dirige la notificación se entere del contenido de la misma.

Esta teoría está regulada en el artículo 167 del Decreto 51-92, Código Procesal Penal, así como en el artículo 67 último párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil. En caso de la

notificación electrónica, no hay forma determinada expresamente por la ley, lo que contrasta nuevamente con el derecho de defensa tan cuestionado.

3.1.2. Teoría del conocimiento

La teoría del conocimiento, establece que para que un acto procesal surta efectos jurídicos, es necesario que sea del conocimiento de las partes, independientemente si la notificación cumplió o no con los requisitos legales. Esta teoría está regulada en el artículo 171 del Decreto 51-92, Código Procesal Penal, así como en el segundo párrafo del artículo 71 del Código Procesal Civil y Mercantil. Nuevamente contrasta esta teoría con la notificación electrónica ya que no existe certeza ni seguridad en cuanto a que las partes involucradas en un proceso determinado conozcan el contenido de las resoluciones y decisiones judiciales.

3.1.3. Teoría ecléctica

La teoría ecléctica, que establece que tanto la teoría del conocimiento como la teoría de la recepción se pueden aplicar complementariamente. En mi opinión, esta teoría es la seguida por nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que las teorías de la recepción y del conocimiento están reguladas en el Código Procesal Penal y en el Código Procesal Civil y Mercantil vigentes.

3.2. Definición

Para el efecto, el conocer el aspecto doctrinario con relación a las notificaciones judiciales, permite ampliar a percepción del mismo y analizarlo de forma más concreta, razón por la cual se interpreta que la actuación judicial de la notificación, tiene la finalidad de dar a conocer a los interesados las actuaciones judiciales, misma que Arellano define como:

Es hacer saber a los interesados de un proceso no solo las resoluciones dictadas por el tribunal sino prevenirlas para que hagan o dejen de hacer alguna cosa; es así que se le ha denominado como el hacer saber, con efectos jurídicos, cierto dato al destinatario de la notificación dándole noticia oficial de algo a una persona. (1980, pág. 385)

Lo antes expuesto, hace referencia que la función no solo es notificar, sino en ocasiones prevenir a las partes de alguna situación que les puede ser perjudicial en la resolución del conflicto ante el órgano jurisdiccional, por ende, se recibe dicha información y se tiene por entregada la notificación de una resolución judicial. Además, con el objeto de ampliar su definición, Arellano expone:

El acto procesal ordenado por la ley o por el órgano jurisdiccional, que debe satisfacer los requisitos legales, para notificar oficialmente a las partes un acto procesal; esto indica que es indispensable los elementos personales, el elemento legal de los requisitos para que obtenga validez jurídica el acto y con ello importante resulta que se haga saber a una persona interesada. (1980, pág. 385)

De Pina y Castillo, al referirse a la definición de notificación manifiestan: “La notificación es el acto por el cual se hace saber en forma legal a alguna persona una resolución judicial.” (1976, pág. 324) exponiéndose para el efecto que dicho acto cuenta con un respaldo legal, derivado que es un operador de justicia que lo entrega y la misma es una resolución del juez ante un proceso que conoce.

Asimismo, Schmidt al indicar una definición de notificación expone: “La notificación es el acto material de jurisdicción que consiste en la entrega de un escrito, realizado en forma legal, y hecha constar documentalmente.” (1946, pág. 315) lo indicado por el autor hace mención de un acto material, derivado que se entrega a las partes un escrito, es decir, un documento oficial en el cual se describen actos tanto pasados, presentes y futuros de forma legal con autorización del juez.

Otra interpretación la expone Pallares, de la manera siguiente: “La notificación es el medio legal por la cual se da a conocer a las partes o a un tercero el contenido de una resolución judicial.” (1966, pág. 540) Para Ossorio, una definición de notificación es la siguiente: “Acción y efecto de hacer saber a un litigante o parte interesada en un juicio, cualquiera

que sea su índole, o a sus representantes y defensores, una resolución judicial u otro acto del procedimiento en mencion.” (2000, pág. 650) el aporte del autor, determina el conocimiento a una de las partes del juicio sobre una resolución o acto desarrollado y por ende un respaldo para el órgano jurisdiccional de haber realizado el mismo con el fin de buscar la resolución del conflicto apegado a las normas jurídicas vigentes.

Para el efecto, Couture define a la notificación de la siguiente forma: “Constancia escrita, puesta en los autos, de haberse hecho saber a los litigantes una resolución del juez u otro acto del procedimiento.” (1984, pág. 359)

Dicho aporte, ha sido de gran trascendencia tomando en consideración que lo percibe como una constancia escrita, que permite establecer la existencia de la noticia a cada una de las partes de la resolución del juez, dividiéndolo en el área documental y el área verbal.

Por su parte Cabanellas, define a la notificación de la siguiente manera:

Comunicación de lo resuelto por una autoridad de cualquier índole, es decir, una noticia de actitud o requerimiento particular que se trasmite notarialmente. Para surtir efectos, todas las providencias, autores y sentencias deben notificarse, en el mismo día de su fecha o publicación o al siguiente a las partes en el juicio. (1977, pág. 42)

Lo establecido por el autor, refleja que es un medio de comunicación entre las partes y la autoridad con el objeto de hacer constar lo que se ha resuelto, con base en las peticiones externadas, dando cumplimiento al mandato constitucional de justicia pronta y cumplida.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 regula en el artículo 31 incluido en el capítulo III de los auxiliares del juez; que los notificadores son los encargados de hacer saber a las partes las resoluciones y mandatos del tribunal, así como de practicar los embargos, requerimientos y demás diligencias que se les ordene. Tendrán atribuciones que fije el reglamento general de tribunales. De lo anterior, sobresalen elementos y características importantes como: encargados de hacer saber a las partes las resoluciones y

mandatos del tribunal, practicar embargos, requerimientos y demás diligencias que se les ordene, funciones de auxiliar del juez.

Además, Nájera farfán expresa que notificador es: “El empleado judicial que hace saber oficialmente a las partes, las resoluciones de los tribunales. Y que la notificación es acción de notificar y el documento en el que consta haberse notificado.” (198, pág. 19)

Esencialmente la ley en Guatemala, le atribuye una característica al notificador, como lo es el hacer saber a las partes procesales las resoluciones y mandatos del tribunal, mediante la fe pública con que está revestido. De igual manera la doctrina coincide con ello, pero agrega el concepto de que es una forma oficial de hacer saber la resolución del juez.

3.3. Características

La notificación electrónica, consiste en un sistema de notificación usando medios electrónicos seguros (certificado digital), que permite acreditar la fecha y hora en que se produce la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.

En la actualidad el símbolo de la arroba (@) se ha convertido en la representación del cambio, de una nueva era en cuanto a la comunicación, la información y la forma de vivir de millones de seres humanos. Paradójicamente el correo electrónico se inventó muchas décadas atrás por Tomilson, hoy es uno de los medios de comunicación más utilizado en el mundo; esta tecnología ha tardado mucho en ser aplicada al Derecho.

A continuación, se proporciona una breve explicación de cómo se da esa forma de comunicación, se explican algunas causas por las cuales dicho medio es visto con escepticismo por las autoridades judiciales para ser adoptado como un medio seguro, rápido y barato para realizar comunicaciones procesales.

En muchos aspectos, el correo electrónico ó e-mail (*electronic mail*) es similar al correo postal. Al igual que éste se utiliza para enviar cartas u otra información a gente conocida. Sin embargo, el correo electrónico en lugar de ser repartido a domicilio por un servicio postal (cartero), se envía a través de una red de ordenadores al que utiliza la persona a quien va dirigido.

a) Beneficios al usar el correo electrónico

El correo electrónico no interrumpe su trabajo. En primer lugar, una llamada telefónica interrumpe su trabajo, los mensajes de correo electrónico esperan pacientemente hasta que usted esté listo para ellos. Usted puede responder parcialmente un mensaje y volver sobre él más adelante.

El correo electrónico y el problema de estar reunido. La información se puede reprocesar. Los mensajes intercambiados a través de correo electrónico pueden ser almacenados para su consulta o pueden ser incorporados a otros documentos, una regla básica de la informática es no duplicar el trabajo que ya ha sido hecho.

Se pueden enviar archivos de texto o fotos. Al utilizar el servicio de correo electrónico se pueden enviar de manera adjunta una gran gama de archivos como texto, fotos o bases de datos a tantas personas como se desee. El costo que representa la utilización de medios de comunicación tradicionales como por ejemplo el teléfono es muy superior al que se deriva por utilizar el correo electrónico.

Sobre todo cuando se trata de comunicarse con personas que habitan fuera del estado o del país. Para enviar una cantidad innumerable de e-mails a cualquier parte del mundo sólo se necesita una conexión a Internet y una computadora; en cambio el costo por llamar fuera del país utilizando el teléfono es muy elevado.

b) La encriptación y los problemas de integridad de los documentos legales enviados a través de un medio electrónico

Una de las razones más aducida a aquellos que están contra utilizar Internet como medio para realizar notificaciones judiciales o alguna otra comunicación judicial, tiene que ver con el gran riesgo de que tales documentos puedan ser alterados o vistos por personas no autorizadas, durante el trayecto de la computadora emisora hasta la persona receptora.

Tales argumentos no están fuera de lugar, si se toma en cuenta que ningún correo electrónico es privado; durante el recorrido que éste efectúa a través de la Red se encuentra en un estado muy alto de vulnerabilidad. Dicho correo electrónico tiene que pasar por varios servidores pertenecientes a las empresas que otorgan el servicio de mensajería, por ejemplo: si se tiene una cuenta en *Hotmail* todos los mensajes enviados a través de esta empresa son vistos por los administradores de la misma.

Otro de los riesgos es que los datos pueden ser modificados al enviarse por estos medios. La tecnología ha permitido algunas medidas de seguridad o de autenticación (al momento de ser puestas en un ambiente virtual como el de Internet) sean vulneradas; mas también ha creado herramientas muy poderosas para proteger la integridad de los datos que son enviados.

Las notificaciones electrónicas son aquellas comunicaciones que emite la administración pública y privada utilizando medios electrónicos, tales como el Internet y el correo electrónico. En el campo de la Administración de Justicia, surgen como una alternativa inmediata para lograr que los procesos judiciales que utilicen este medio se desarrollen con una mayor celeridad, economía y seguridad procesal. A través de las notificaciones electrónicas aplicadas al campo de la administración de justicia, los litigantes de un proceso podrán enterarse del contenido de las resoluciones judiciales, desde la comodidad de su hogar, u oficina, sin necesidad de desplazarse a las sedes o domicilios procesales, es decir ahorrando tiempo y dinero.

Para realizar las notificaciones por correo electrónico el Organismo Judicial debe otorgar a los abogados y los litigantes, una cuenta, dirección o casilla electrónica en sus servidores. Estas direcciones electrónicas actuarían como el domicilio procesal, lugar donde se les debe hacer llegar sus notificaciones a los litigantes de un proceso.

A fin de que las notificaciones electrónicas puedan aplicarse en la Administración de Justicia se debe seguir una serie de etapas, siendo la primera, la implementación de un programa piloto en las principales sedes del Organismo Judicial.

En esta primera etapa de implementación de las notificaciones electrónicas, se debe determinar que aquellos litigantes que soliciten se les notifique por correo electrónico, se les notificara por dicha vía y además por cédula. Con respecto al inicio del cómputo del plazo así como los efectos jurídicos de la notificación se determinaría sólo teniendo en cuenta la notificación por cédula, por lo tanto la notificación realizada por correo electrónico, si bien llegaría con mucha mayor rapidez, tendría un carácter meramente informativo.

Esta etapa tendría como objetivo principal sensibilizar a los litigantes, abogados y a los auxiliares jurisdiccionales en el uso de estas nuevas tecnologías, siendo en inicio, una forma opcional y voluntaria de notificación; otro de los objetivos sería analizar en la práctica las ventajas o inconvenientes del sistema de notificación por correo electrónico.

Los avances de la tecnología y la consecuencial implementación de legislación acorde con dichos avances, además de generar la comodidad y bienestar que de ellos se esperan. Luego de que los litigantes, abogados, jueces, auxiliares jurisdiccionales, entre otros. se hallan adaptado a este nuevo sistema de notificación electrónica, en una segunda etapa de este proceso de implementación, las notificaciones realizadas por correo electrónico surtirán todos sus efectos jurídicos para aquellos que soliciten ser notificados por dicho medio, sin que adicionalmente se les deba notificar por cédula.

Es decir, si un litigante a través de su abogado solicita que se le notifique por correo electrónico, se le deberá notificar por dicho medio y será realizada con el mismo valor y eficacia jurídica que una notificación realizada por cédula; con lo cual todos aquellos que opten por este sistema de notificación, no tendrán necesidad de usar cédulas. Todas las notificaciones, para aquellos usuarios que lo soliciten, serán realizadas solamente a través del correo electrónico.

Por tanto, el principal efecto jurídico que tiene la fecha en las notificaciones es la de comenzar la cuenta regresiva de los plazos respectivos que deberán cumplirse antes de dar por adquirido o en su caso, perdido determinados derechos. Esta implicancia de la temporalidad en la vigencia de los derechos es tal que, todo el régimen procedimental nacional o de las provincias se construye sobre parámetros y plazos bajo los cuáles es posible invocar o hacer valer derechos.

Concretamente, el tener toda la razón del mundo, toda la legislación de mi parte, pero si he dejado transcurrir el tiempo puedo perder ese derecho por prescripción, o bien puedo estar impedido de hacerlo valer, por ejemplo, al contestar una demanda vencido el plazo, o incluso puede quedar impune aun habiendo cometido un delito si es que ha prescripto la acción o la pena.

Lo propio puede mencionarse en el ámbito de la autonomía de la voluntad respecto de todos los plazos que las partes puedan libremente pactar en sus contratos. Existiendo por tanto la voluntad y libertad en la emisión del contrato como parte del negocio jurídico.

3.4. Clasificación

Las notificaciones se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, regula lo referente al tipo de notificaciones y por ende son denominadas legales y oficiales. Para el efecto el artículo 66 de la norma procesal civil antes citada, establece que toda resolución

debe hacerse saber a las partes en la forma legal y sin ello no quedan obligadas ni se les puede afectar en sus derechos.

También se notificará a las otras personas a quienes la resolución se refiera. La notificación se hará según el caso:

- 1°. Personalmente
- 2°. Por los Estrados el Tribunal;
- 3°. Por el Libro de copias;
- 4°. Por el Boletín Judicial; y
- 5°. Por Edicto

Asimismo, en materia procesal se regulan la clasificación siguiente:

Notificación en audiencia

La que se realiza en los procesos verbales u orales considerándose realizada después de que un juez pronuncia alguna decisión dentro de un juicio, por lo que es la única notificación que informa directamente el órgano jurisdiccional en forma simultánea a la decisión tomada.

La cual, se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil en el artículo 67 en el numero 9 al determinarse los autos y sentencias.

Notificación por conducta concluyente

La cual tiene relación con la teoría del conocimiento de la notificación. Esta modalidad de notificación se da cuando dictada una providencia por un órgano jurisdiccional sin que esta haya sido notificada, la parte sin notificar interpone algún escrito o memorial en donde se haga alusión a dicha providencia.

Notificación mixta

Se aplica dentro del ordenamiento jurídico. En virtud de esta modalidad de notificación procesal, se le notifica a una parte en forma personal y a la otra por medio de los estrados del tribunal.

Notificación legal:

Existe también una clasificación legal de la notificación para el efecto, se mencionan esencialmente en el artículo 66 el Código Procesal Civil y Mercantil, siendo estas:

- 1°. Personalmente. De conformidad con el artículo 67.
- 2°. Por los estrados del Tribunal. De conformidad con el artículo 68.
- 3°. Por el libro de copias. De conformidad con el artículo 68
- 4°. Por el Boletín Judicial. De conformidad con el artículo 68

Las Notificaciones Electrónicas se realizan generalmente vía Internet, ya sea directamente a través de una página web o por correo electrónico. Observando por tanto, la incidencia de las herramientas electrónicas e informáticas en la actualización de los escenarios en los que se desenvuelve una actividad del ser humano.

Notificaciones a través de una página Web

Consisten en aquellas notificaciones realizadas poniendo a disposición de los usuarios, a través de una página web en Internet, las resoluciones que emite una determinada entidad. Sin embargo, este sistema no ofrece una debida confidencialidad, pues cualquier usuario, ingresando a la página web de dicha entidad, puede enterarse del contenido de las notificaciones publicadas en dicha página web.

Notificaciones realizadas a través del correo electrónico

La notificación por correo electrónico es aquella comunicación dirigida a los domicilios o direcciones electrónicas de los usuarios. Estas direcciones o casillas electrónicas son las direcciones electrónicas procesales de las partes y constituye la residencia habitual, en la red de Internet, de la persona. Al respecto cabe aclarar que cuando enviamos un mensaje a una dirección de correo electrónico, como por ejemplo usuario@law.com, lo que estamos haciendo en realidad es enviar dicha información a un servidor, en este caso al servidor de law.com, donde el mensaje es almacenado. Los usuarios posteriormente tienen acceso, desde Internet, a la lectura de sus mensajes, sólo cuando hayan ingresado un nombre de usuario y una contraseña determinado.

Sin embargo, es recomendable que estas casillas electrónicas sólo deberían ser utilizadas para recibir las notificaciones judiciales, según el autor Núñez, evitando de esta manera que: La dirección electrónica puede estar disponible a nivel mundial para que a capricho o antojo de terceros envíen infinidad de comunicaciones sobre las cuales el propietario del correo no tiene control ni está interesado en recibir. (2013, pág. 7)

Notificar es hacer saber oficialmente a las partes, las resoluciones de los tribunales. Notificación es la acción de notificar y el documento en que consta haberse notificado. Es el acto de comunicación por excelencia. No un simple mecanismo para dar noticia de lo que se resuelve, sino el acto cuya consumación marca el momento de los efectos que en relación al tiempo y a las partes están llamadas a producir las resoluciones judiciales.

Sobre todo, es la forma instrumental de posibilitar el principio de que nadie puede ser vencido en juicio sin antes haber sido citado y oído. La falta de una notificación o el defecto en el modo de llevarla a cabo, puede dar lugar a la nulidad del proceso y es denunciable por vía de casación. De allí que se le revista de las mayores garantías de ejecución y autenticidad.

Siendo indispensable observar dichas formas, frente a las realidades y contextos que las sociedades actuales deben adaptarse, considerando la constante evolución del ser humano y la ciencia misma, por tanto, la inobservancia genera retrocesos y rezagos considerables a nivel general.

3.5. Regulación legal

Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial

Como consecuencia de la utilización y ventajas del uso de la tecnología moderna aplicada a la actividad judicial, también se realizaron diversos esfuerzos desde el Organismo Legislativo y para el efecto el Congreso de la República emitió el Decreto 15-2011 que contiene la Ley Reguladora de la Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial y el Contenido es el siguiente:

Artículo 1. En todos los procesos judiciales y asuntos administrativos que se tramiten en el Organismo Judicial, además de las formas de notificación reguladas en la ley, se podrá notificar a las partes, sus abogados e interesados, en la dirección electrónica previamente constituida. La adhesión al sistema de notificaciones electrónicas de las partes, sus abogados e interesados es voluntaria y deberá ser expresa, para lo cual el Organismo Judicial elaborará y facilitará los formularios de adhesión respectivos.

La normativa antes mencionada, determina la posibilidad de notificar a los sujetos procesales, así como a los abogados y personas interesadas mediante medios electrónicos, para lo cual, previamente debe ser constituida una dirección correspondiente, debiendo elaborarse y facilitarse los formularios respectivos.

Artículo 2. Las notificaciones realizadas a través de medios electrónicos, tendrán los mismos efectos y validez que las realizadas conforme las normas procesales correspondientes.

Para el efecto, la realización de notificaciones electrónicas, tendrán efecto y validez similares a las reguladas en el ordenamiento jurídico procesal, es decir, la certeza jurídica de las mismas, deberá contener todos los requisitos de forma y de tiempo correspondientes.

Artículo 3. No podrán notificarse en la dirección electrónica constituida, las resoluciones que, por disposición de otras leyes, deban notificarse en forma personal.

De manera excepcional, la normativa antes citada, limita la notificación electrónica a través de diferentes resoluciones que por disposiciones legales en otros ordenamientos jurídicos deban notificarse en forma personal, siendo esta una forma de dar cumplimiento a lo relativo de las notificaciones personales, en los siguientes términos:

Artículo 4. Con el fin de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso, la Corte Suprema de Justicia debe implementar mecanismos tecnológicos que brinden a los usuarios de las notificaciones electrónicas, certeza en cuanto a la autenticidad e integridad de las resoluciones judiciales y administrativas que se notifiquen, así como también en cuanto a la fecha y hora de la realización de las mismas.

Le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, garantizar el derecho de defensa y el debido proceso, debiendo para el efecto implementar los mecanismos tecnológicos que constituyan certeza jurídica respecto a la autenticidad e integridad de las resoluciones judiciales, particularmente en dos aspectos fundamentales como lo es la fecha y hora de la realización de las mismas.

Artículo 5. La Corte Suprema de Justicia deberá implementar de forma gradual las notificaciones electrónicas, para lo cual deberá crear un plan de ejecución dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la vigencia de la presente Ley y emitirá el reglamento correspondiente para su correcto uso y funcionamiento.

Le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la implementación en forma gradual del sistema de notificación electrónica, debiendo planificar, programar y ejecutar a partir de cuarenta y cinco días de la vigencia de la presente ley y su reglamento, las disposiciones contenidas y funcionamiento de las mismas.

Artículo 6. Este Decreto cobrará vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario de Centro América, órgano oficial de la República de Guatemala.

Respecto a la vigencia, de la Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial, el citado artículo dispone que la misma entrara en vigencia un día después de su publicación en el Diario de Centro América.

Situación que se observa como el punto de inicio a establecer para que se promuevan los efectos sustanciales a los procedimientos con el objeto de la modernización de la actuación judicial y de la actividad asesora de los profesionales del derecho que deben observar y adaptarse a dichos mecanismos tecnológicos de gran utilidad.

Reglamento de la Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial

De conformidad con el Acuerdo 11-2012 de la Corte Suprema de Justicia, el objeto del Reglamento de la Ley arriba indicada, es el establecimiento del sistema de notificaciones electrónicas, en los procesos judiciales, debiendo para el efecto promover el plan de ejecución de las mismas en forma gradual por parte de la Corte Suprema de Justicia, por tanto, al momento de crear una norma jurídica, sustenta un objeto y se incorpora, para este caso en el artículo uno, que responde a las acciones que darán cumplimiento a un plan de ejecución previamente establecido por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, se establece la obligatoriedad por parte de la Corte Suprema de Justicia, así como del Organismo Judicial para que en forma conjunta y de conformidad con los lineamientos establecidos en el plan de implementación se dé la efectividad del mismo a nivel nacional. Determinando por tanto que los usuarios serán toda persona individual o jurídica y las entidades estatales, autónomas y descentralizadas, quienes de forma voluntariamente se puede incorporar al Sistema de Notificaciones Electrónicas, debiendo consignar los datos requeridos en el formulario de adhesión proporcionado por el Organismo Judicial y facilitar la dirección de correo electrónico, en la cual recibirán el aviso de ingreso de las notificaciones enviadas a su casillero.

Para el efecto, toda persona individual o jurídica, podrá adherirse en forma voluntaria al sistema de notificaciones electrónicas, para lo cual es indispensable facilitar la dirección de correo electrónico en la cual recibirán el aviso de ingreso a su correspondiente casillero.

Respecto al registro, los usuarios deberán realizar el mismo en los centros de servicios auxiliares o administrativos de gestión penal y cuando haya dos o más de los mismos, le corresponderá a la Corte Suprema de Justicia, deberá designar quien efectuara dicho registro y como consecuencia de ello, una vez establecido de registro, se deberá de remitir a la unidad de servicios de gestión tribunalicia o en su defecto a la delegación regional para el control correspondiente. Por tanto, se generan accesos mediante las gestiones específicas de informática y tecnología, para el efecto, se ha establecido dentro de dicho reglamento de la manera siguiente:

Artículo 4. Acceso. El personal de los referidos centros, será el responsable de entregar inmediatamente a los interesados el usuario y contraseña que les permita acceder al Sistema de Notificaciones Electrónicas. Asimismo, velarán por el correcto ingreso de los datos generales necesarios para la identificación de los usuarios.

Una vez que se haya accedido al Centro correspondiente, le corresponderá al personal de dichos centros la entrega en forma inmediata al usuario y la contraseña con la finalidad de poder acceder al sistema de notificaciones electrónicas, debiendo verificar los datos de identificación personal de los usuarios.

La adhesión correspondiente al sistema de notificaciones electrónicas, es en forma gratuita y voluntaria, para lo cual deben consignar en el formulario correspondiente los datos de identificación personal, así como la firma legalizada de dicha aceptación de las correspondientes condiciones de la prestación del servicio judicial.

Para el efecto, se regula la responsabilidad en el titular del usuario y contraseña, pues únicamente a él le corresponderá el uso, sin embargo, si un tercero lo llega a realizar, la responsabilidad será de carácter personal para quien este inscrito.

Artículo 7. Del lugar para recibir notificaciones. Las partes, sus abogados y cualquier persona con interés en el expediente judicial, una vez adheridos al Sistema de Notificaciones Electrónicas, podrán señalar expresamente en cada proceso la dirección electrónica para ser notificados y a partir de ello, todas las notificaciones realizadas de conformidad con este Reglamento, tendrán plena validez. Las partes procesales podrán señalar como lugar para recibir notificaciones, las direcciones electrónicas de sus abogados directores.

Les corresponde a los sujetos procesales, así como a cualquier persona con interés en un expediente judicial, siempre y cuando se encuentre adherido al sistema de notificación electrónica, señalar en la tramitación del cada proceso, la dirección de la misma, con la finalidad de ser notificado y para el efecto, todas las siguientes notificaciones se harán por esa vía, teniendo plena validez. Dando respuesta a la actividad de notificación, el reglamento en mención, establece lo siguiente:

Artículo 8. Notificación. Las notificaciones se tendrán por efectuadas el día y hora en que sean puestas en el casillero de la dirección electrónica previamente constituida por el interesado y se realizarán en la jornada de trabajo actualmente establecida, con excepción de los casos que, según la materia, tengan una disposición especial. Para el cómputo de los plazos legales, se estará a lo que disponen las normas procesales aplicables.

Respecto al cumplimiento en materia de día y hora de las notificaciones electrónicas, estas tendrán efecto procesal a partir del momento en que se ingresen al casillero respectivo de la dirección constituida por el interesado en la jornada de trabajo judicial.

Respecto a los requisitos que deberá contener el acta de notificación, entre los principales se deberá consignar la identificación del proceso, fecha y hora en que se realiza la notificación, nombres y apellidos del destinatario, así como la identificación del órgano jurisdiccional que la emitió, además de la fecha y descripción de la misma, dejando constancia del acto procesal realizado y la firma electrónica del auxiliar judicial que la envió, observando por tanto el artículo 9 del reglamento en mención.

Además, deberá dejarse constancia por escrito en el expediente, mismo que deberá firmado por el notificador, así como el sello del tribunal.

Artículo 10. Documentos que deben adjuntarse. En el caso de notificaciones que deban practicarse acompañadas de documentos, las resoluciones se notificarán en el casillero electrónico señalado, indicando que en el órgano jurisdiccional o sede administrativa que emitió la resolución, quedarán a disposición del interesado las copias correspondientes. La notificación se tendrá por efectuada en el momento en que el interesado retire las copias del tribunal o dependencia administrativa, dejando constancia del acto en el expediente. Si el retiro no se produce dentro del plazo de tres días, contados a partir del día siguiente a aquel en que estuviere disponible la notificación electrónica en el casillero del interesado, la notificación se tendrá por efectuada al vencer dicho plazo. En los juzgados que cuenten con el equipo, deberán escanear todos los documentos que ingresen. En el caso donde se encuentre operando el Sistema de Gestión de Tribunales, los documentos escaneados deberán ser anexados al expediente electrónico. Los documentos escaneados que formen parte de la cédula de notificación, deberán adjuntarse a la misma al momento de realizar la notificación por medios electrónicos.

Una vez efectuada la notificación electrónica, se deberán acompañar los documentos correspondientes, es decir, las resoluciones que contenga la misma y se deberán notificar en el casillero electrónico, siendo requisito indispensable consignar el órgano jurisdiccional que emitió la resolución.

Artículo 14. Dirección electrónica. Los órganos jurisdiccionales a partir de la implementación del Sistema de Notificaciones Electrónicas, deben notificar en la dirección electrónica consignada por las partes, sus abogados y cualquier persona con interés en el proceso judicial o administrativo, conforme a las normas procesales aplicables, siempre y cuando haya sido solicitado expresamente.

Una vez que se haya implementado el sistema de notificación electrónica, deberá hacerse saber al usuario y abogados con interés en el proceso judicial, siempre y cuando haya sido solicitado expresamente.

Importante señalar que las disposiciones contenidas en el Reglamento analizado, no serán aplicables cuando contravengan principios y normas en materia penal, con la finalidad de dar cumplimiento a todos los derechos que le asisten al procesado y a sus abogados respectivamente.

Uno de los motivos fundamentales de la modernización del sector justicia, es la creación e implementación de las notificaciones por medios electrónicos, con la finalidad de la

aplicación y utilización de la tecnología vinculada en toda la actividad judicial, para el efecto, las disposiciones legislativas y judiciales se encuentran vigentes, así como las correspondientes funciones y atribuciones al personal judicial y para el correspondiente cumplimiento se promovió la adhesión al sistema de gestión de tribunales en forma voluntaria y gratuita y de esta manera los interesados particularmente abogados, puedan incorporarse no solo al sistema sino también a la tecnología y que las resoluciones judiciales puedan ser notificadas en forma electrónica.

El funcionamiento de la notificación electrónica, ha sido bastante aceptado, pues es un mecanismo jurídico-procesal y tecnológico para hacer constar el contenido de una resolución judicial y en ese orden promover la agilización de los procesos para el fortalecimiento del sector justicia en dicha materia, así como, crear en forma progresiva las bases del fortalecimiento de un estado de derecho y de esa manera, la Corte Suprema de Justicia, mediante la emisión de acuerdos y el Organismo Judicial en la aplicación práctica de las disposiciones sustantivas y adjetivas, puedan dar cumplimiento al mandato constitucional de administrar justicia pronta y cumplida.

Con la implementación de la notificación electrónica, también se va involucrando a los profesionales del derecho en el uso y aprovechamiento de la tecnología para conocer las ventajas de dichas herramientas por medio informático, debiendo para el efecto capacitarse para conocer, entender y aplicar dicho uso durante la tramitación de los procesos, para conocer las ventajas de la implementación por parte del Órganos Jurisdiccional y de esta manera mantener una constante comunicación en materia de notificación por medios electrónicos.

Sin embargo, como es habitual en el sistema jurídico guatemalteco, en muchas oportunidades se crean e implementan mecanismos por parte de la Corte Suprema de Justicia y Organismo Judicial, con la finalidad de agilizar los procesos judiciales y por ende la búsqueda de la eficacia y eficiencia, siendo esto uno de los mayores requisitos de los usuarios, como consecuencia de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, la mora judicial que indudablemente se realiza por diversas causas, particularmente por la emisión de las diferentes resoluciones judiciales en forma escrita, que es un requisito indispensable de toda actuación judicial, para el efecto, a pesar de la existencia y comprobación de diversas ventajas es importante señalar que en oportunidades la implementación de las notificaciones electrónicas, ha causado repercusiones en dicho sector judicial, donde la afectación es para el órgano jurisdiccional como para los procesos y abogados, sean estos particulares o públicos respectivamente.

Durante el desarrollo de diligencias y audiencias procesales en materia civil, también se han presentado inconvenientes que indudablemente afectan la labor de los funcionarios judiciales entre los que se encuentran fallas de energía eléctrica, desperfectos en el sistema de grabación, así como la indicación de algunos sujetos procesales, respecto a que no recibieron la correspondiente notificación en el día y lugar oportuno, generando de esta manera diversos inconvenientes para la comparecencia y actuación judicial respectiva.

También es indispensable hacer constar que el interior de la república, también existe carencia de equipo y conocimiento informático por parte de los abogados, pues muchos de ellos no tuvieron la oportunidad en su momento de conocer, estudiar y aplicar la tecnología y por ende las dificultades que se manejan en el equipo de cómputo, lo que también, a pesar de ser voluntaria y gratuita la incorporación a las notificaciones electrónicas.

Algunos de ellos prefieren recibir la notificación de forma documental, pues perciben que así dicho documento cuenta con certeza jurídica y en ocasiones se encuentran fuera del perímetro urbano, derivado que se presentan fallas en el sistema eléctrico, fallas en el sistema electrónico y limitaciones en las comunidades que les impiden de conocer de las notificaciones.

Problemática en las notificaciones realizadas por cédula

Surgen varios inconvenientes o problemas en las notificaciones realizadas por cédulas, entre ellas se encuentran la lentitud, encarecimiento e inseguridad del proceso judicial; a continuación se detallan:

Lentitud del proceso

Las notificaciones realizadas por cédula tardan mucho en llegar a los domicilios reales o procesales de las partes; por otro lado, los litigantes deben invertir un tiempo adicional para dirigirse a los juzgados a fin de enterarse del contenido de sus notificaciones. El problema de la lentitud del proceso influye a que los litigantes tengan un concepto negativo de la administración de Justicia.

Encarecimiento del Proceso

Uno de los factores que influyen en el encarecimiento del proceso es el costo que implica desplazarse desde un lugar a otro utilizando medios de transporte. Otro factor que influye en dicho encarecimiento es el empleo del papel en la elaboración de las cédulas. La utilización del papel no sólo suele producir daño a la ecología sino que además está demostrado que el papel no es un medio idóneo para acceder y transmitir grandes cantidades de información jurídica de una manera rápida y a un bajo costo; objetivos que sí se lograrían con el uso de la informática.

Es por ello que se debe asumir como radicalmente obsoleto, caro e ineficiente el uso del soporte papel, que en la actualidad amenaza con sepultar a los tribunales bajo toneladas de expedientes. La eficacia del manejo informático de grandes volúmenes de información está fuera de toda duda puesto que para eso fue creada la informática.

Inseguridad del Proceso

Tomando en consideración que las notificaciones por cédulas se deben hacer presencialmente, en muchas ocasiones se observa como inseguro tanto por la susceptibilidad que existe de alterarse o en su caso no realizarse, o por situaciones de inseguridad social que puedan afectar la actividad, por tanto, se deben establecer mecanismos que permitan observar la integridad y confidencialidad de los documentos, siendo por tanto las notificaciones.

Una vez que el órgano jurisdiccional recibe la demanda y está a llenado los requisitos exigido por la ley, se procede a lo interno del juzgado, a dar cumplimiento con lo establecido en las disposiciones adjetivas vigentes en Guatemala, como lo es dar a conocer a la parte demandada y demás partes que intervienen del contenido íntegro de la misma y estos pueden ejercer los derechos que le asisten a la contestación de la demanda. Hace mucho tiempo, las notificaciones se elaboraban y notificaban manualmente, para lo cual cada uno de los órganos jurisdiccionales contaba con uno o varios notificadores quienes, realizaban dicha función de conformidad con la ley.

Existen una serie de ventajas del uso de la notificación electrónica por medio del correo electrónico. Entre las más notables podemos mencionar la rapidez con que se efectúa, ya que sólo son necesarios unos segundos para que el mensaje se traslade al buzón electrónico de la persona que se pretende notificar.

También es notable el factor económico que representa el correo electrónico. Dado que el costo de cada envío por medio de un correo electrónico no depende de la distancia que recorre, es posible enviar correos electrónicos a cualquier destinatario en cualquier parte del mundo. Debido a que no es necesario un gran conocimiento informático para poder efectuar dichas notificaciones, se logra una eficiencia impresionante respecto a otros métodos de notificación, ya que se realiza una mayor cantidad de envíos en menor tiempo.

Es importante hacer notar que en las notificaciones electrónicas realizadas a través del correo electrónico se pueden enviar no sólo textos, sino también cualquier otro medio de comunicación, tal como imágenes, gráficas, sonidos, etc.

Al analizar las posibles desventajas de la notificación electrónica realizada por medio del correo electrónico, se llega a la conclusión de que la más importante es la posibilidad de fallas en el envío. Estas fallas constituyen errores que no permiten que un correo electrónico enviado alcance al buzón electrónico de su destinatario. En general, es posible que el sistema informático del tribunal detecte esta situación, pero esto tiende a generar un poco de dudas sobre la seguridad jurídica que inspira este medio.

Cuando se alude a los efectos jurídicos que derivan de la notificación procesal en el correo electrónico, lo que se pretende es analizar la validez y repercusiones que esta tendría en caso de implementarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Debido a esto, se debe perseguir que esta modalidad de notificación personal tenga la misma validez jurídica que cualquier otra modalidad de notificación contenida en la ley, ya sea esta la personal, por edictos, por boletín judicial o por el libro de copias. De conformidad con lo anteriormente expuesto, el primer efecto jurídico que se analizará será el cómputo de los plazos dentro de un proceso civil.

Es importante aclarar, que aunque la notificación procesal en la dirección electrónica estuviera regulada en la ley, aún así sería necesario realizar la notificación personal por los medios que actualmente están establecidos en el ordenamiento jurídico.

Al analizar los elementos que deben concurrir en esta modalidad de notificación para que surta efectos jurídicos, inmediatamente se llega a la conclusión que de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, es necesario que la notificación por correo electrónico contenga los mismos elementos que se señalan para la cédula de notificación.

En el artículo 72 del Código Procesal Civil y Mercantil se establecen elementos que son necesarios tanto para la notificación por cédula como para la notificación en el correo electrónico. Específicamente nos referimos a la identificación del proceso, fecha y hora de la notificación, el nombre y apellido de la persona a quien se entregue la copia de la resolución y la del escrito, en su caso; la advertencia de haberse entregado o fijado en la puerta, la firma del notificador y el sello del tribunal o del notario en su caso.

Sin embargo, en la notificación en el correo electrónico concurren ciertos elementos que no son necesarios en las otras modalidades de notificación. Estos elementos están relacionados con el hecho de que la informática presta sus servicios al mundo del Derecho. Debido a lo anteriormente expuesto, los elementos especiales de la notificación en el correo electrónico son:

a. Domicilio virtual:

Tomando en cuenta que el domicilio es el lugar en el que una persona ejerce sus derechos y obligaciones, el domicilio virtual tendría esta misma característica dentro de un proceso civil, es decir, que sería el lugar que una persona señalaría para ejercer sus derechos y obligaciones que le asisten dentro de un proceso. En este sentido, el domicilio virtual estaría constituido por la dirección de correo electrónico propuesto por la parte interesada.

b. Confirmación de recepción

Este elemento es necesario para garantizar el principio de seguridad jurídica que debe existir en todos los procesos. La confirmación de recepción consiste en un sistema informático que permite que los notificadores en la sede del tribunal que realiza la notificación conozcan la fecha y hora exacta en que la notificación fue recibida en la dirección electrónica a la que se dirige. Incluso es posible, por medios informáticos, saber cuándo ha sido leído un correo electrónico.

Es importante hacer notar que para que la confirmación de recepción pueda ser viable en nuestro ordenamiento jurídico es necesario el asesoramiento del tribunal por parte de una entidad especializada en informática.

c. Optatividad

Dado que el uso de las computadoras y de la Internet no está debidamente masificado en Guatemala, es necesario ser congruentes con la realidad nacional y mantener como opción a la notificación por correo electrónico. Es decir, que la parte que así lo requiriere ante el órgano jurisdiccional competente podrá ser notificada de esta forma, independientemente de la otra parte.

d. Constancia de haber notificado de esta forma en el expediente escrito

Esto en primera instancia parece ser poco útil o redundante debido a que la notificación por medio de cédula sigue vigente y consta como prueba de la notificación. Pero cuando se analiza más detenidamente, es posible darse cuenta de que en realidad si se solicita y se presta un servicio de notificación en el correo electrónico de una persona, debe de garantizarse dicho derecho por parte del juzgado para no incurrir en anomalías.

Además, debido a que una de las partes se puede dar por notificada, es necesario que conste en con exactitud la fecha a partir de la cual que se puede dar por notificada, ya que debe de haber congruencia entre la resolución y la facultad de darse por notificado según el Código Procesal Civil y Mercantil.

La implementación de la notificación, en el correo electrónico dentro del juicio civil guatemalteco, deriva en un ahorro de tiempo y dinero a los sujetos del proceso, puesto que las partes son notificadas en un plazo menor, a la vez que el órgano jurisdiccional realiza una mayor cantidad de notificaciones procesales en menos tiempo y sin trasladarse al domicilio de las partes.

Para poder efectuar la notificación en el correo electrónico, dentro del proceso civil guatemalteco, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, es requisito que, en forma paralela a la misma, el órgano jurisdiccional continúe notificando en la dirección física de las partes o terceros interesados, debido a la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad.

Mediante la implementación de la notificación en el correo electrónico, se satisfacen las teorías del conocimiento y de la recepción de la notificación, toda vez que por medios informáticos es posible determinar con exactitud, cuándo se recibió una notificación en el buzón electrónico, así como el momento en que se abrió el archivo que contiene la comunicación que se pretende notificar.

Se debe de implementar la notificación en el correo electrónico dentro del juicio civil guatemalteco, a través del Congreso de la República de Guatemala, dada la necesidad de los sujetos procesales de ahorrar tiempo y dinero, debido a la gran eficiencia en el trabajo del órgano jurisdiccional al realizar una mayor cantidad de notificaciones procesales en un menor tiempo.

Con el objeto de cumplir con el principio de legalidad que rige el ordenamiento jurídico guatemalteco, el órgano jurisdiccional encargado de realizar las notificaciones procesales en la dirección del correo electrónico, en forma paralela debe continuar notificando en la dirección física de las partes o terceros interesados, de conformidad con la ley civil guatemalteca.

CAPÍTULO IV

LIMITACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PROCESO DE DIVORCIO EN GUATEMALA Y SU INCIDENCIA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

4.1. Aspectos generales de la modernización del sector justicia

Inicialmente, resulta de gran importancia el establecer que cada una de las Administración Públicas, es decir, el gobierno central, sufre diversos cambios con el pasar del tiempo, los cuales, son reflejo de la búsqueda de responder a las necesidades sociales.

Para el efecto, es importante establecer cuáles son las instituciones que conforman el sistema de justicia, como parte del engranaje del sector justicia, es importante conocer las principales instituciones que lo conforman, con el objeto de determinar sus funciones y atribuciones específicas en beneficio de la administración de justicia en Guatemala.

4.1.1. Ministerio Público

De conformidad con el artículo 251 de la Constitución Política de la República, dicha institución es considerada auxiliar de la administración pública y de los tribunales, con funciones eminentemente autónomas, son diversos los fines que se le asignan al Ministerio Público, sin embargo, uno de los principales es velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

Además, para el funcionamiento de dicha institución, se aprobó por parte del Congreso de la República el Decreto 40-94 que contiene la Ley Orgánica del Ministerio Público, que también le asigna a dicha institución, funciones de carácter investigativo, así como, es la encargada de la persecución penal de todo hecho delictivo cometido en Guatemala.

Para el efecto, la institución antes indicada, desarrolla sus actividades conforme su estructura organizacional, generalmente a través de las diversas fiscalías, teniendo además el equipo de investigación, así como el personal adecuado a nivel nacional por el cumplimiento de sus fines. Asimismo, en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, se regulan las diferentes funciones, atribuciones e intervenciones que le competen en el ámbito procesal a dicha institución, particularmente en la tramitación del proceso penal.

4.1.2. Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público fueron separados en distintas instituciones, sus funciones son diferentes, designándole al Ministerio Público ejercer la acción penal pública y ser ente auxiliar de los tribunales de justicia y de la administración pública, y a la Procuraduría General de la Nación le fueron asignadas las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales, así como ejercer la personería del Estado a través del Procurador General de la Nación, y otras funciones que se encuentran dispersas dentro de la legislación nacional y que son de diversa naturaleza ya sea materia penal, laboral, administrativa, constitucional, notarial, civil y familia.

A través de los años la Procuraduría General de la Nación ha ido creciendo tanto en sus funciones, como su cobertura, en el año de 1996 se crearon Procuradurías Regionales, en el sur occidente funcionando en los departamentos de Quetzaltenango, Mazatenango, San Marcos, Huehuetenango, Quiché, Sololá. Son las que hacen una labor muy importante en cada departamento, sin embargo, por falta de presupuesto fueron cerradas en el año 2002. En el año 2003 fueron nuevamente abiertas contando cada una de ellas con un delegado, auxiliares jurídicos y una secretaria para atender al público.

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 de los organismos de Estado, ejerciendo la representación del Estado de Guatemala.

4.1.3. Instituto de la Defensa Pública Penal

El Instituto de la Defensa Pública Penal, fue creado en 1997, luego del compromiso adquirido por el Estado en los Acuerdos de Paz, donde se estableció la necesidad de contar con un órgano autónomo que asumiera la efectiva defensa de los ciudadanos.

Antes del establecimiento de este Instituto, la defensa era asumida por los Bufetes Populares de las universidades del país. La importancia del Instituto de la Defensa Pública Penal en el sistema de justicia, es fortalecer el Estado de derecho y la justicia social, garantizar la protección legal de las personas que son perseguidas penalmente por el órgano acusador, toda vez que hace valer el mandato legal establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, los Acuerdos de Paz e instrumentos Jurídicos internacionales en materia de derechos humanos.

La institución pretende ser la entidad capaz de brindar un servicio técnico, responsable y efectivo, a través de su defensor público de planta o de oficio, quienes desempeñan un rol importante en el sistema legal, facilitan a toda persona el acceso a la defensa penal gratuita, especialmente, a quien se le atribuye la comisión de un delito y no posea la capacidad de pago para contratar los servicios profesionales de un abogado particular y por supuesto no cualquier asesoría o representación legal, sino el mejor servicio que se pueda ofrecer y que el Estado de Guatemala está en la obligación de proporcionar.

El Instituto de la Defensa Pública Penal tiene como objetivo principal, garantizar a toda persona señalada de cometer un ilícito penal una adecuada defensa, desde el momento de su aprehensión, asistir gratuitamente al imputado, a través de un servicio oportuno y permanente.

Dicha función desarrollada mediante el auxilio técnico de un abogado defensor que lo asiste en el desarrollo del proceso penal, sean estos mayores o menores de edad, sindicados de haber cometido un delito o falta, asimismo, garantizar entre otros, el principio de legalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

4.1.4. Procuraduría de los Derechos Humanos

La institución del Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala, nace como parte de la Constitución Política de la República que fuera decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en el mes de mayo de 1985; acontecimiento que convirtió al país en el primero de América Latina en dar un paso tan importante en materia de derechos humanos.

No solo por la creación propiamente de la figura del Procurador, sino también por el carácter constitucional de que fue investido. Para el efecto el autor García Laguardia y Balsells Tojo exponen:

Este proceso de creación de la Institución, que se vio influenciado en forma significativa por el éxito alcanzado por el Ombusman – palabra que viene del sueco Imbud que significa representante, comisionado, protector, mandatario – y por el Defensor del Pueblo, en los países de Suecia y España, respectivamente, a partir de los años de 1809 y 1978 – años de su creación –, tuvo como principal antecedente histórico a nivel nacional, en una de las primeras reuniones de las jornadas constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala en el mes de mayo de 1984, en las que se discutían las bases para la formulación de la nueva Constitución que finalmente entró en vigencia en enero de 1986. (1997, pág. 32)

Por lo cual, la figura política ha ido transformándose con el objeto de buscar la protección de los derechos humanos de la colectividad, lo cual, se ha visto señalado de inoperante por la falta de efectividad en sus acciones y la politización por no incidir de forma directa en las instituciones únicamente generando recomendaciones institucionales.

4.1.5. Policía Nacional Civil

La Policía Nacional Civil se encuentra destinada a remover los peligros que amenazan el desenvolvimiento individual y colectivo de la sociedad, debe en su acción conformarse a la naturaleza, el grado y la índole del peligro de que se trate, y de ahí que en cada caso deba conocer la naturaleza, la cantidad y la calidad del peligro que debe prevenir o vencer. Al respecto, Jorge Mario Castillo señala que policía es: “un conjunto de medidas coactivas que utiliza la administración pública con la finalidad de que el particular ajuste sus actividades al bien público o bien común.” (2006, pág. 560)

Es obligación de la Policía Nacional Civil, velar porque la población cuente con una mejor seguridad, y que estas puedan estar en un país como es el caso de Guatemala, con mejor seguridad en las calles. Siendo este un derecho fundamental de cada ciudadano. El tratadista Manuel Ossorio al referirse al concepto de policía indica que es: “Cuerpo que mantiene el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos a los que ampara la legislación vigente.” (2000, pág. 736)

Por lo tanto, las funciones de un cuerpo de policía siempre se encuentran relacionadas con el mantenimiento del orden público y la represión del delito por lo que en toda sociedad democrática su actuación debe guardar un equilibrio escrupuloso entre los poderes que inevitablemente se le conceden y el derecho del ciudadano a ser protegido contra cualquier exceso o abuso de dichos poderes.

4.2. Integración del sistema de administración de justicia

La integración del Organismo Judicial como máximo exponente del sistema de justicia y con la atribución constitucional de su administración, se adecua de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Judicial, el Reglamento y Políticas Internas. El Organismo Judicial se divide en dos grandes áreas, las cuales son de acuerdo a sus funciones, dentro de las cuales se pueden mencionar:

4.2.1. Área Administrativa

De acuerdo a lo que corresponde al área administrativa, según su organización, se encuentran:

a) Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia le corresponden las funciones tanto administrativas como jurisdiccionales. Se encuentra integrada por trece magistrados, quienes duran en su cargo un término de cinco años. Además, tiene las dependencias que a continuación se indican:

- a) Secretaría de la Corte Suprema de Justicia.
- b) Consejo de la Carrera Judicial.
- c) Secretaría Ejecutiva del Consejo de la Judicatura.

b) Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia

De conformidad con lo regulado en el artículo 214 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el presidente del Organismo Judicial lo es también de la Corte Suprema de Justicia cuya autoridad se extiende a los tribunales de toda la República.

En caso de falta temporal del presidente del Organismo Judicial o cuando conforme a la ley no pueda actuar o conocer, en determinados casos, lo sustituirán los demás magistrados de la Cortes Suprema de Justicia en el orden de su elección. Así, la Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia se conforme de la siguiente manera:

- a) Asesoría Jurídica.
- b) Secretaría de la Presidencia.
- c) Departamento de Comunicación Social.
- d) Auditoría Interna.
- e) Supervisión General de Tribunales.

- f) Archivo General de Protocolos.
- g) Escuela de Capacitación Institucional/Escuela de Estudios Judiciales.
- h) Unidad de Información.
- i) Unidad de la Mujer y Análisis de Género.
- j) Dirección de Servicios de Gestión Tribunalicia.
- k) Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia.
- l) Centro de Administrativo de Gestión Penal.
- m) Archivo General de Tribunales.
- n) Almacén Judicial.
- o) Unidad de Antecedentes Penales.
- p) Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos.

c) Centro nacional de análisis y documentación judicial

El Centro de Análisis y Documentación Judicial cuenta con una Sección de Relaciones Internacionales e Institucionales.

d) Gerencia general

Las funciones de la Corte Suprema de Justicia, además de lo jurisdiccional; abarcan el campo administrativo. La Ley del Organismo Judicial vigente en Guatemala, determina las funciones administrativas correspondientes a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, a las dependencias y a las direcciones administrativas; que se encuentran bajo la sujeción de la misma. La Gerencia General también cuenta con:

Equipo Gerencial.

Centro de Informática y Telecomunicaciones.

Secretaría de Planificación y Desarrollo Institucional.

Gerencia de Recursos Humanos.

Gerencia Financiera.

Gerencia Administrativa.

4.2.2. Área jurisdiccional

La función jurisdiccional en Guatemala se ejerce con exclusividad por los tribunales organizados en competencias y en jerarquías. El área jurisdiccional se divide de la siguiente manera:

a) Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia es el órgano superior existente dentro del Organismo Judicial. Funciona como un tribunal colegiado, y le corresponden las funciones tanto administrativas como jurisdiccionales. Se encuentra integrada por trece magistrados, quienes duran en su cargo un término de cinco años.

La Corte Suprema de Justicia cuenta con facultades de iniciativa parlamentaria. Los magistrados son electos a través del Congreso de la República de Guatemala, de una nómina de veintiséis candidatos, quienes son propuestos mediante una comisión de postulación presidida por un representante de los rectores de las universidades de Guatemala. La elección de candidatos, requiere del voto de por lo menos dos terceras partes de los miembros de la Comisión. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son los encargados de elegir, entre sus miembros al Presidente de la misma; mediante el término de un año.

b) Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones, es el conjunto de salas o tribunales colegiados de segunda instancia, cuya jurisdicción se extiende en todo el país. Su número de salas es determinado por la Corte Suprema de Justicia. Cada sala cuenta con tres jueces llamados magistrados, dentro de los cuales uno actúa como su Presidente y los otros como Vocales. Dentro de las salas que forman parte de la Corte de Apelaciones, se pueden mencionar las siguientes:

- a) Salas Penales
- b) Salas Civiles
- c) Sala Regional Mixta
- d) Sala de Familia
- e) Salas de Trabajo y Previsión Social
- f) Sala de la Niñez y de la Adolescencia
- g) Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y Conflictos de Jurisdicción
- h) Salas de lo Contencioso-Administrativo

c) Juzgados de Primera Instancia

A los tribunales de primera instancia es a quienes les corresponde la regulación de cualquier materia puesta a su competencia y conocimiento, de acuerdo a lo regulado a través de la Corte Suprema de Justicia, además de las facultades disciplinarias y administrativas. Los Juzgados de Primera Instancia son los tribunales de sentencia penal es decir dirigido por un juez, que se encarga de conocer procesos judiciales de mayor importancia a los que conocen los Juzgados de Paz. En la actualidad existen Juzgados de Primera Instancia especializados en asuntos de:

- a) Juzgados de Familia.
- b) Juzgados de Primera Instancia Civil.
- c) Juzgados de la Niñez y Adolescencia.
- d) Juzgados de Trabajo y Previsión Social.
- e) Juzgados de Primera Instancia de Cuentas.
- f) Juzgados de Primera Instancia de lo Económico Coactivo.

Los juzgados de primera instancia en asuntos penales son de cinco tipos, siendo los siguientes:

- a) Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente.
- b) Salas de Ejecución Penal.
- c) Juzgado de Delito fiscal.
- d) Juzgados de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente.
- e) Juzgado de Mayor Riesgo.

También, es de importancia anotar que los juzgados que conocen de asuntos de la niñez y de la adolescencia son de dos tipos, siendo estos, los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia; y los Juzgados de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y Juzgados de Control de Ejecución de Medidas.

d) Juzgados de Paz o menores

La Corte Suprema de Justicia es la encargada de establecer los juzgados menores, en el número y en los lugares en los cuales considere la conveniencia de los mismos; para la debida administración de justicia en Guatemala.

- a) Los juzgados de paz móviles: Son aquellos cuyo objetivo es el conocimiento y la resolución de pequeñas causas; en las zonas de difícil acceso a los servicios judiciales de Guatemala. Consisten en tribunales, que se encargan de la promoción, de la mediación y de la conciliación para la pronta resolución de conflictos.
- b) Los juzgados de paz comunitarios: Se crearon con la finalidad de que los miembros de la comunidad, sean los encargados de participar en el proceso de administración de justicia.

La modernización de la administración de justicia tiene el objeto de hacer los procesos judiciales más flexibles y menos tediosos, a través de la utilización de fórmulas más modernas y viables que permitan una ágil administración de justicia, con el fin de que ésta sea pronta y cumplida, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país. Concretamente, Oskar Oszlak determina que es importante indicar:

La modernización del Estado es el resultado de un proceso de evolución social iniciado durante el siglo XIX en el cual, de forma paralela a la modernización del mercado y de la sociedad civil, el Estado monárquico y absoluto sufrió una transformación a partir del reconocimiento de los derechos civiles y políticos para la ciudadanía, pasando a convertirse en un Estado liberal de derecho. (1999, pág. 29)

Es por esta evolución de la sociedad moderna que en las décadas de 1950 y 1960 surge lo que hoy día se conoce como teoría de modernización, en respuesta a la batalla ideológica que entonces se libraba entre el capitalismo occidental y el comunismo.

Analistas políticos identifican que, durante esa década, las potencias occidentales encabezadas por los Estados Unidos de América, percibieron al comunismo como una amenaza regional, por lo que reaccionaron implementando medidas encaminadas a obtener la lealtad de los llamados países tercermundistas o en vías de desarrollo de la época. El proceso propuesto por esta teoría demanda una reestructuración social en todo nivel: desde el nivel más básico como la familia, hasta las instituciones estatales más altas. Precisamente por esto, Oscar Oszlak señala que:

La teoría de la modernización surge como consecuencia social y política generada por el crecimiento económico que tuvo lugar en los países en vías de desarrollo, tras la segunda Guerra mundial. Y la define como “el proceso de naturaleza sistemática que permite la actualización, transformación, fortalecimiento y mejora de las instituciones públicas, y los servicios que éstas prestan a la ciudadanía. (1999, pág. 41)

La modernización se ha estudiado desde diversos puntos de vista, los cuales, han permitido conocer desde una perspectiva más amplia la tecnología y su influencia en el mundo moderno, principalmente posterior a los conflictos, guerras y desastres, por lo que cada gobierno, con base en sus necesidades aplica sus acciones de transformación.

Según Oszlak, en la teoría de modernización las sociedades se dividen en dos tipos:

Sociedades tradicionales, que son caracterizadas por: una dinámica social en la que relaciones interpersonales son establecidas por medio de enlaces emocionales y afectivos; la población se encuentra predominantemente concentrada en áreas rurales; la estructura social es altamente estratificada y las posibilidades de movilidad social son limitadas; Así mismo sus economías dependen principalmente de la agricultura y otros productos primarios. Según esta teoría, todos estos factores son impedimentos para el libre desarrollo de un mercado capitalista. Sociedades modernas que, en contraste con las anteriores, son caracterizadas por relaciones sociales de tipo impersonal y de carácter neutro; las cuales son consideradas óptimas para la implementación de un mercado capitalista. (1999, pág. 42)

Actualmente hablar de la modernización del Estado es equivalente a hablar de un proceso encaminado a una mayor participación de la ciudadanía y de optimización de los recursos públicos, que pretende la satisfacción de los usuarios, la calidad de los servicios públicos y la promoción del escrutinio público, en consecuencia la transparencia democrática.

Por otra parte, se busca incorporar técnicas de gestión más avanzadas para dar más eficacia y eficiencia al funcionamiento de las instituciones públicas. Por su parte, el autor Bernardo Gómez expone:

En esta nueva etapa, las políticas de modernización son acompañadas de nuevos elementos entre ellas la innovación permanente en los procesos de toma de decisiones y en las formas de producción de los servicios públicos. Esto se produce a partir de la teoría que plantea que, para modernizar el Estado, es necesario revitalizar el servicio público, con una relación mucho más amigable con los ciudadanos. (1992, pág. 71)

La teoría de la modernización establece que, para que los países en vía de desarrollo alcancen un nivel de industrialización y prosperidad económica digna de una sociedad moderna, es necesario que éstos hagan un cambio profundo en sus valores y estructuras institucionales. Todo esto bajo un sistema que tiene por finalidad el dirigir y coordinar la actividad del Estado para la obtención de los objetivos que se ha propuesto en beneficio de la Nación.

De esta forma, modernizar el Estado es actualizarlo conforme al momento histórico contemporáneo, a fin de que cumpla satisfactoriamente su misión: garantizar y hacer posible el ejercicio de los derechos ciudadanos, así como prestar servicios básicos acordes

con las necesidades de los ciudadanos y, crear las condiciones idóneas para el libre y ordenado ejercicio de las actividades privadas, a fin de que puedan desarrollarse internamente y ser competitivas a nivel internacional.

Dentro de la teoría de modernización del Estado ha surgido la teoría de la nueva gestión pública, que ha sido adoptada por diversos tratadistas y por la mayoría de países en vías de desarrollo. Plantea como única solución para modernizar el Estado la gerencia pública. Michel Crozier, afirma que

Dentro de esta nueva propuesta se espera que las normas y los procedimientos otorguen el marco para que las personas a cargo de la conducción establezcan una dinámica institucional. La gerencia pública busca cambiar el rol y el perfil de los directivos públicos enfocándolos en sus capacidades gerenciales y de liderazgo. De administradores de los organismos públicos pasan a ocupar un rol equivalente al de gerentes de los mismos. (1992, pág. 57)

Este conjunto de ideas se ha difundido en países de todos los continentes, y ha sido aplicado no sólo en el ámbito restringido de los gobiernos centrales y sus servicios, sino también en los gobiernos locales.

Según Fernando Sánchez Albavera:

Para lograr un buen gobierno no basta una buena gestión macroeconómica. Hay que cambiar la manera como se diseñan las instituciones públicas, definir claramente su misión y objetivos, dentro de la política que les corresponde; y asignar mejor los recursos para que obtengan los resultados esperados. Los resultados de la gestión pública dependen de la eficacia con que las instituciones del Estado encaren las misiones y objetivos que les han sido encomendados. Como toda organización humana, las instituciones del Estado requieren de un clima interno y externo que facilite las relaciones de confianza; la comprensión y aceptación de su misión, metas, objetivos y valores; del entendimiento mutuo entre sus miembros y las esferas superiores de gobierno; y sobre todo de una fuerte motivación y reputación social. (2003, pág. 52)

La Unidad de Modernización del Organismo Judicial, siguiendo las tendencias de la teoría modernizadora de la Nueva Gestión Pública propuso un nuevo modelo gerencial de la organización a nivel institucional. Este modelo gerencial persigue separar las funciones administrativas del área judicial.

Dentro de sus características sobresale una estructura flexible y moderna, que implica menos niveles jerárquicos en la toma de decisiones, para mejorar la atención y capacidad de respuesta al usuario. Basados en los elementos del diagnóstico sobre el área administrativa. Este modelo de Gerencia Pública fue impulsado con fondos de donación del gobierno de Japón a través del Banco mundial.

La reorganización administrativa a nivel gerencial promovió la creación del gerente general y de los gerentes y secretarios subordinados a éste, así como de personal técnico de los niveles subsiguientes. Los principales proyectos generadores de cambio en esta área fueron:

4.3. Seguridad jurídica de la notificación electrónica

Para lograr que las notificaciones se realicen con la debida seguridad se debe implementar mecanismos de seguridad que a continuación se detallan:

4.3.1. Empleo de mecanismos de seguridad

La seguridad es un factor muy importante a tener en cuenta, pues sólo se permite el uso del correo electrónico y de otros medios idóneos siempre y cuando se pueda acreditar o confirmar la recepción de la notificación en forma segura.

Las notificaciones electrónicas sólo podrán tener validez jurídica siempre y cuando ofrezcan la debida seguridad; para lograr dicha seguridad se debe utilizar mecanismos técnicos adecuados tales como servidores de correo electrónicos seguros, es decir servidores certificados por una autoridad de certificación acreditada. Usando estos mecanismos técnicos de seguridad se podrá garantizar que las comunicaciones sean conocidas sólo por las partes interesadas (Confidencialidad); que exista la seguridad de confirmar la identidad del emisor (Autenticidad); y que las comunicaciones no sean alteradas en el camino (Integridad).

Las notificaciones electrónicas garantizan que el envío y recepción de las notificaciones pueda ser confirmado ya que el servidor registrará automáticamente el momento en que llega el electro correo a la casilla e-mail del litigante. Y también, con un programa especial, se puede el momento que el destinatario abre el mensaje.

4.3.2. Servidor de correos electrónicos en el poder judicial

Estaría conformado por una computadora de gran capacidad que cumpliría la función de recepcionar, almacenar y poner a disposición de las partes, a través de Internet, las notificaciones judiciales que le son enviadas por la central de notificaciones electrónicas. Los litigantes tendrían acceso a sus notificaciones ingresando a su dirección o casilla electrónica.

Es importante resaltar que el servidor que va a almacenar las notificaciones debe ser seguro y preferiblemente administrado por el Organismo Judicial, ya si se usa otro tipo de servidores, existe el riesgo de que, en cualquier momento, dicho servidor desaparezca o elimine la gratuidad de sus servicios.

4.3.3. Central de notificaciones electrónicas

La central de notificaciones electrónicas sería la entidad encargada de recepcionar todas las notificaciones de las distintas dependencias judiciales, y luego enviarlas a las direcciones electrónicas de las partes o de los abogados. Dicha central contaría con un servidor de base de datos, la misma que mediante un sistema de red cerrada o *intranet*, almacenaría las resoluciones que emite cada juzgado.

Posteriormente a través de *Internet* y de forma automática, dicho servidor de base de datos, enviaría las resoluciones judiciales, a los servidores de correo electrónico del Organismo Judicial, lugar donde se encuentran las casillas electrónicas de los litigantes. La notificación

se materializa y surte efectos jurídicos desde que la resolución llega a los servidores de correo electrónico, pues la notificación ya se realizó y corresponde al litigante acceder, constantemente, a sus casillas o cuentas de correo electrónico a fin de enterarse del contenido de dichas notificaciones. Cuando los escritos o anexos de las partes estén en soporte papel, la central de notificaciones se encargaría de digitalizar o transformar previamente el soporte papel a un soporte electrónico, a fin de éstas puedan ser notificadas por correo electrónico.

Cuando se alude a los efectos jurídicos que derivan de la notificación procesal en el correo electrónico, lo que se pretende es analizar la validez y repercusiones que esta tendría en caso de implementarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Debido a esto, se debe de perseguir que esta modalidad de notificación personal tenga la misma validez jurídica que cualquier otra modalidad de notificación contenida en la ley, ya sea esta la personal, por edictos, por boletín judicial o por el libro de copias.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el primer efecto jurídico que se analizará será el cómputo de los plazos dentro de un proceso civil. Es importante aclarar, que aunque la notificación procesal en la dirección electrónica estuviera regulada en la ley, aún así sería necesario realizar la notificación personal por los medios que actualmente están establecidos en el ordenamiento jurídico.

Esto debido a que en el artículo 71 el Código Procesal Civil y Mercantil establece un procedimiento a seguir para que la notificación procesal se tenga por válida. En otras palabras, debido a la teoría de la recepción de la notificación plasmado en el artículo 72 del Código Procesal Civil y Mercantil, no importa que se adicione algún artículo o párrafo al ordenamiento jurídico en el que se incorpore la notificación electrónica en cualquiera de sus modalidades, ya que mientras no se modifique el artículo 71 de la ley antes mencionada, siempre será necesario que el notificador salga a la calle a buscar el domicilio de la persona a la cual se le notificará.

En este sentido, la notificación en la dirección del correo electrónico sería opcional y no podría tomarse como punto de partida para el cómputo de los plazos procesales, siendo estos computados a partir de la entrega de la cédula de notificación.

Al analizar lo anterior pareciera que la notificación en el correo electrónico no aporta casi nada al esquema jurídico guatemalteco, pero después de un segundo análisis, es posible darse cuenta esta modalidad de notificación tiene una gran importancia práctica, la cual consiste en estar informado de una resolución judicial antes de que empiece a correr un plazo determinado.

Concretamente, esto sería una gran ayuda para las partes, quienes antes de que la cédula de notificación les sea entregada, ya podrían formular el siguiente paso dentro de su estrategia procesal, por ejemplo, la interposición de un recurso o remedio procesal.

4.3.4. La notificación electrónica en otros países como manifestación de la seguridad jurídica que proporciona

Las notificaciones electrónicas en la Administración de Justicia vienen implementándose con éxito en diversos países, los cuales se mencionarán a continuación:

Notificaciones Electrónicas en Argentina

En Argentina el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro en los últimos años ha incorporado gradualmente la Tecnología de la información para el mejoramiento del servicio que presta, teniendo como órgano ejecutor de la política informática a la Dirección de Informática Jurídica.

Asimismo, en la Cámara Laboral de Bariloche-Argentina, viene implementando la notificación por correo electrónico, la cual reemplazará toda notificación por cédula que

deba diligenciarse en el domicilio procesal paralelo al domicilio legal estableciendo por el Código de procedimiento local. (Pruzzo, 2014, p. 27).

Argentina ha sido uno de los países latinoamericanos que más impulsó el uso de las nuevas tecnologías en la aplicación de justicia, por tanto, en Argentina a mediados del año 2011, según Pruzzo:

Surge entonces en escena el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos (SNE), de carácter oficial y exclusivo para los procesos judiciales. El sistema obliga a constituir un domicilio electrónico, y como corolario otorga un código de usuario para acceder y visualizar las notificaciones que son remitidas por el juzgado a la cuenta de destino, este ineludible avance es un paso importante en la tan necesaria y anhelada despapelización de la justicia, sobre todo en un mundo donde cada vez más se accede con confianza, facilidad y rapidez a la comunicación por medios electrónicos y/o virtuales” (2014, p. 27).

Notificaciones Electrónicas en Costa Rica

En Costa Rica, el poder judicial, mediante circular 36-2000, establecida por la Corte Plena en sesión número 15-2000, celebrada el 3 de abril del año 2000, dio a conocer el reglamento de notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos, señalando en el artículo uno que "Se autoriza a los tribunales de justicia del I y 11 circuitos judiciales de san José, para notificar resoluciones judiciales por medios electrónicos"

Notificaciones Electrónicas en Canadá

“En el ámbito judicial, desde el año de 1997 en Toronto Canadá, se están tramitando lo juicios en expediente electrónicos, y no cabe duda que hacia ese objetivo apuntan los proyectos que se desarrollan en los distintos países.” (García Calvante, 2000)

Notificaciones Electrónicas en España

En Zaragoza, España, un nuevo sistema de notificación electrónica de las resoluciones judiciales impulsado por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de Procuradores, será implantado en cuatro juzgados de la capital aragonesa, este sistema

permite notificar directamente las resoluciones judiciales desde el propio ordenador del juez o del secretario judicial al Colegio de Procuradores, que a la vez las notifica mediante un sistema de firma electrónica a cada uno de los procuradores.

4.4. Procedimiento para adhesión voluntaria en los centros de servicios auxiliares del ramo civil

El uso y aprovechamiento de la tecnología, ha agilizado diversos ámbitos, tanto personales como institucionales y en ese sentido, los órganos jurisdiccionales también han establecido nuevos procedimientos en su actuación desde la maquina mecánica para las diligencias judiciales y resoluciones, hasta la adquisición del equipo de cómputo para facilitar la tramitación de los procesos.

En ese sentido prácticamente la totalidad de los órganos jurisdiccionales en Guatemala cuentan por lo menos con equipo de cómputo mínimo para agilizar la tramitación tanto de las diligencias y procesos que llegan a su conocimiento.

En ese sentido el uso de la tecnología como *internet*, también ha facilitado las diversas comunicaciones entre las personas y en ese sentido es importante señalar que las notificaciones electrónicas han sido un buen aporte y solución para los órganos jurisdiccionales, que dicho sea de paso han facilitado la comunicación entre los abogados litigantes, las partes procesales o en su caso los propios interesados al conocer de una resolución emitida a través de medios informáticos.

Para el efecto, se ha notificado por vía electrónica, estableciendo las ventajas que representa el órgano jurisdiccional y las partes procesales que interviene y de allí la importancia jurídica, procesal y social de la utilización de dicha tecnología y el presente estudio tiende a presentar una reforma en la normativa adjetiva contenido en el Decreto Ley 107 específicamente en los artículos 61 y 66.

Básicamente, como una propuesta de inclusión de la notificación electrónica aplicable directamente al proceso civil guatemalteco. Tomando en consideración diversos aspectos que benefician su desenvolvimiento en el contexto nacional.

Asimismo, debe firmar un consentimiento en el cual se incorpore de la manera siguiente:

Yo, _____, me identifico con _____, por este medio manifiesto, en la calidad con que actúo: PRIMERO: Que voluntariamente me adhiero al Sistema de Notificaciones Electrónicas del Organismo Judicial, enterado de las normas vigentes al respecto, Decreto 15-2011 del Congreso de la República, Ley Reguladora de las Notificaciones Electrónicas en el Organismo Judicial y Acuerdo 11-2012 de la Corte Suprema de Justicia, Reglamento para la Implementación del Sistema de Notificaciones Electrónicas en el Organismo Judicial. SEGUNDO: Que estoy de acuerdo en que se envíen a mi dirección electrónica proporcionada por el Organismo Judicial, todas las notificaciones de los procesos judiciales o procedimientos administrativos, en los que la señale como lugar para recibir notificaciones, inclusive las notificaciones de las resoluciones enumeradas en los artículos 67 del Código Procesal Civil y Mercantil y 328 del Código de Trabajo. TERCERO: Expresamente acepto que las notificaciones se tendrán por realizadas en la hora y día en que sean puestas en mi casillero electrónico, de conformidad con el artículo 8 del referido Reglamento. CUARTO: Manifiesto que soy el único responsable por el uso que yo o un tercero dé al usuario y contraseña que en este momento se genera a mi favor en el Organismo Judicial y que me permitirá acceder al Sistema de Notificaciones Electrónicas. QUINTO: Estoy enterado que en las notificaciones a las cuales deban acompañarse otros documentos, además de la resolución, debo acudir al órgano jurisdiccional o dependencia administrativa a retirar las copias correspondientes, en el plazo señalado por el artículo 10 del referido Reglamento. SEXTO: Estoy enterado que el Sistema de Notificaciones Electrónicas se implementará en forma gradual, de acuerdo a lo que disponga la Corte Suprema de Justicia, por lo que estoy de acuerdo en que podré señalar mi dirección electrónica para recibir notificaciones, únicamente en los órganos jurisdiccionales habilitados para el efecto. En la ciudad de Guatemala, el _____ de _____ de _____. F. _____ En la ciudad de Guatemala, el _____ de _____ de _____, DOY FE: Que la firma que antecede es auténtica por haber sido puesta en mi presencia el día de hoy por _____, quien se identifica con _____, y vuelve a firmar al pie de la presente acta de legalización, junto con el infrascrito notario.

Siendo el primer mecanismo dentro del procedimiento de inscripción y adhesión a las notificaciones electrónicas. Luego se debe incorporar lo siguiente:

Los requisitos para la adhesión gratuita y voluntaria al Sistema de Notificaciones Electrónicas son los siguientes:

- a) Consignar los datos requeridos en el formulario de adhesión y adjuntar los documentos que allí se soliciten; y

b) Firma legalizada de aceptación de las condiciones de prestación del servicio.

Pasos para inscribirse:

El interesado debe llenar un formulario de adhesión voluntaria, que lo puede obtener en <http://www.oj.gob.gt/casilleroelectronico> o en los Centros de Servicios Auxiliares de todo el país.

Presentar el formulario de adhesión voluntaria en los Centros de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia del Organismo Judicial. Este proceso se realiza una sola vez.

El formulario es registrado, y se le asigna al interesado:

Identificación de usuario

Contraseña de casillero electrónico para acceso a consultas.

Procedimiento de las notificaciones electrónicas:

Se procede a insertar la firma electrónica en la resolución del caso por parte del notificador, automáticamente se envía la notificación al casillero electrónico.

El sistema remitirá automáticamente un AVISO de notificación al correo electrónico proporcionado en el formulario de adhesión voluntaria.

Los plazos a los que se encuentren sujetos las notificaciones corren a partir del momento de la recepción de la notificación en el casillero.

La notificación electrónica únicamente contendrá la cédula de notificación y su respectiva resolución. Los documentos de mérito deberán ser recogidos en el Juzgado por las partes debidamente notificadas, contando con 3 días a partir del aviso de notificación para poder recogerlos.

Siendo un proceso relativamente corto, concreto, accesible y dinámico para los diversos profesionales del derecho que les facilite la comunicación con los órganos jurisdiccionales que conocen los procesos en los cuales intervienen. Asimismo, la importancia de las notificaciones electrónicas, incrementa la efectividad tanto en la administración de justicia como en las diferentes actividades que desempeña el profesional del derecho.

4.5. Beneficios de la notificación electrónica en materia judicial

A continuación, se indican, las principales ventajas que representa tanto, para el Órgano Jurisdiccional como para el abogado litigante y las partes que intervienen en el proceso civil y de familia, principalmente en la ciudad de Guatemala.

- a) El notificador a cargo de la tramitación del proceso comunica vía electrónica cualquier resolución emitida.
- b) Para el abogado litigante, representa un mecanismo de agilización de los procesos pues no debe acudir al órgano jurisdiccional o esperar que el notificador visite su oficina profesional para poner en conocimiento una resolución judicial emitida.
- c) El notificador a cargo del proceso, puede desde el órgano jurisdiccional notificar a los abogados litigantes o partes en el mismo en la misma hora y fecha.
- d) Las partes que intervienen en el proceso civil o de familia, tienen la ventaja de comunicarse vía electrónica con el abogado auxiliante y éste con el órgano jurisdiccional competente.
- e) La notificación electrónica, evita gastos innecesarios de transporte para las partes en la celebración de ciertos actos jurisdiccionales.
- f) La notificación electrónica representa, una agilización en los procesos en materia civil y de familia.
- g) La modernización del sector justicia se refleja mediante, la notificación electrónica, en materia civil y de familia, principalmente en la ciudad de Guatemala.

Existen una serie de ventajas del uso de la notificación electrónica por medio del correo electrónico. Entre las más notables podemos mencionar la rapidez con que se efectúa, ya que sólo son necesarios unos segundos para que el mensaje se traslade al buzón electrónico de la persona que se pretende notificar.

También es notable el factor económico que representa el correo electrónico. Dado que el costo de cada envío por medio de un correo electrónico no depende de la distancia que recorre, es posible enviar correos electrónicos a cualquier destinatario en cualquier parte del mundo.

Debido a que no es necesario un gran conocimiento informático para poder efectuar dichas notificaciones, se logra una eficiencia impresionante respecto a otros métodos de notificación, ya que se realiza una mayor cantidad de envíos en menor tiempo.

Por último, es importante hacer notar que en las notificaciones electrónicas realizadas a través del correo electrónico se pueden enviar no sólo textos, sino también cualquier otro medio de comunicación, tal como imágenes, gráficas, sonidos, entre otros aspectos.

1. Seguridad

Seguridad en la no alteración de documentos.

Identificación fehaciente del remitente de la notificación.

Control y registro de la fecha y hora de su efectiva realización

2. Accesibilidad

Pueden realizarse consultas de las notificaciones desde cualquier ubicación con acceso a Internet

3. Celeridad

Envío inmediato

Aviso a correo electrónico personal sobre una notificación en su casillero electrónico

4. Reducción de costos

Básicamente, existe una gran cantidad de beneficios que surgen con la implementación de nuevos mecanismos electrónicos en la administración de justicia, tomando en consideración que el ser humano, avanza conforme sus necesidades y el gobierno debe incorporar herramientas con base en las nuevas tendencias que sean útiles para prestar el servicio y cumplir con sus objetivos de forma generalizada.

La buena utilización de la tecnología, permite automatizar y efectivizar diversas actividades del ser humano, siendo los profesionales del derecho quienes deben incorporarse a su utilización.

Para el efecto, la asesoría tecnológica y la permanencia de profesionales en dicha rama del conocimiento, deben ser parte de la estructura del gobierno y sus instituciones a pesar de que el país aun se encuentre en vías de desarrollo, se debe potencializar el avance tanto social como tecnológico a nivel nacional.

4.6. Incidencia del principio de celeridad en la notificación electrónica

Para el efecto, cuando se hace referencia a principios informáticos del proceso, se estudian todas aquellas directrices o bases fundamentales sin las cuales no sería posible el desarrollo del proceso. Es decir, se trata de reglas universalmente aceptadas como rectoras del proceso y cuya total o parcial vigencia, dirige al procedimiento determinada modalidad.

Por cuya razón algunos autores los denominan principios estructurales del derecho procesal, sin embargo, para efectos del presente capítulo se conocen como principios del proceso.

Para el efecto, es casi imposible que durante la tramitación de un proceso no esté presente por lo menos uno solo de los principios informativos, es decir, se aplican en la medida que

la ley dispone o las partes así lo ofrecen siempre y cuando bajo la dirección del juez estos sean admitidos y por ende aplicados. Por lo que Álvarez expone:

Este principio procedimental refiere que el procedimiento debe tramitarse y lograr su objetivo en el menor tiempo posible. Estimamos que no es realmente un principio procedimental o regla técnica del debate procesal, sino el objetivo que se pretende es con la tramitación. (2010, pág. 133)

El citado autor, describe un aspecto fundamental respecto al principio de celeridad, no es que se tramite, lo más pronto o rápido posible, sino, a que se cumplan los plazos establecidos en la ley, tomando en consideración que rara vez se cumplen los mismos, durante la tramitación de un proceso, especialmente en materia civil.

Por su parte, Gordillo al referirse a dicho principio expone lo siguiente:

El principio de celeridad, Pretende un proceso rápido y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan los trámites innecesarios, este principio lo encontramos plasmado en el artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece el carácter perentorio e improrrogable de los plazos y que además obliga al juez a dictar la resolución, sin necesidad de gestión alguna. (2005, pág. 8)

Determina el autor antes mencionado, que le corresponde al juez la verificación de los plazos establecidos para las diligencias y audiencias correspondientes y que debe en todo momento tener presente que la aplicación práctica del principio de celeridad dependerá del respeto y cumplimiento que se haga a los plazos establecidos en la ley. Por su parte, Orellana, al referirse al principio de celeridad señala:

Pretende un proceso rápido y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y elimina los trámites innecesarios. Este principio se encuentra plasmado en el artículo 64 del CPCYM, que establece el carácter perentorio e improrrogable de los plazos que además obliga al juez a dictar la resolución, sin necesidad de gestión alguna. (2011, pago. 42)

El jurista en mención, hace referencia a la importancia jurídica y procesal de la tramitación conforme los plazos establecidos en las diferentes normas jurídicas, y con ello se eliminan los trámites innecesarios, además, que determina la importancia del carácter perentorio de los plazos, obligando al juez a resolverlos.

Desde el punto de vista jurídico y práctico el principio antes descrito ha generado diversas interpretaciones, particularmente entre profesionales del derecho y funcionarios y empleados judiciales, tomando en consideración que la aplicación práctica de las directrices o principios informativos del proceso civil tienen y orientan al juez para que estos sean tramitados en el plazo que fija la ley y de esta manera no se presenten casos de la demora judicial.

Generalmente, en diversos cuerpos normativos en materia procesal civil, se enuncia o regula los plazos que deben contener los diversos procedimientos de carácter judicial y en ese orden, el aspecto doctrinario hace referencia al principio de celeridad como un principio aplicable al proceso civil.

Sin embargo, en muchas oportunidades erróneamente se trata de establecer que dicho principio y sobre todo su aplicación práctica se debe llevar a cabo en forma rápida y es todo lo contrario, debido a que este principio orienta al juzgador a que debe cumplir con los plazos fijados en la ley desde el inicio hasta la conclusión de un proceso y es allí donde toma relevancia el principio objeto de análisis.

Para el caso de Guatemala, es importante señalar que en muchos órganos jurisdiccionales particularmente del ramo de familia, se debe aplicar correcta y puntualmente dicho principio, debido a las cargas de trabajo en la tramitación de los expedientes.

En ese orden, los abogados litigantes y partes procesales por el desconocimiento que el trámite interno que se lleva en cada proceso tienen un criterio bastante distorsionado respecto a la administración de justicia, pues consideran que esta es demasiado lenta y es allí donde también se pone en correlación el principio de celeridad.

Ante dicho desconocimiento no se pueden llevar a cabo en forma desordenada y acelerada diligencias, audiencias y actuaciones judiciales, con el propósito de satisfacer intereses de

orden particular sino de cumplir con el mandato constitucional que le es conferido al Organismo Judicial.

Mismo que se refiere a la administración de justicia en representación del Estado y que esta sea pronta y cumplida, y modernamente ya se hace referencia que si la población tiene acceso a la justicia y una vez promovida la acción procesal correspondiente.

El Organismo Judicial debe brindar la tutela judicial efectiva, es decir, no basta con administrar justicia, no basta con promover el acceso a la justicia, sino que el fin supremo debe ser la atención, la tramitación y la resolución de los actos procesales mediante resoluciones judiciales, para dar cumplimiento al principio de celebridad y demás aspectos de orden constitucional.

4.7 Limitaciones para los abogados litigantes en materia de familia en la incorporación de la notificación electrónica

Existen diversas limitaciones que surgen con la presencia de la tecnología, tomando en consideración que lo principal es el desconocimiento y la falta de familiarización con dichos sistemas, tomando en consideración las generaciones o pensamientos obtenidos con base en la edad, las relaciones sociales, el acceso a oportunidades, entre otros aspectos.

Asimismo, muchos de los profesionales del derecho no cuentan con habilidades o capacitaciones en temas informáticos, lo que limita su ejercicio utilizando herramientas electrónicas. Además, dentro de sus conocimientos no se consolidan de forma correcta lo relativo a nuevas tecnologías y sus aplicaciones prácticas.

Por otra parte, desde el punto de vista institucional los profesionales del derecho no cuentan con capacitaciones constantes en el manejo de herramientas tecnológicas acorde a sus conocimientos básicos o inexistentes, siendo la principal causa de la no utilización de dispositivos, herramientas o plataformas virtuales que mejoren su actividad profesional.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que la notificación en la dirección del correo electrónico tendría que ser opcional, ya que debe ser solicitada por la parte interesada (principio dispositivo), no surtiría efectos jurídicos, a menos que alguna parte interesada ejerza su facultad para darse por notificada, en cuyo caso, la notificación en el correo electrónico surtiría efectos legales sin necesidad del procedimiento establecido en el artículo 71 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Dentro del desarrollo de la actividad profesional, he observado que en los procesos de divorcio, es necesario realizar diversas acciones dentro de las audiencias, las cuales deben ser notificadas a cada una de las partes procesales, pero a pesar de existir la herramienta normativa de las notificaciones por medios electrónicos, la misma no es utilizada en dichos procesos, por limitaciones tanto técnicas, profesionales y de capacitación, lo que limita al órgano jurisdiccional su aplicación, razón por la cual, el tema es viable al abordar una realidad concreta en la actividad procesal.

Para la Corte Suprema de Justicia, la implementación de mecanismos en la búsqueda de agilización de procesos judiciales siempre resulta un desafío institucional, pues debe crear el recurso humano, financiero e informático suficiente para que la notificación pueda ser una realidad durante el horario judicial. Con respecto a las notificaciones electrónicas, en materia civil, estas deben cumplir un cometido como lo es poner en conocimiento a las partes procesales el contenido de una resolución durante la tramitación del proceso civil.

Con base en lo expuesto, se establece que existen limitaciones económicas, sociales, culturales, personales e institucionales que inciden en el desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías y plataformas informáticas, especialmente en la administración de justicia y en los profesionales del derecho, tomando en consideración que cada una de las actividades jurisdiccionales pueden efectivizarse con herramientas electrónicas como lo es el claro ejemplo de las notificaciones electrónicas, lo que aún existe renuencia por parte de los profesionales del derecho para su incorporación a dicho mecanismo, por las razones expuestas o por situaciones personales en la cual manifiestan su renuencia a la incorporación a un sistema informático, por lo tanto aun es opcional su adhesión.

Conclusiones

La modernización del sector justicia, lleva implícita la temática de la tecnología y su aplicación para agilizar y efectivizar los procesos de gestión en cada uno de los procesos que llegan a conocer los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, existiendo una falta de aplicación y debilidad institucional para incorporar nuevos sistemas a las diligencias en materia de justicia.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, se encuentra vigente la denominada Ley Reguladora de las Notificaciones por medios Electrónicos en el Organismo Judicial, misma que establece que todo profesional puede incorporarse a dichas actualizaciones y procesos de notificación, siendo el mayor problema es que dicha actividad es optativa, no de forma obligatoria, lo cual, no permite observar los avances en la modernización del sector justicia, especialmente del Organismo Judicial.

Efectivamente, es necesaria la reforma del Artículo 61 numeral 2 del Código Procesal Civil y Mercantil vigente en Guatemala, con el objeto de establecer de forma obligatoria el uso de medios electrónicos incluyendo el correo electrónico para la notificación en materia judicial a los interesados, incluyendo el ámbito de familia.

Se establece que existe limitación del principio de celeridad procesal en materia civil y de familia, tomando en consideración que existen herramientas electrónicas que no son utilizadas y se retarda la notificación de las personas interesadas, por lo cual, no se cumple a cabalidad el precepto de justicia pronta y cumplida a nivel nacional y especialmente en la ciudad capital de Guatemala a pesar de existir un avance tecnológico.

Referencias

Libros:

Aguilar Guerra, Vladimir. (2007). *Derecho de familia*. Guatemala: Ediciones Mayte

Albures Escobar, Cesar. (1964). *El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca*. Guatemala: Editorial Tipografía Nacional.

Arellano García, Carlos. (1980) *Teoría general del proceso*. México: Editorial Porrúa.

Barrientos Pellecer, Cesar. (1990). *Derecho procesal guatemalteco*. Guatemala: Editorial Magna Torres.

Beltranena de Padilla, María. (1982). *Lecciones de derecho civil*. Guatemala: Editorial Académica Centroamérica.

Bielsa, Rafael. (1959). *Derecho constitucional*. Argentina: Ediciones Depalma,

Bossert, Gustavo. (1990). *Régimen jurídico del concubinato*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Brañas, Alfonso. (2015). *Manual de derecho civil*. Guatemala: Editorial Fenix.

Buligyn, Eugenio. (2003). *Los jueces crean derecho*. Buenos Aires, Ediciones Universidad de Buenos Aires.

Calamandrei, Piero. (1962) *Instituciones de derecho procesal civil*. Paraguay: Editorial El Foro.

Castán Tobeñas, José. (1962). *Derecho civil español, Común y Foral*. España: Editorial Reus.

Castillejo Duarte, Jose. y Velasco, Miguel. (2004). *Historia del derecho romano*. España: Editorial Dykinson.

Castillo González, Jose. (2006). *Derecho administrativo guatemalteco*. Guatemala: Impresiones Gráficas.

Centro Latinoamericano de Administración del Desarrollo. (1998). *Una nueva gestión pública para América Latina*. Venezuela: CLAD.

Chávez Asensio, Manuel. (1994). *La familia en el derecho*. México: Editorial Porrúa.

Colin, Hansk y Capitant, Henri (1963). *Curso elemental de derecho civil*. Barcelona, España. Editorial Nauta.

Couture, Eduardo Juan. (1984). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editora Nacional.

Crozier, Michel. (1992). *Estado modesto, estado moderno: una estrategia para el cambio*. España: Fondo de Cultura Económica.

Couture Jose Eduardo (2008) *Fundamento del derecho procesal* Buenos Aires: Editorial Nacional

De Pina, Rafael. Y Castillo Larrañaga, Jose. (1976) *Derecho procesal civil*. México: Editorial Porrúa.

- Devis Echandía, Hernan. (1984). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Durkeim, Emile. (2006). *Sociología y Filología*. España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Engels, Federico. (1989) *La familia en pensamiento sociológico*. Buenos Aires: Editorial Alianza
- Escobar Fornos, Iván. (1998). *Introducción al proceso*. Nicaragua: Editorial Hispamer.
- Ferri, Jules. (1945). *La adopción a través de la doctrina y legislación extranjeras, proyectos y anteproyectos nacionales*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Revista Facultad de Derecho.
- Flores Maldonado, Jose. (1997). *Origen del derecho de familia y las instituciones en el Código Civil*. Guatemala: Tesis de Graduación. USAC, 1997.
- Flores, Jose. (1997). *Origen del derecho de familia y las Instituciones en el Código Civil*. Guatemala: USAC.
- Fraga, Gabino. (2000). *Derecho administrativo*. México: Editorial Porrúa.
- García Calvente, Yolanda. (2000). *El Correo Electrónico como medio de notificación tributaria*. España: Universidad de Málaga.
- García Laguardia, Jorge y Balsells Tojo, Edgar. (1997). *El procurador de los derechos humanos (ombudsman de Guatemala)*. Colección cuadernos de derechos humanos 2- 96; Guatemala: Ed. HR Impresores.
- García Laguardia, Jorge Mario. (1986). *La defensa de la Constitución*. Universidad de San Carlos de Guatemala.

- García, Gabriel. (1996). *El divorcio: causas, uso, y abuso*. México. Editorial Iteso.
- Gómez Lara, Cipriano. (1990). *Teoría general del proceso*. México. Editorial Melo, S. A.,
- Gómez Palacio, Francisco. (1992). *Modernización de la administración pública*. México: Revista de Administración Pública.
- Iglesias, Juan. (1999). *Derecho romano*. Editorial Ariel S.A. Barcelona.
- Goldschmidt, James (1946) *Derecho procesal civil*. España: Editorial Temis.
- Kant, Immanuel. (2004). *Principios metafísicos del derecho*. España: Ediciones Espuela de la Plata.
- Magallón, Jorge. (1998). *Instituciones del derecho civil*. México. Editorial Porrúa.
- Mizrachi, Mauricio. (1998). *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astral.
- Montero Aroca, Juan. (2000) *La prueba en el proceso Civil*, Buenos Aires: Editorial Civitas
- Nájera Farfán, Mario Efraín. (2006) *Derecho procesal Civil Práctico*. Guatemala: Editorial IUS.
- Núñez Ponce, Julio. (2013). *Implicancias Jurídicas de la notificación enviada por medios informáticos y el domicilio virtual*. Revista Electrónica de Derecho Informático. Perú: universidad de Lima.
- Organismo Judicial de Guatemala. (1999). *Folleto Historia, Funciones e Información General Guatemala*. Guatemala: Ediciones OJ.

- Oszlak, Oscar. (1999). *De menor a mejor: El desafío de la segunda reforma del Estado*. en Revista Nueva Sociedad N°160 “La segunda generación de Reformas del Estado” Venezuela marzo-abril.
- Papalia, Diane. y Wedkos Sally. (1998). *Psicología del desarrollo*. Colombia: Mc Graw Hill.
- Pereira Orozco, Alberto. (2012). *Introducción al estudio del derecho I*. Guatemala: Ediciones de Pereira. 2010.
- Petit, Eugenio. (2007). *Tratado elemental de derecho romano*. México: Editorial Porrúa.
- Pinzón, Edmundo. (2012). *La Víctima del delito en el sistema acusatorio y oral*. México. Editora y Distribuidor Flores.
- Planiol, Marcel. Y Ripert Georges. (1964). *Tratado elemental de derecho civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- Policía Nacional Civil. (1981). *Historia de la Policía Nacional de Guatemala*. Guatemala Tipografía Nacional.
- Poole Derqui, Diego. (1998). *Manual de filosofía del derecho*. España: Editorial Astrea.
- Puig Peña, Federico. (1976). *Compendio de derecho civil español*. España: Editorial Pirámide.
- Puig Peña, Federico. (1957) *Tratado de derecho civil*. España: Revista de derecho privado.

- Pruzzo, Eugenia. (2014). *El nuevo sistema de notificación judicial*. Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Rawls, Jonh. (1971). *Teoría de la Justicia*. Cuarta reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica.
- Reina, Víctor y Martinell, José. (1996). *Las uniones matrimoniales de hecho*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Rojina Villegas, Rafael. (1978). *Compendio de derecho civil*. México: Editorial Porrúa.
- Roxin, Claus. (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. España: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Albavera, Fernando. (2003) *Planificación estratégica y gestión pública por objetivos Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES S E R I E gestión pública 32 Santiago de Chile, marzo de 2003*
- Schultz, Fritz. (1960). *Derecho romano clásico*. Barcelona, España. Editorial Bosch.
- Suárez, Gerardo. (1995). *Los fiscales indianos: origen y evolución del Ministerio Público*. Guatemala: Academia Nacional de la Historia.
- Santa Biblia (1960) Colombia: Reina Valera
- Vélez Sarfiel, Dalmacio. (1991). *Anteproyecto del código civil argentino*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
- Villagrán de Segura, Maria. (1982). *La Unión de hecho*. Guatemala: Tesis de Graduación, Universidad Rafael Landivar.

Zannoni, Eduardo. (1981). *Derecho de familia*. Argentina: Ediciones Depalma.

Diccionarios:

Aragoneses Alonso, Pedro (1957). *Nueva enciclopedia jurídica*. Madrid, España. Editorial Aguilar.

Baqueiro, Manuel. (1977). *Diccionarios jurídicos temáticos*. Buenos Aires: Argentina. Editorial Heliasta.

Cabanellas, Guillermo. (1977). *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

De Pina, Rafael. (1987). *Diccionario de derecho*. México: Editorial Porrúa.

Diccionario Jurídico Ámbar. (1998). Ecuador: Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.

Escrache, Joaquin. (1995). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. México. Editorial Porrúa.

Ossorio, Manuel. (2000) *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Pallares, Eduardo. (1966) *Diccionario de derecho procesal civil*. México: Editorial Porrúa.

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente (1985) Constitución Política de la República de Guatemala.

Enrique Peralta Azurdia Jefe de Estado (1964) Código Civil. Decreto Ley 106.

Enrique Peralta Azurdia Jefe de Estado (1964) Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

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

Congreso de la República, (1997) Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto número 114-97

Ley Reguladora de las Notificaciones por medios Electrónicos en el Organismo Judicial. Decreto 15-2011 del Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento de la Ley Reguladora de Notificaciones por medios Electrónicos en el Organismo Judicial, Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de número 11-2012.

Notificación en Forma Electrónica de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo número 1-2013

Circular 36-2000, Notificaciones electrónicas en el poder judicial, Costa Rica, 2000

Reglamento para la notificación por medios electrónicos. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2017.

Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia de España,