

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

**LA DESPROTECCIÓN DE LA MUJER
Y DEL HIJO MENOR DERIVADA DE LA AMBIGÜEDAD
EN LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO QUINTO
DEL ARTÍCULO 155 DEL CÓDIGO CIVIL**

JOSÉ DAVID DE LA CRUZ FIGUEROA

GUATEMALA, OCTUBRE 2012

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

**LA DESPROTECCIÓN DE LA MUJER Y DEL HIJO MENOR DERIVADA DE LA
AMBIGÜEDAD EN LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO QUINTO
DEL ARTÍCULO 155 DEL CÓDIGO CIVIL**

TESIS

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

JOSÉ DAVID DE LA CRUZ FIGUEROA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre 2012

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis de León Melgar
Vocal: Lic. Erick Fernando Rosales Orizabal
Secretaria: Licda. Claudia Elvira González

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Mayra Johana Veliz López
Vocal: Licda. Rosalba Corzantes Zúñiga de Muñoz
Secretaria: Licda. Enma Graciela Salazar Castillo

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



LIC. MIGUEL ÁNGEL ESTACUY NATARENO

6ta avenida 0-60, zona 4,

Gran Centro Comercial de la Zona 4, Oficina 205

Tel. 2335-1781

Guatemala, 11 de junio de 2012

Licenciado:

Carlos Ebertito Herrera Recinos

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Su Despacho:

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Firma

Licenciado Carlos Ebertito Herrera Recinos

Como asesor de Tesis del Bachiller **JOSÉ DAVID DE LA CRUZ FIGUEROA**, en la elaboración del trabajo intitulado: **“La desprotección de la mujer y del hijo menor derivada de la ambigüedad en la interpretación del inciso quinto del Artículo 155 del Código Civil”**, me permito manifestarle que dicho trabajo contiene:

a. Se desarrolla a lo largo del trabajo una explicación sobre el papel de la familia en la sociedad y el surgimiento del derecho de familia, en el cual se puntualizan las instituciones principales de dicha rama jurídica, sus antecedentes, características, elementos principales y su contenido, lo cual permite dar razón al proyecto de tesis. Así mismo se realiza una propuesta de modificación a la causal de divorcio y separación contenida en el numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106, argumentando en el trabajo su necesidad, a raíz de las diversas interpretaciones que dicha norma puede sufrir debido a la ambigüedad que padece, y que puede poner en riesgo los derechos de la mujer y de su hijo menor.

b. El estudiante **JOSÉ DAVID DE LA CRUZ FIGUEROA** para la realización del trabajo de investigación utilizó los métodos analítico, sintético y deductivo, los cuales le permitieron la obtención de conocimientos completos y criterios válidos, aplicando de igual manera el método histórico, que le permitió el desarrollo de la reseña histórica de los antecedentes del derecho de familia y de sus instituciones.

c. Quedó manifestado que el sustentante se apoyó en extensa bibliografía, congruente con el tema de investigación; permitiéndole realizar un estudio completo y adecuado.



LIC. MIGUEL ÁNGEL ESTACUY NATARENO

6ta avenida 0-60, zona 4,

Gran Centro Comercial de la Zona 4, Oficina 205

Tel. 2335-1781

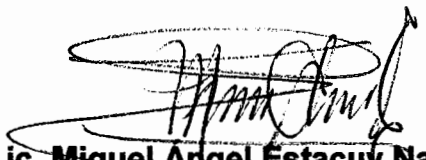
d. Estudié y analicé el contenido científico del tema propuesto por el estudiante, el cual reúne los requisitos de actualidad no solo en el aspecto académico sino en el aspecto normativo del Decreto Ley 106, Código Civil, por cuanto en el desarrollo del trabajo trata adecuadamente la necesidad de llevar a cabo la modificación a la causal de divorcio y separación contenida en el numeral quinto del Artículo 155 de dicho cuerpo normativo, con la finalidad de dar mayor certeza jurídica y protección a los derechos de los miembros del núcleo familiar.

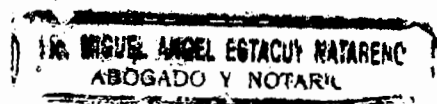
e. Es importante mencionar que el trabajo presenta conclusiones y recomendaciones congruentes con el planteamiento del problema y el tema central de investigación, ya que se demostró que los derechos de la mujer y del hijo menor pueden verse seriamente afectados debido a la errónea interpretación que puede sufrir la norma en análisis y que se deriva de la ambigüedad de su texto, y evidencia la necesidad de reformar la legislación civil, para adaptarla a las necesidades sociales y armonizarla con las tendencias actuales de protección a los derechos humanos.

f. En términos generales, el informe final presentado para la revisión respectiva, se redactó de conformidad con el instructivo general para la elaboración y presentación de tesis.

El trabajo cumple con los requisitos legales prescritos y exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

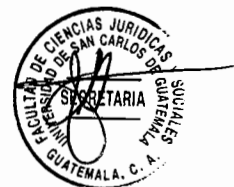

Lic. Miguel Ángel Estacuy Natareno
Abogado y Notario
Colegiado 3,065





FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintiséis de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **OTTO DANIEL ARDÓN MEDINA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **JOSÉ DAVID DE LA CRUZ FIGUEROA**, CARNÉ NO. **200610414**, intitulado **“LA DESPROTECCIÓN DE LA MUJER Y DEL HIJO MENOR DERIVADA DE LA AMBIGÜEDAD EN LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO QUINTO DEL ARTICULO 155 DEL CÓDIGO CIVIL.”**

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

LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CEHR/iyrc





LIC. OTTO DANIEL ARDÓN MEDINA

7ª. Avenida 6-53, Oficina "U-1" Tercer Nivel,
Edificio el Triángulo Zona 4, Ciudad de Guatemala.
TELÉFONO: 2334-2075 - 5805-9622

Guatemala, 24 de julio de 2012

Licenciado:

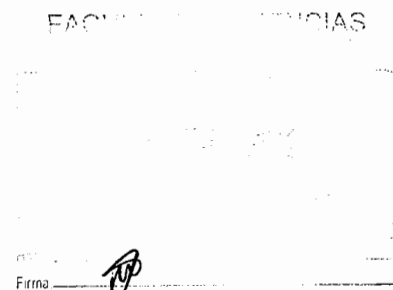
Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Su Despacho:



Licenciado Mejía Orellana

En virtud del nombramiento como revisor del trabajo de Tesis del Bachiller **JOSÉ DAVID DE LA CRUZ FIGUEROA**, en la elaboración del trabajo intitulado: "**La desprotección de la mujer y del hijo menor derivada de la ambigüedad en la interpretación del inciso quinto del Artículo 155 del Código Civil**", dejo constancia y hago de su conocimiento lo siguiente:

- a) El sustentante realizó un análisis exhaustivo de la doctrina y legislación pertinente relacionada con la causal de separación y divorcio contenida en el inciso quinto del Artículo 155 del Código Civil y con su posible interpretación, aportando criterios de importancia tanto para la práctica como la doctrina en el derecho de familia, puntualizando en cuanto a breves antecedentes, características, elementos principales y principios rectores, las explicaciones permiten dar razón al proyecto de tesis. Se realiza una propuesta de reforma al numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil, debido a la necesidad que existe en nuestro ordenamiento jurídico de eliminar cualquier posibilidad de interpretar erróneamente las normas jurídicas en perjuicio de la mujer y del hijo menor de edad dentro del derecho de familia.
- b) En el desarrollo y preparación del trabajo de tesis, el sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son el analítico, sintético, deductivo y el histórico, por medio de los cuales pudo obtener la información necesaria para desarrollar el tema objeto de estudio.
- c) Comprobé que el sustentante se apoyó en extensa bibliografía como antecedente así como fuente de doctrina contemporánea, lo que hace de su trabajo una fuente



LIC. OTTO DANIEL ARDÓN MEDINA

7ª. Avenida 6-53, Oficina "U-1" Tercer Nivel,
Edificio el Triángulo Zona 4, Ciudad de Guatemala.
TELÉFONO: 2334-2075 - 5805-9622

importante y completa de referencia en la materia, debido al esfuerzo recopilatorio realizado.

d) La estructura y contenidos del trabajo de tesis realizado por el sustentante en estrecha colaboración con el Asesor de Tesis, reúnen y satisfacen plenamente todos los requisitos reglamentarios y de aportación científica a las ciencias sociales, tratándose de un tema de importancia, actualidad y valor para la práctica jurídica, esgrimiendo justificaciones y argumentos válidos.

e) Considero que el sustentante ha arribando a conclusiones y recomendaciones concretas que convierten el trabajo de tesis en material dable a la discusión para reformas normativas específicas que puedan traducirse en cambios notorios, específicamente lo relacionado a la interpretación del inciso quinto del Artículo 155 del Código Civil, tema de suma importancia para el derecho de familia.

f) Como Revisor del trabajo de tesis del bachiller José David de la Cruz Figueroa, tuve el agrado de corroborar la utilización correcta y docta del lenguaje y el léxico técnico jurídico propios de un profesional de las ciencias jurídicas, cumpliendo los requisitos plasmados en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de nuestra facultad; es un trabajo bien cimentado y correctamente dirigido tanto por el ahínco del estudiante, como por la experiencia del señor Asesor de Tesis, como guía y experimentado abogado. Se debe anotar que lo anterior hizo amena esta labor, contando siempre con la mayor disposición del sustentante para atender las observaciones y recomendaciones que como revisor le propuse y que, gracias al alto grado de conocimientos en la materia y jurídicos en general, pudo seguir de forma puntual. Todo ello, me permita extender **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo bajo análisis, a efectos de dar continuidad con el procedimiento de mérito y al final, la correspondiente evaluación por el Tribunal Examinador en el acto de Examen Público de Tesis, que le permita optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, meritoriamente otorgado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Deferentemente,

Lic. Otto Daniel Ardón Medina
Abogado y Notario
Colegiado 3,908

OTTO DANIEL ARDON MEDINA
ABOGADO Y NOTARIO



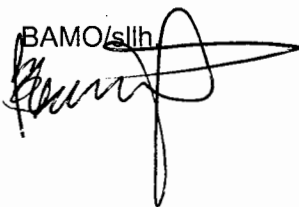
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.




DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 25 de septiembre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÉ DAVID DE LA CRUZ FIGUEROA, titulado LA DESPROTECCIÓN DE LA MUJER Y DEL HIJO MENOR DERIVADA DE LA AMBIGÜEDAD EN LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 155 DEL CÓDIGO CIVIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/slh


Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario 





DEDICATORIA

A DIOS:

Rey soberano, Jesucristo el Abogado por excelencia. Por darme la fuerza, sabiduría y entendimiento. Para tí la gloria y honra por siempre.

A MIS PADRES:

José David y Ana Elizabeth. Por su amor, apoyo incondicional y sabios consejos. Que este sueño alcanzado honre en una pequeña parte su arduo trabajo y sacrificio realizado día a día.

A MI HERMANA:

Lisbeth Alejandra, y su esposo René. Por su cariño verdadero y estar siempre a mi lado motivándome a seguir hacia adelante en búsqueda de mis sueños.

A MIS SOBRINAS:

Esther Alejandra y Ana Cecilia. Por ser dos luceros que nacieron juntos para alumbrar mi rostro con sus tiernas sonrisas y alegrarme con sus abrazos.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS:

Por los momentos agradables que hemos disfrutado juntos y por inspirarme para no detenerme y seguir adelante.

A MI AMIGO

RICARDO ESAÚ CARDONA:

Por tu sincera e incondicional amistad. Gracias por tu cariño de hermano, por tu paciencia, por cada uno de tus acertados consejos y sabias palabras. Que este logro sea de motivación para tu vida.



**A MIS AMIGOS DEL COLEGIO
AMÉRICA LATINA:**

En especial a Ana María, Lizuly, Elieth, Pamela, Nery, Byron, Christian, César, Alma y Paola. Por todos los años que hemos compartido y por estar conmigo en buenos y malos momentos dibujando una sonrisa en mis labios.

**A MIS COMPAÑEROS
DE LA UNIVERSIDAD:**

En especial a José Roberto, Daniel y Alex. Por brindarme su amistad, ayudarme en mi preparación profesional y, como pocos, compartir sus conocimientos sin envidias.

A LA JORNADA MATUTINA:

Escuela formadora de excelencia profesional y en especial al Lic. Rafael Godínez, auténtico maestro por vocación.

**A LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA:**

Por abrir sus aulas para la formación de nuevos profesionales comprometidos a servir al pueblo de Guatemala.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia	1
1.1 Familia	1
1.1.1 Origen y concepción.....	1
1.1.2. Importancia de la familia	4
1.1.3. Protección especial a la mujer y al hijo menor de edad	5
1.2. Derecho de familia.....	7
1.2.1. Ubicación en la sistemática jurídica	8
1.2.2. Características del derecho de familia	14
1.3. Materias del derecho de familia.....	16

CAPÍTULO II

2. El matrimonio	21
2.1. Origen etimológico.....	21
2.2. Naturaleza jurídica.....	22
2.2.1. Teoría del matrimonio como un contrato.....	22
2.2.2. Teoría del matrimonio como un negocio jurídico.....	23
2.2.3. Teoría del matrimonio como una institución social.....	24
2.3. Definición doctrinaria	25
2.4. Definición legal	25
2.5. Fines del matrimonio	28
2.5.1. Vida conjunta.....	28
2.5.2. Auxilio recíproco.....	29
2.5.3. Procreación	29
2.5.4. Educación y sustento de los hijos	30

2.6. Sistemas matrimoniales.....	31
2.6.1. Sistema de matrimonio exclusivamente religioso.....	31
2.6.2. Sistema de matrimonio exclusivamente civil.....	31
2.6.3. Sistema de matrimonio mixto.....	32
2.7. Regímenes económicos del matrimonio.....	33
2.7.1. Capitulaciones matrimoniales.....	34
2.7.2. Régimen de comunidad absoluta.....	36
2.7.3. Régimen de separación absoluta.....	36
2.7.4. Régimen de comunidad de gananciales.....	37
2.7.5. Regímenes mixtos.....	38
2.8. Requisitos legales para la validez del matrimonio.....	38
2.8.1. Requisitos personales.....	38
2.8.2. Requisitos formales.....	40
2.8.3. Requisitos solemnes.....	41
2.9. Deberes y derechos que nacen del matrimonio.....	42
2.9.1. Apellido de la mujer casada.....	43
2.9.2. Representación conyugal.....	43
2.9.3. Socorro y asistencia.....	44
2.9.4. Preferencia sobre los ingresos del cónyuge.....	44
2.10. Diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho.....	44

CAPÍTULO III

3. Modificación y disolución del matrimonio.....	47
3.1. Aspectos generales.....	47
3.2. La separación.....	49
3.2.1. Clases de separación.....	49
3.2.2. Efectos propios de la separación.....	51
3.2.3. Reconciliación.....	51

	Pág.
3.3. El divorcio	52
3.3.1. Definición	54
3.3.2. Clases de divorcio	54
3.3.3. Efectos propios del divorcio	55
3.3.4. Reconciliación	56
3.4. Similitudes y diferencias entre la separación y el divorcio	56
3.4.1. Similitudes	56
3.4.2. Diferencias	58
3.5. Causas comunes de separación y divorcio	59

CAPÍTULO IV

4. La prueba biológica del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el derecho de familia.....	67
4.1. Antecedentes.....	67
4.2. Definición de ácido desoxirribonucleico (ADN)	70
4.3. Funciones del ácido desoxirribonucleico (ADN)	71
4.4. Procedimiento para su análisis	73
4.5. Confiabilidad de la prueba de ADN.....	75
4.6. Aplicación en el derecho de familia	76
4.6.1. Filiación	78
4.7. Valor probatorio	81

CAPÍTULO V

5. La ambigüedad en la interpretación de la causal de divorcio y separación regulada en el inciso quinto del Artículo 155 del Código Civil.....	85
5.1. La interpretación	85
5.1.1. Definición	86
5.1.2. Importancia de la interpretación	86

5.1.3. Hermenéutica jurídica	88
5.1.4. Métodos de interpretación	88
5.1.5. Escuelas de interpretación	92
5.2. Anfibología en la interpretación de normas jurídicas	
5.2.1. Características	96
5.3. Ambigüedad en la interpretación del numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106.....	100
5.3.1. Diversas interpretaciones	101
5.3.2. Amenaza de violación a los derechos de la mujer y del hijo menor por la errónea interpretación y aplicación	103
5.4. Necesidad de reformar el numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil	105
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111



INTRODUCCIÓN

El matrimonio como institución jurídica constituye la base de la sociedad, la cual tiene como finalidad el mutuo auxilio y apoyo de ambos cónyuges, quienes se unen con ánimo de permanencia, existiendo la salvedad de que si en caso acaecieran ciertas circunstancias específicas podría llegar a suspenderse o disolverse el vínculo creado.

El Código Civil, Decreto Ley 106, en el numeral quinto del Artículo 155, establece como una causal de divorcio el hecho que la mujer de a luz dentro del matrimonio a un hijo concebido con anterioridad a la celebración del mismo, evidenciando una redacción imprecisa por lo que deja en estado de desprotección a la mujer y al hijo menor de edad; razón por la cual se escogió la temática desarrollada en el presente trabajo de investigación, para evidenciar la necesidad que existe de realizar una modificación a este precepto jurídico.

Frente a dicha realidad y a su incidencia en la sociedad, se genera la problemática que la causal de divorcio antes citada, puede ser interpretada de forma ambigua y oscura, produciendo desigualdad entre los cónyuges y vulnerando los derechos de la mujer y el hijo menor, debido a que no se especifica si el hijo nacido durante el matrimonio pero concebido antes de éste, sin que el marido tuviese conocimiento del embarazo, puede o no ser hijo biológico del mismo marido y como resultado podría ocasionar la disminución de las obligaciones conyugales del propio marido y padre del menor por la culpabilidad que dicha causal le imputa a la mujer, ocasionándose la pérdida del derecho a pensión alimenticia.

En virtud de lo anterior, se planteó como hipótesis del presente trabajo, la existencia de ambigüedad y poca claridad en la quinta causal establecida en el Artículo 155 del Código Civil para solicitar la separación y el divorcio, consistente en el hecho 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; extremo que fue comprobado mediante el análisis jurídico sistemático de la norma en cuestión.



El objetivo general, consistió en analizar los efectos legales que producen la interpretación y aplicación errónea de la mencionada norma, producida por su ambigüedad; el cual se cumplió a través de la investigación realizada y permitió darle un enfoque novedoso con un valioso aporte jurídico a dicha temática.

La presente tesis se desarrolla en cinco capítulos: En el primero se parte del análisis de la figura de la familia, sus características, historia, importancia y el conjunto de normas enfocadas a la regulación de este núcleo social por medio del llamado derecho de familia; en el segundo capítulo se presenta un breve análisis de la institución jurídica del matrimonio como fundamento de la familia, así como todos los elementos que integran dicha institución; en el capítulo tercero se desarrolla la temática la disolución o modificación que pueda darse del vínculo matrimonial, sus efectos, las diferencias y similitudes existentes entre la separación y divorcio, clases y efectos propios de estas figuras jurídicas así como una exposición sobre sus causales; en el cuarto capítulo se presenta un estudio de la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico como un medio científico de prueba, analizando sus funciones, fiabilidad y valor probatorio; finalmente en el quinto capítulo, se estudia la ambigüedad en la interpretación del numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil, estableciendo las violaciones a los derechos de la mujer y el hijo menor, proponiendo una reforma a dicho precepto para evitar que en el futuro se de un abuso al momento de ser aplicado.

A lo largo de la realización de este trabajo de tesis se utilizaron los métodos analítico, sintético, deductivo e histórico, así como las técnicas de observación, fichas de cotejo y análisis doctrinario y de cuerpos legales, con la finalidad de cumplir con los objetivos planteados para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Finalmente, como aporte del presente trabajo de investigación, en beneficio de la sociedad guatemalteca, se espera generar conciencia sobre los actuales detrimentos que ocurren diariamente en materia de derecho de familia, debido a la inapropiada labor legislativa e interpretativa con la que se cuenta en el país.

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia

La familia como forma de organización, establece las bases sobre las cuales se fundamenta la sociedad; y esta a su vez representa uno de los elementos constitutivos del Estado. Debido a lo anterior, ha surgido la necesidad de crear un marco jurídico que regule y proteja los derechos y obligaciones que nacen de dicha institución y de esta forma cumplir con el deber constitucional de protección a la familia.

1.1. Familia

La palabra familia tiene su origen etimológico en el latín *famulus* que significa sirviente o esclavo. En Roma, esta palabra era equivalente al patrimonio, el cual abarcaba tanto a los parientes del amo como a los sirvientes de su casa, posteriormente se abrió el campo semántico de la palabra para incluir a los hijos y esposa, que le pertenecían legalmente. Esto debido a que se consideraban familiares a las personas que saciaban su hambre en una misma casa o a los que tenían un pater -familias común.

1.1.1. Origen y concepción

Tradicionalmente se atribuye el origen de la familia a la naturaleza sociable del hombre. Es así que la familia ha sido concebida como la base sobre la cual está fundada la sociedad, pues el hombre es un ser que en condiciones normales no vive solo, ya que

desde que el ser humano nace, está ligado a otras personas encargadas de su cuidado, educación y sustento; y conforme va creciendo, la relación con otros miembros de la sociedad va en aumento y se extiende no solo por consanguinidad sino también por afinidad o adopción. El origen de la familia también se atribuye a una alianza entre dos grupos de descendientes, vínculo que permite la procreación de los seres humanos.

Existen dos teorías que explican el origen del vínculo que existe entre dos o más personas, que por consanguinidad, forman una familia. La primera teoría es la matriarcal, de conformidad con la cual “se produjo una evolución a partir de una época primitiva de promiscuidad sexual, en la cual la paternidad era insegura y sólo era notoria la maternidad; la madre era el centro y origen de la familia, y el parentesco se consideraba únicamente por línea materna (parentesco uterino).”¹ Es pertinente resaltar la posición del Código Civil, Decreto Ley 106, en cuanto a la notoriedad de la maternidad, pues se establece en el Artículo 210 que: “cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento...”

La segunda teoría es la patriarcal, que al contrario de la antes expuesta, “niega la promiscuidad primitiva y sostiene que desde los tiempos más remotos el padre fue el centro de la organización familiar.”² Esta teoría está orientada a fundamentar la existencia de la familia por medio de la unión de dos integrantes de grupos familiares distintos que viven bajo la autoridad y protección del varón que cuente con la mayor

¹ Belluscio, Augusto César. **Manual de Derecho de familia**. Tomo I, pág. 12.

² *Ibid.* Pág. 13

edad. Con el pasar de los años se produce una evolución de la familia y se va reduciendo la amplitud de ésta, de tal forma que pueden identificarse tres fases en cuanto a la extensión de la familia: el clan, la gran familia y la pequeña familia.

La primera fase, el clan, consiste esencialmente en “una expansión del grupo consanguíneo de familia, tanto en sus aspectos biológicos como en los sociales.”³ Es un grupo de familias bajo la autoridad común de un jefe, organizados en lo social, político y económico. La segunda fase, la gran familia, se origina juntamente con el Estado al cual le corresponde el poder político, dejando de pertenecer a la familia per se. Los miembros del grupo continúan bajo la autoridad del paterfamilias que es el ascendiente común, propietario de los bienes, mujeres y esclavos. y la tercera fase, la pequeña familia, como última etapa de la evolución, es el modelo que en la actualidad se aprecia como núcleo familiar, compuesto por individuos unidos por un vínculo paterno-filial. Ésta se caracteriza por la asistencia que entre sus miembros existe y porque el paterfamilias deja de tener la propiedad de los demás miembros del grupo.

La legislación guatemalteca no proporciona una definición exacta de familia, sin embargo sí se establece en algunos casos la forma en que está compuesta. El Artículo 1940 numeral segundo del Código Civil, Decreto Ley 106, preceptúa que: “...En la familia se comprende su esposa o conviviente de hecho, hijos, padres, o personas que dependan de él económicamente...”. Otra referencia legal de los miembros de la familia se encuentra en el Acuerdo gubernativo No. 424-2006, Reglamento de la ley del

³ López, Enrique Martín. *Textos de sociología de la familia*. Pág. 94

impuesto al valor agregado, que en la parte conducente del Artículo 11 preceptúa que:

“...se entenderá por núcleo familiar el conjunto formado por el padre, la madre y los hijos menores de edad...”.

Por lo anterior, se puede deducir que la familia es un grupo de personas unidas por motivos de consanguinidad, afinidad o adopción, entre las cuales existen deberes y derechos comunes de asistencia moral y económica, que conforman la base biológica, y espiritual sobre la cual está constituida la sociedad.

1.1.2. Importancia de la familia

La importancia de la familia puede ser apreciada desde diversos puntos de vista, siendo los principales el social, político y económico. De esta cuenta que, “en el ámbito social se destaca su importancia e indiscutible relevancia, precisamente porque la familia constituye la célula fundamental de la sociedad. 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.”⁴

La instrucción que los hijos reciben de los padres, abuelos y otros miembros del núcleo familiar es de suma importancia para lograr una buena convivencia social, pues de esta

⁴ Beltranena Valladares de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Tomo I, pág. 94.

forma se les enseñan las diversas conductas y tradiciones que son parte fundamental de su comunidad, con base en los principios de unidad y solidaridad.

Desde el punto de vista político, la importancia de la familia radica en que ésta es utilizada como un valioso elemento de organización estatal, con base en un orden establecido en el ordenamiento jurídico del Estado que proporciona además una protección especial al mantenimiento, fortalecimiento y bienestar de la familia y sus integrantes según el rol que cada uno de ellos desempeña.

Finalmente, desde la perspectiva del ámbito económico, la familia es de gran importancia pues cumple un papel relevante por medio del trabajo que realizan sus miembros así como la adquisición de bienes y servicios, lo cual permite el desarrollo de un mercado dinámico.

1.1.3. Protección especial a la mujer y al hijo menor de edad

Como elemento fundamental para la sociedad, la familia cuenta con protección especial por parte del Estado. La Constitución Política de la República de Guatemala regula en su Artículo 47 que “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.” Obligación que el Estado debe de cumplir por medio de sus organismos e instituciones y que también debe ser observada y cumplida por los miembros de la sociedad.



Sin embargo, los derechos de los miembros de la familia, y especialmente de las mujeres, pueden verse afectados por violencia física, psicológica, económica y la falta de cumplimiento a los deberes de asistencia, lo cual provoca un desequilibrio social, siendo los principales responsables los cónyuges o convivientes. Sin embargo, esto no solo afecta a la mujer sino se extiende a sus hijos menores de edad quienes se ven afectados por estas circunstancias en su desarrollo tanto físico como emocional.

Por esto, se hace necesario dar una protección especial tanto a la mujer como a sus hijos menores de edad, considerando el papel sobresaliente que la mujer tiene dentro de la familia principalmente por la posibilidad que tiene de dar vida a un nuevo ser humano. Esta función no sólo tiene efectos dentro de la familia sino que se extiende en el ámbito social pues la mujer desarrolla una labor importante en el cuidado y educación de los hijos, los cuales serán el futuro de la sociedad.

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula en su parte dogmática la protección especial de la cual debe gozar la maternidad. De esta cuenta que el Artículo 52 de la Carta Magna preceptúa que: “la maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.”.

También contempla como una obligación del Estado brindar la protección adecuada a los hijos menores de edad, tal como se establece en el Artículo 51, el cual señala que: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los

ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.”

1.2. Derecho de familia

Doctrinariamente se ha establecido que diversas son las ramas que conforman al derecho civil, siendo principalmente reconocidas cinco: derecho de personas, derecho de familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones. Esta división ejemplifica la distinción que debe hacerse entre el derecho de personas y derecho de familia, que aunque a diferencia de las otras tres ramas mencionadas, estas no se relacionan con bienes, deben ser consideradas como independientes la una de la otra. Esto debido a que el derecho de personas estudia al sujeto en su individualidad así como las facultades que éste tiene frente al Estado en su papel de ser humano. Contrario sensu, el derecho de familia considera al sujeto en su relación con otros miembros de la sociedad con los cuales está vinculado por razones de consanguinidad, afinidad o adopción ante los cuales tiene derechos y obligaciones.

En este tema es necesario observar la sobresaliente y adecuada división que el Código Civil, Decreto Ley 106 hace en el libro primero, pues en este instrumento jurídico se encuentra situado y regulado el derecho de personas en el título primero y al derecho de la familia en el título segundo. Siendo a partir de este último que se regulan diversos temas concernidos con el matrimonio, parentesco y filiación así como otras instituciones que se relacionan directamente con éstas y que surten sus efectos jurídicos en la familia.

El derecho de familia puede ser definido como un “conjunto de reglas jurídicas tanto de índole personal como de orden patrimonial, relativas al matrimonio y al parentesco”.⁵ Sin embargo, una rama del derecho no puede ser concebida simplemente como un conjunto de reglas pues además de normas jurídicas, toda rama de la ciencia del derecho abarca también una serie de principios que lo fundamentan, doctrinas e instituciones elementales aplicables en su esfera tanto sustantiva como adjetiva.

Por lo anterior, el derecho de familia puede ser definido, abarcando todos sus elementos, como el conjunto de normas jurídicas, principios, doctrinas e instituciones que tiene por objeto regular las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros que integran una familia por motivos de consanguinidad, afinidad o adopción y la protección legal que el Estado debe proporcionar para su seguridad jurídica.

1.2.1. Ubicación en la sistemática jurídica

La sistemática jurídica, es una rama de la jurisprudencia técnica consistente en: “exponer de manera ordenada y coherente, las disposiciones consuetudinarias, jurisprudenciales y legales, que integran cada sistema jurídico.”⁶ En otras palabras, la sistemática jurídica consiste en la técnica empleada dentro del ordenamiento jurídico de un Estado para reglamentar una materia determinada de forma ordenada y coherente, partiendo de las normas fundamentales hasta llegar a las más especializadas.

⁵ López Herrera, Francisco. **Derecho de familia**. Tomo I. Pág. 26.

⁶ Fernández Suarez, Jesús Aquilino. **La Filosofía Jurídica de Eduardo García Maynez**. Pág. 182

Usualmente se busca ubicar una disciplina jurídica dentro de la tradicional división del derecho público y derecho privado. En el caso del derecho de familia este es un tema que no presenta un criterio uniforme para los estudiosos de la materia ni en la legislación de los distintos países, razón por la cual han surgido cinco teorías que pretenden dar solución a las discrepancias existentes:

La primera teoría establece que el derecho de familia es parte del derecho público debido al interés del Estado en dar protección a los particulares en las relaciones jurídicas familiares, mientras que la segunda teoría ubica al derecho de familia dentro del derecho privado, debido a su estrecha relación con el derecho civil y por ser una rama del derecho reguladora de relaciones entre particulares.

Por su parte, la tercera teoría establece que el derecho de familia pertenece a una tercera rama del derecho. Esta es una de las teorías más ambiciosas pues deja la tradicional división bipartita del derecho. Esta nueva división se debe a que se observa en el derecho de familia “relaciones jurídicas similares a las del derecho público, pero diferenciadas en que mientras en éste el interés superior que se tiende a salvaguardar es el del Estado, en aquél es el interés familiar. A su vez, se ve en la familia un organismo similar al Estado, aunque en escala menor.”⁷

Asimismo, se ha desarrollado la teoría de conformidad con la cual el derecho de familia es parte del derecho social. Al igual que la teoría anterior, esta se basa en una división

⁷ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. Pág. 23.

tripartita del derecho en la que se incluye el derecho social como una rama que abarca el derecho de familia, derecho del trabajo y de seguridad social y el derecho ambiental. Esta teoría se desarrolla al considerar como sujeto a la sociedad, la cual integra los intereses de todos sus miembros, es decir, la población y el Estado como un conjunto en búsqueda de la protección de un interés común.

Por último, la quinta teoría que establece la necesidad de determinar la ubicación del derecho de familia dentro de un ordenamiento jurídico para comprobar si el derecho de familia cumple con los requisitos para ser considerado como una rama autónoma del derecho e independiente del derecho civil. Una de las características de una rama del derecho independiente es su autonomía legislativa, lo que significa que debe contar con cuerpos normativos distintos de las demás ramas del derecho, por lo que es evidente que el resultado variará según el ordenamiento jurídico de cada Estado.

En Guatemala, las normas del derecho de familia se encuentran estrechamente relacionadas e incluso amalgamadas con las normas del derecho civil, razón por lo cual no puede considerarse al derecho de familia como una rama autónoma del derecho e independiente del derecho civil.

Caso contrario al de Guatemala es el de países como Honduras y Costa Rica que cuentan con códigos de familia, cuerpos normativos que regulan de forma exclusiva el derecho de familia. Por medio de la implementación de estos códigos han logrado dotar de independencia al derecho de familia respecto al derecho civil. El caso de Costa Rica es más sobresaliente pues en el Artículo 3 del Decreto 76 -84 del Congreso

Nacional, Código de Familia, se establece que las disposiciones contenidas en dicho código son de orden público, logrando así eliminar las discrepancias sobre su ubicación en la sistemática jurídica.

El derecho de familia ha tenido un avance significativo a través de los años debido a la necesidad de contar con normas específicas que otorguen protección especial a la familia y sus integrantes. Esto ha generado que las disposiciones legales que lo regulan tanto en su esfera sustantiva como adjetiva, se encuentren dispersas en una gran diversidad de cuerpos normativos, siendo los principales los que se detallan a continuación:

- **Constitución Política de la República de Guatemala**

Como norma fundamental, contempla los derechos y obligaciones básicos que deben ser observados obligatoriamente tanto por el Estado como por la población guatemalteca. El derecho de familia se encuentra regulado en el Artículo uno, al establecer que el Estado se organiza para proteger a la familia. Asimismo regula dentro de la sección primera del Capítulo II, Artículos 47 al 56, la protección que debe darse a la familia y otras instituciones del derecho de familia.

- **Decreto Ley 106, Código Civil**

Es el cuerpo legal en el que se regula la mayoría de instituciones que conforman el derecho de familia, al establecer los deberes, derechos y obligaciones que surgen por

el vínculo familiar y que son fundamentales debido a la importancia de esta institución en la sociedad. La normativa se encuentra en el Título II del libro primero, Artículos 78 al 368.

- **Decreto 77-2007 del Congreso de la República**

Con base en la protección que regula la Constitución Política de la República de Guatemala, el 31 de diciembre de 2007 entró en vigencia la Ley de Adopciones. Esta se originó de los numerosos casos de adopciones irregulares en los que esta institución jurídica fue utilizada para lucrar de una forma desmedida y en perjuicio de los menores que eran objeto de adopción. Representa un instrumento jurídico novedoso y complejo que busca en primer lugar la protección del interés superior del niño adoptado, normativa que vino a suplir deficiencias de la regulación que de esta materia se hacía en el Código Civil, Decreto Ley 106, la cual era insuficiente para evitar violaciones al derecho de familia.

- **Decreto 90-2005 del Congreso de la República**

El 19 de febrero de 2006, entró en vigencia la Ley del Registro Nacional de las Personas, entidad autónoma que tiene por objeto organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales, inscribir los hechos y actos relativos a su estado civil. Es la entidad encargada de inscribir matrimonios, divorcios, uniones de hecho, reconocimientos de paternidad, adopciones y otros actos jurídicos relacionados con el derecho de familia.

- **Decreto 27-2003 del Congreso de la República**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia entró en vigencia el 19 de julio del año 2003, siendo un cuerpo normativo innovador en el cual se reconocen diversos derechos fundamentales de los menores de edad, que han sido reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala así como en tratados internacionales. Entre estos derechos se puede mencionar el derecho que tienen los niños y adolescentes a gozar de una familia así como a ser adoptados en condiciones seguras. Por medio de esta ley también se garantiza el derecho de los padres a la patria potestad sobre sus hijos menores de edad aún en caso de escases de recursos económicos dentro del núcleo familiar. Lo relacionado con los derechos de la niñez y adolescencia se encuentra regulado en la sección quinta que comprende los Artículos 18 al 24.

- **Decreto Ley 206, Ley de Tribunales de Familia**

Junto con el Código Civil, Decreto Ley 106, esta ley entra en vigencia el uno de julio del año 1964 como una ley de carácter procesal que surge al considerar a la familia como el elemento fundamental de la sociedad, por lo que debe ser protegida por el Estado por medio de la creación de una jurisdicción privativa y especializada que tenga como finalidad el proteger efectivamente al núcleo familiar. Esta normativa se caracteriza por implementar principios como el impulso procesal de oficio, flexibilidad, conciliación y oralidad en caso de litigios en materia de derecho de familia y así aumentar la protección a esta institución tan importante.



- **Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil**

Esta ley procesal regula diversos procedimientos por medio de los cuales se pueden resolver asuntos litigiosos relacionados con el derecho de familia. Norma la forma de tramitar determinados asuntos de jurisdicción voluntaria en la vía judicial, tales como la separación, divorcio, constitución de patrimonio familiar, autorización para contraer matrimonio, reconocimiento de preñez o de parto, asiento y rectificación de partidas, temas que se encuentran relacionados con el presente trabajo de investigación.

- **Decreto 54-77 del Congreso de la República**

La Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria contempla, en relación con el derecho de familia, el procedimiento de reconocimiento de preñez o de parto, rectificación de partidas, omisión de partidas así como el procedimiento para la constitución de patrimonio familiar. Estos procedimientos son de gran importancia para la creación y modificación de instituciones de dicha rama del derecho. La normativa relacionada se encuentra contemplada en los Artículos 14 al 17, 21, 23 y del 24 al 27.

1.2.2. Características del derecho de familia

Existen diversas características propias del derecho de familia que permiten diferenciarlo de otras ramas jurídicas, las cuales se describen a continuación:



El contenido del derecho de familia es notablemente ético, esto se debe a que se establecen normas que tienen como finalidad el desenvolvimiento de las relaciones familiares tomando en cuenta principios de respeto y de reciprocidad para una correcta convivencia social. De esto se deriva que existan normas de derecho de familia que no pueden ser cumplidas por medio de la coerción, tal es el caso del Artículo 263 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual preceptúa: “los hijos aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres...” precepto que depende de la buena voluntad, conciencia moral y de la educación que se le haya impartido a la persona que está llamada a darle cumplimiento.

En el derecho de familia es predominante el interés social sobre el particular. El interés primordial es el de la familia como base fundamental de la sociedad, por lo que se encuentran normas que sancionan situaciones en los que se vulnera la continuidad y buen desarrollo de la familia por parte de uno de sus miembros, o bien, normas que establecen obligaciones de ciertos sujetos hacia el resto del núcleo familiar, las cuales deben ser observadas para beneficio de la colectividad.

Las normas que regulan el derecho de familia son de orden público. Por esta razón, existen ciertos presupuestos legales que de no ser observados, generan sanciones por parte del Estado hacia sus infractores, dotándolos así de imperatividad. Ejemplo claro de esta característica es la sanción penal de la cual es objeto la persona que incumple con su obligación de prestar alimentos, delito que en la actualidad debe ser perseguido de oficio.

En el derecho de familia se limita el principio de autonomía de la voluntad, lo cual se debe al carácter imperativo de esta disciplina jurídica, pues no se pueden disminuir por convenio o contrato entre los miembros del núcleo familiar los derechos legalmente establecidos; de allí el carácter irrenunciable e imprescriptible de determinados derechos como el de percibir alimentos.

Las normas del derecho de familia se basan en la reciprocidad. Esta característica se evidencia tanto en el matrimonio, en la relación entre cónyuges, como en los deberes de los padres hacia los hijos y viceversa, lo cual puede variar según las circunstancias de cada uno de los miembros de la familia en cuanto a edad, salud y fortuna. Esta característica ha ido desarrollándose en el tiempo pues anteriormente se creía en la superioridad absoluta del padre de familia sobre el resto de los integrantes de la misma.

1.3. Materias de derecho de familia

El jurista Gautama Fonseca, en cuanto al contenido del derecho de familia, expone que “El derecho de familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo. En sentido objetivo se entiende por derecho de familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros.”⁸

⁸ Fonseca, Gautama, *Curso de derecho de familia*. Tomo I, Pág. 14.

En virtud de lo anterior, se indica que el derecho de familia comprende también normas que regulan no solo las relaciones personales entre los miembros de un núcleo familiar sino también las relaciones de carácter patrimonial que en este grupo surgen.

Otro punto de vista es dado por Augusto César Belluscio, quien afirma que: “el derecho de familia comprende el derecho matrimonial (promesa, celebración, nulidad, efectos extramatrimoniales y patrimoniales, disolución del matrimonio y limitación de sus efectos), las relaciones jurídicas paterno-filiales (filiación y adopción) y las relaciones parentales en sentido amplio (derecho del parentesco), situándose bien en este último o bien independientemente las denominadas relaciones cuasifamiliares comprensivas de la tutela y la curatela. También se estudian en el derecho de familia las consecuencias jurídicas de la unión de hecho (concubinato).”⁹

De tal manera, puede afirmarse que las principales instituciones que son objeto de estudio, análisis y regulación normativa del derecho de familia, son el matrimonio y la filiación pues “ambas representan el fundamento y génesis para la existencia del conjunto de derechos, obligaciones y demás instituciones que encuentran su origen en la familia.”¹⁰

El matrimonio es definido por el jurista Eduardo J. Couture como la institución jurídica constituida por la unión legal del hombre y la mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocos, fundados en el afecto e instituidos con el propósito

⁹ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. Pág. 28.

¹⁰ Messineo, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Tomo III, Pág. 31

de organizar la familia.¹¹ De la institución del matrimonio se derivan otras instituciones como los esponsales, los regímenes económicos del matrimonio, la separación y el divorcio.

De conformidad con Planiol – Ripert, citado por Alfonso Brañas, la filiación “es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra”,¹² es así que de la filiación se originan otras instituciones del derecho de familia tales como el parentesco, patria potestad, tutela, adopción, alimentos y el patrimonio familiar. Debe tomarse en consideración que la filiación es conocida también como paternidad y maternidad, según si el vínculo del que se trata se da respecto al padre o la madre.

El parentesco es de suma importancia para establecer el vínculo familiar. Éste debe ser entendido como el “vínculo o ligamen que une a los miembros de una familia”¹³ ya sea por consanguinidad, afinidad o por disposición de la ley. Es de suma importancia establecer el alcance del parentesco para determinar los límites del derecho de familia pues para el derecho se deja de considerar a la familia como las personas que tienen un ascendiente común por más lejano que sea y restringe este alcance a determinados grados.

El Código Civil, Decreto Ley 106, preceptúa en el Artículo 190 que: “la ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del

¹¹ Couture, Eduardo J. **Vocabulario Jurídico**. Pág. 401

¹² Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil** . Pág. 215

¹³ Couture, Eduardo J. Ob. Cit. Pág. 442.



segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado.” Esta norma es de trascendental importancia, pues será aplicable el derecho de familia solamente en los casos en que el vínculo familiar este dentro de estos límites.



CAPÍTULO II

2. El matrimonio

Desde tiempos remotos, el matrimonio ha sido considerado como la base sobre la cual se fundamenta la familia, pues promueve la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad así como la procreación para la conservación de la especie humana. Este importante papel ha generado que sea considerado como una institución básica del derecho civil cuyo análisis es fundamental para comprender otras instituciones que de ella se derivan.

2.1. Origen etimológico

La palabra matrimonio se origina de los vocablos latinos *matris* que significa madre y *monium* que significa carga o gravamen. Al respecto, el Licenciado Carlos Vásquez Ortiz señala que “se prefirió este nombre y no el de patrimonio, tomando en consideración que fundamentalmente se refiere en los derechos reales o económicos. Mientras se afirma el nombre de matrimonio, por cuanto era la mujer la que en realidad determinaba el vínculo de parentesco, con toda certeza en la filiación, dentro de la comunidad primitiva, en donde se dio la promiscuidad sexual.”¹⁴ Se evidencia de esta forma el grado de importancia de la mujer dentro de la familia, pues generalmente se le atribuía de forma exclusiva la obligación del cuidado del hogar y educación de los hijos,

¹⁴ Vásquez Ortiz, Carlos. *Derecho civil I*. Pág. 69.

mientras que al hombre se le imponía la obligación de proveer económicamente a la familia. Estas ideas han cambiado con el pasar del tiempo por medio de la implementación del principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio.

2.2. Naturaleza jurídica

Existen diversas teorías en cuanto a la naturaleza del vínculo matrimonial, siendo las principales las siguientes:

2.2.1. Teoría del matrimonio como un contrato

De conformidad con esta postura, el matrimonio cuenta con elementos básicos de un contrato: finalidad lícita, consentimiento y capacidad de los contrayentes. Esta teoría se fortalece por el hecho que al igual que algunos contratos civiles, el matrimonio debe ser autorizado por un funcionario competente, y de la misma forma se da su disolución o suspensión, siendo insuficiente el simple consentimiento.

Esta teoría puede ser objeto de diversas crítica debido a que el matrimonio no cumple con todas las características de un contrato civil debido a que su esencia es de carácter moral y no patrimonial, de esta forma, no existe autonomía de voluntad al momento de establecer los derechos y obligaciones que se originan del matrimonio y que están contemplados en la ley. Al respecto, es necesario observar lo que el jurista Alfonso Brañas señala, al afirmar que: “la entrega recíproca de dos personas no puede ser

objeto de contrato”.¹⁵ De esta forma, sería imposible obligar a alguno de los cónyuges a contraer matrimonio de la forma en que puede obligarse a los contratantes a dar cumplimiento con lo acordado.

De conformidad con la legislación guatemalteca, el matrimonio no puede ser considerado como un contrato pues tal como lo preceptúa el Artículo 1517 del Código Civil, este existe “...cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación” y debido a que los contrayentes no pueden negociar los derechos y obligaciones que se originan del matrimonio, es imposible la existencia de contrato.

2.2.2. Teoría del matrimonio como un negocio jurídico

Para entender esta teoría es necesario señalar que un negocio jurídico es la declaración de voluntad de una o más personas por medio de la cual se evidencia la intención de crear, modificar o extinguir obligaciones. Conforme este punto de vista, son los contrayentes y funcionario autorizante los sujetos que manifiestan su voluntad de crear derechos y obligaciones matrimoniales; de esta forma, el funcionario realiza un acto en el que se constituye el matrimonio y no un acto declarativo del mismo.

Esta teoría adolece de ser sumamente formalista y toma como base elemental del matrimonio el documento en el cual es autorizado. De conformidad con el

¹⁵ Brañas, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 127

ordenamiento jurídico guatemalteco, el matrimonio no puede ser concebido como un negocio jurídico constituido por un funcionario, pues tal como lo establece el Artículo 92 del Código Civil, Decreto Ley 106, el matrimonio, “debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión...” lo cual evidencia el carácter declarativo del matrimonio para que este surja sus efectos.

2.2.3. Teoría del matrimonio como una institución social

De acuerdo con esta teoría, el matrimonio “representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, y al cual las partes no tienen más que adherirse.”¹⁶ Otro aspecto a considerar y que fortalece esta teoría es el hecho que del matrimonio se origina un cambio permanente en la vida de los contrayentes que dará origen a nuevas relaciones jurídicas entre sí, hacia los hijos y demás parientes. Este cambio se da en el estado civil de los contrayentes.

La legislación guatemalteca adopta este criterio en el Artículo 78, al calificar al matrimonio como una institución social. Esto debido a que se instituye un cambio en el estado civil de los contrayentes quienes adquieren ciertos derechos y obligaciones especiales que no pueden ser negociados o modificados y que tienen como propósito el logro de un fin específico.

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 129.

2.3. Definición doctrinaria

El concepto de matrimonio “puede ser analizado desde tres puntos de vista: formalista, jurídico formal y sociológico”¹⁷. El primero, no tan relevante para el derecho, atiende a la finalidad estrictamente sexual del matrimonio, y lo define como la pareja formada por los esposos. El segundo punto de vista considera que es el acto de celebración que deberá de cumplir con determinados requisitos y formalidades contemplados en un ordenamiento jurídico. El tercer punto de vista establece que es el estado que adquieren los contrayentes como consecuencia directa del acto de celebración del mismo y por el cual se entabla una relación más o menos permanente entre hombre y mujer.

Considerando lo anterior y la naturaleza jurídica del matrimonio, éste puede ser definido como el estado que adquiere un hombre y una mujer, que se han unido mediante un acto revestido de formalidades legales, con la finalidad de vivir juntos y formar una familia.

2.4. Definición legal

El Código Civil, Decreto Ley 106, brinda una definición bastante acertada y completa de matrimonio, al establecer en el Artículo 78 que: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 125.

permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.” Por otra parte, el Artículo 79 indica que: “el matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este Código para su validez”.

- **Elementos de la definición**

Para realizar un estudio completo de la definición de matrimonio es necesario analizar cada uno de sus elementos. En primer lugar sobresale el carácter de institución social que la legislación guatemalteca otorga al matrimonio. Por lo que de esta forma se descarta la posibilidad de ser clasificado como un negocio jurídico o un contrato y se evidencia el valor que el matrimonio tiene en la sociedad como uno de sus pilares fundamentales y que en consecuencia debe de gozar de especial protección por parte del Estado. Otro aspecto a considerar es la imposibilidad que se deriva del Código Civil, Decreto Ley 106, para que el matrimonio sea contraído por personas del mismo sexo, pues claramente se indica que este puede darse solamente entre un hombre y una mujer.

El elemento temporal juega un papel importante dentro del matrimonio pues se presume que este perdurará en el tiempo. El matrimonio es considerado como: “una unión de por vida, dado que los intereses morales y materiales de ella nacidos, que el honor y bienestar de la familia reclaman su mantenimiento hasta que la muerte de

alguno de los consortes ponga término a la comunidad de modo natural e inevitable”.¹⁸

Debe tenerse claro que esta perpetuidad no siempre termina de forma natural pues la misma ley establece otras formas de dar fin a esta unión.

Asimismo los cónyuges deben de vivir juntos pues de otra forma no podrían cumplir con el elemento teleológico del matrimonio que consiste en procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. Para cumplir con esto último, la legislación ha abandonado la tradicional y ahora obsoleta idea por la cual se imponía solamente a la madre la crianza de los hijos y se dejaba al padre como el encargado de forma exclusiva de proveer a la familia, tareas que en la actualidad son propias del matrimonio y deben ser cumplidas por las personas que lo conforman en condiciones de igualdad.

Por último, para que exista un matrimonio reconocido ante la ley, es necesario cumplir con el elemento formal del mismo, consistente en el acto de su autorización por un funcionario con facultades legales. Esto es un elemento esencial para que los cónyuges puedan hacer valer sus derechos y ejercer sus obligaciones propias del matrimonio.

La necesidad de cumplir con el elemento formal antes mencionado se da por que el matrimonio no puede ser considerado un acto constitutivo por la simple unión del hombre y la mujer, sino que además, debe existir autorización estatal y su correspondiente inscripción en el Registro Nacional de las Personas.

¹⁸ Vásquez Ortiz, Carlos. Ob. Cit. Pág. 70.

2.5. Fines del matrimonio

Los fines del matrimonio pueden ser analizados según se refiera a los fines propios de la institución (fines operis), o bien, los fines particulares de cada pareja que se une por medio de esta institución (fines operantis). Sin embargo, para el derecho solamente es sobresaliente el estudio de los fines de la institución en sí. La tendencia actual de la legislación civil en algunos países es no preceptuar los fines que deben de cumplirse con el matrimonio, esto debido a que estos se dejan a discreción de la pareja.

En Guatemala, el Código Civil, Decreto Ley 106, preceptúa ciertos fines del matrimonio los cuales son: 1. la vida conjunta, 2. el auxilio recíproco, 3. la procreación, 4. la educación y sustento de los hijos; cuyo análisis se presenta a continuación.

2.5.1. Vida conjunta

De conformidad con el Artículo 78 del Código Civil, Decreto Ley 106, uno de los fines del matrimonio es el hecho que el hombre y la mujer vivan juntos. Como ejemplo de la evolución que este fin ha tenido, puede tomarse como referencia histórica el matrimonio en Roma, donde la convivencia de los cónyuges no era un elemento imprescindible y no era necesaria la convivencia efectiva, pues se consideraba que “el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos.”¹⁹ En la actualidad, ningún sentido tendría

¹⁹ Iglesias, Juan. **Derecho Romano**. Pág. 339.

que un hombre y una mujer se unan solamente mediante un acto formal si en realidad no realizan vida conjunta, ya que de ser así, no habría posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones entre sí y frente a la prole. De allí que una de las causales de divorcio sea el abandono voluntario y la ausencia inmotivada del hogar conyugal.

2.5.2. Auxilio recíproco

De la mano de la vida conjunta se encuentra el auxilio que los cónyuges deben prestarse entre sí. Principalmente se atribuye al cónyuge varón la obligación de auxiliar a la mujer, sin embargo ésta también debe hacerlo en caso de necesitarlo el varón. Un ejemplo de esto se encuentra en el Artículo 111, en el cual se establece la obligación de la mujer de colaborar con el sostenimiento del hogar juntamente con su cónyuge, si posee bienes propios o si desarrolla alguna actividad que produzca beneficios económicos. Otro ejemplo, se encuentra en el Artículo 283 el cual regula la obligación que los cónyuges tienen de darse alimentos.

2.5.3. Procreación

Este fin ha sido punto de debate para estudiosos de la materia, pues mientras algunos afirman que la procreación es esencial para la existencia de una verdadera familia, otros afirman que no debe verse la procreación como un elemento indispensable del matrimonio ni de la familia y menos como una finalidad de estos. Esta postura negativa se basa en que muchos matrimonios no pueden o simplemente no desean procrear y eso no es causal para dar por terminado el matrimonio, además consideran que dos

personas son suficientes para conformar un núcleo familiar. El Código Civil, Decreto Ley 106, contempla la procreación como un elemento importante, a tal punto que la impotencia de uno de los cónyuges puede ser invocada como causal de divorcio si es posterior al matrimonio, y es anulable el matrimonio si la impotencia es previa a éste.

La tendencia a considerar la procreación como una finalidad del matrimonio se mantiene en la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, la cual preceptúa en el Artículo 13 que: “podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado”. Mientras que la única opción que se da para que una persona soltera pueda adoptar es en casos comprobados en que así lo exija el interés superior del niño.

2.5.4. Educación y sustento de los hijos

Este fin se encuentra estrechamente relacionado con la procreación y su cumplimiento surte efectos tanto dentro del núcleo familiar como dentro de la sociedad. No tendría sentido la procreación si los hijos no cuentan con el sustento necesario para sobrevivir, o bien, que no cuenten con los conocimientos e instrucciones esenciales, basadas en principios morales, para poder desarrollar un papel productivo dentro de la sociedad y familia. Para el efecto, el Código Civil, Decreto Ley 106, regula en el Artículo 253 la obligación que tiene tanto el padre como la madre de cuidar y sustentar a sus hijos, educarlos y corregirlos. Obligación que de no ser observada dará lugar a responsabilidades tanto civiles como penales.

2.6. Sistemas matrimoniales

En la actualidad pueden observarse tres tipos de matrimonio: el religioso que es celebrado ante una autoridad de los distintos credos; el matrimonio civil que es el celebrado ante un funcionario que debe contar con las facultades legales suficientes, y el sistema mixto que incorpora a los dos anteriores. Las características y efectos de cada uno se presentan a continuación:

2.6.1. Sistema de matrimonio exclusivamente religioso

De conformidad con este sistema matrimonial, se reconocen efectos únicamente al matrimonio que ha sido celebrado ante una autoridad eclesial. Para esto, los interesados en contraer matrimonio previamente deben cumplir con una serie de ritos religiosos y llenar ciertos requisitos espirituales. Se toma como base la creencia que un ser supremo es el único que puede unir a dos personas en matrimonio, por lo que si no se hace de esta forma, el matrimonio carece de validez y los cónyuges viven en pecado.

2.6.2. Sistema de matrimonio exclusivamente civil

Es el matrimonio celebrado ante una autoridad estatal, la cual tiene facultades legales suficientes para que el mismo surta todos sus efectos y sea susceptible de ser inscrito en los registros públicos correspondientes. Por lo general se da esta clase de matrimonio antes de realizar una ceremonia religiosa en la que los feligreses den

cumplimiento con los requerimientos que su credo les impone. “Generalmente se considera que el sistema de la celebración del matrimonio civil previamente a la del religioso, es una manifestación de la supremacía estatal respecto a la Iglesia”.²⁰

2.6.3. Sistema de matrimonio mixto

En este sistema los interesados pueden optar a contraer matrimonio ante una autoridad eclesial o bien ante un funcionario público facultado para el efecto. De esta forma no se excluyen los sistemas anteriores sino se vuelven optativos pues ambos surten efectos frente al Estado. En Guatemala se reconoce el matrimonio que ha sido autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente, tal como lo estipula el Artículo 49 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 92 del Código Civil, Decreto Ley 106.

Por lo expuesto anteriormente, se considera que en Guatemala es reconocido el sistema de matrimonio mixto pues no sólo funcionarios públicos tienen la potestad de autorizar matrimonios sino se extiende a los ministros de culto que han cumplido con los requisitos legalmente necesarios. El procedimiento para que un ministro de culto adquiera autorización para la autorización de un matrimonio se encuentra regulado en el Acuerdo Gubernativo 263-85, reglamento para autorizar a los ministros de los cultos debidamente registrados para celebrar matrimonios con efectos civiles. Este acuerdo

²⁰ Brañas, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 133.



fue reformado por el Acuerdo Gubernativo número 409-87. De conformidad con esta normativa, la autorización debe ser solicitada y tramitada ante el Ministerio de Gobernación o las gobernaciones departamentales. Debe entenderse entonces, que el ministro que no cumpla con este procedimiento, al celebrar un matrimonio, éste carece de efectos civiles por sí solo.

2.7. Regímenes económicos del matrimonio

La autorización del matrimonio, determina la existencia de situaciones de carácter patrimonial que se dan en las relaciones entre los cónyuges así como en las de ellos con terceras personas. Estas relaciones patrimoniales están determinadas por el régimen económico del matrimonio, conocido también como régimen matrimonial y que puede ser definido como “un sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.”²¹

Por medio de este sistema, se regula la propiedad de los bienes que los cónyuges aportan en el momento de contraer matrimonio y los adquiridos luego de su autorización, la contribución que los cónyuges deben hacer al sustento de la familia y la forma en la que responderán por las obligaciones frente a terceros. Sin embargo, el régimen económico del matrimonio no comprende determinados bienes que son propios de cada cónyuge y que no forman parte del patrimonio conyugal. El Artículo 127 del Código Civil, Decreto Ley 106, contempla entre éstos bienes los que sean

²¹ Belluscio, Augusto César. **Manual de derecho de familia**. Tomo II. Pág. 3

adquiridos por heredad, donación u otro título gratuito, y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedades, deducidas las primas pagadas durante el matrimonio.

2.7.1. Capitulaciones matrimoniales

El régimen económico del matrimonio está determinado por las capitulaciones matrimoniales que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 116 del Código Civil, Decreto Ley 106, otorgan los contrayentes antes o en el acto de la celebración del matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales deben ser consideradas como los convenios por medio de los cuales los otorgantes pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.

Sobre esto, el jurista Antonio Pérez Martín considera que: “la función estelar que tienen las capitulaciones matrimoniales es permitir a los cónyuges la elección del régimen económico matrimonial que quieren que regule sus relaciones económicas y patrimoniales durante el matrimonio”.²²

Por su parte, el Artículo 117 del Código Civil, Decreto Ley 106, brinda una definición de las capitulaciones matrimoniales, al regular que son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio.

²² Pérez Martín, Antonio Javier. *Tratado de derecho de familia*. Tomo II. Pág. 52.

De conformidad con la legislación guatemalteca, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales es obligatorio cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a dos mil quetzales; si alguno de los contrayentes ejerce profesión, arte u oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de doscientos quetzales al mes; si alguno de ellos tuviere en administración bienes de menores o incapacitados o si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado.

En cuanto a su forma, las capitulaciones matrimoniales pueden constar en escritura matriz o en acta faccionada ante el funcionario que haya de autorizar le matrimonio. En el primer caso, se trata de matrimonio autorizado por notario y en el segundo, matrimonio autorizado por alcalde o ministro de culto. Además, para que estas surtan efectos se deben encontrar debidamente inscritas en el Registro Nacional de las Personas y en el Registro de la Propiedad en caso que se afecten bienes inmuebles o derechos reales sobre éstos.

El Artículo 121 del Código Civil, establece el contenido con el que deben cumplir las capitulaciones matrimoniales:

- “1º. La designación detallada de los bienes que tenga cada uno de los cónyuges al contraer matrimonio;
- 2º. Declaración del monto de las deudas de cada uno; y
- 3º. Declaración expresa de los contrayentes sobre si adoptan el régimen de comunidad absoluta, el de separación absoluta, o el de comunidad de gananciales; o con las modalidades y condiciones a que quieran sujetarlo.”

2.7.2. Régimen de comunidad absoluta

Este es el máximo exponente de un régimen de comunidad.²³ Por este régimen, el patrimonio conyugal estará conformado tanto por los bienes adquiridos durante el matrimonio, como por los que les pertenecían antes de la autorización del mismo a cada cónyuge, exceptuándose solamente los bienes que el Código Civil, Decreto Ley 106, considera como propios. De conformidad con este sistema económico matrimonial, al momento de disolverse el matrimonio el patrimonio conyugal deberá dividirse por la mitad.

2.7.3. Régimen de separación absoluta

En este régimen, coexisten los dos patrimonios de los cónyuges completamente separados, como los patrimonios de dos extraños,²⁴ de tal forma que cada uno de los cónyuges conserva la propiedad y la administración de los bienes que le pertenecían antes de la autorización del matrimonio y de los frutos que obtenga de los mismos. Cada cónyuge también es propietario exclusivo de los salarios, sueldos y ganancias que obtenga por servicios personales o los que obtenga por el ejercicio del comercio o industria. En este caso, debido a que no existe un patrimonio conyugal, al disolverse el matrimonio, la situación de los cónyuges frente a sus bienes no sufre modificación alguna.

²³ Grupo Editorial El Derecho y Quantor. **Regímenes Económico- Matrimoniales.** Pág. 15.

²⁴ *Ibid.* Pág. 17.

2.7.4. Régimen de comunidad de gananciales

Aun cuando implica comunidad, ésta no es de la misma intensidad que en el régimen de comunidad absoluta, pues en este régimen coexisten tres patrimonios distintos: los patrimonios propios de cada cónyuge y sobre los cuales cada uno guarda autonomía en su propiedad y administración y el patrimonio conyugal o ganancial que se creará con los bienes y obligaciones adquiridos con posterioridad a la autorización del matrimonio. Al momento de disolverse el matrimonio, cada cónyuge conserva intacto su patrimonio autónomo mientras que el patrimonio conyugal se dividirá en partes iguales.

El Artículo 124 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece los bienes afectos a división:

1º. Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes;

2º. Los bienes que se compren o permuten con esos frutos; y

3º. Los bienes que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria. Es relevante mencionar el carácter subsidiario del régimen de comunidad de gananciales ya que en caso de falta de capitulaciones matrimoniales, se entenderá contraído el matrimonio bajo este régimen.

2.7.5 Regímenes mixtos

A pesar que no se encuentran expresamente regulados, el Código Civil, Decreto Ley 106, contempla en el Artículo 121 la posibilidad que los cónyuges adopten por medio de las capitulaciones matrimoniales cualquiera de los regímenes anteriores, sujetándolos a ciertas condiciones o modalidades que ellos mismos consideren convenientes a sus intereses.

2.8. Requisitos legales para la validez del matrimonio

Para que exista matrimonio válido y legal, es necesario cumplir con ciertos requisitos. Estos pueden ser dividido en intrínsecos, o de fondo, y extrínsecos o de forma.²⁵ También pueden dividirse los requisitos del matrimonio en personales, formales y solemnes, división que se analiza a continuación:

2.8.1. Requisitos personales

Tal como lo preceptúa el Artículo 78 del Código Civil, Decreto Ley 106, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, razón por la cual es requisito indispensable la diferencia de sexos entre los contrayentes. Otro requisito lo representa la capacidad que los contrayentes deben de tener para contraer matrimonio. Esta capacidad no solo está determinada por la edad sino también por la ausencia de impedimentos.

²⁵ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 155.

En cuanto a la edad, el Artículo 81 del Código Civil establece que la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio por sí mismo. Sin embargo pueden contraerlo el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14 años, siempre que medie la autorización de los padres, tutores o dispensa judicial según sea el caso. Esta autorización también es necesaria en caso de matrimonio de varón menor de 16 años y mujer menor de 14, pero en este caso, el matrimonio solo podrá autorizarse si la mujer ha concebido.

El Código Civil, Decreto Ley 106, regula dos tipos de impedimentos para contraer matrimonio, los dirimentes o absolutos y los impidientes. Los dirimentes vuelven nulo el matrimonio que se ha celebrado sin su observancia y existe entre los parientes consanguíneos en línea recta, y en la colateral, los hermanos y medios hermanos; entre los ascendientes y descendientes ligados por afinidad; y entre las personas casadas y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se disuelva legalmente esa unión.

Los impidientes vuelven anulable el matrimonio celebrado sin su observancia y existe en caso de matrimonio de menor de 18 años sin el consentimiento de sus padres o tutor; matrimonio de varón menor de 16 años o de mujer menor de 14 años sin que la mujer haya concebido y presten su consentimiento los padres o tutores; matrimonio entre el tutor o el protutor o sus descendientes, con la persona que esté o haya estado bajo su tutela o protutela sin que se hayan aprobado las cuentas respectivas; matrimonio del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no cumple con hacer

inventario judicial de los bienes de aquéllos, ni garantiza su manejo; y matrimonio entre adoptante y adoptado mientras dure la adopción.

Otro requisito personal fundamental es el consentimiento que ambos cónyuges deben manifestar ante el funcionario que autoriza el matrimonio. Este consentimiento no debe adolecer de error, dolo o coacción de ninguna clase. De conformidad con el Artículo 145 del Código Civil, Decreto Ley 106, el matrimonio que no cumpla con este requisito es considerado anulable.

2.8.2. Requisitos formales

Para la autorización del matrimonio se debe cumplir con la formación del expediente matrimonial para lo cual intervienen “elementos personales (contrayentes, funcionario autorizante, testigos si fuere necesario) y elementos materiales (documentos).”²⁶

El expediente matrimonial inicia en el momento en que los interesados manifiestan su intención de contraer matrimonio. El funcionario debe recibir bajo juramento y hacer constar en acta, la declaración de cada uno sobre los siguientes puntos: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombre de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentan capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de

²⁶ Brañas, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 152.



que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona. Además, al expediente matrimonial debe agregarse la constancia de sanidad que de conformidad con el Artículo 97 del Código Civil, Decreto Ley 106, ambos contrayentes tienen la obligación de presentar, salvo que ya hayan mantenido relaciones de hecho.

2.8.3. Requisitos solemnes

El funcionario que autoriza un matrimonio debe previamente observar que se hayan cumplido con todos los requisitos personales y formales y comprobado este extremo, debe señalar, si los contrayentes así lo solicitan, el día y la hora para que se lleve a cabo la celebración del matrimonio, o bien, puede proceder a su celebración de forma inmediata.

Durante la ceremonia de celebración, el funcionario debe dar lectura a los Artículos 78 y del 108 al 112 del Código Civil, Decreto Ley 106, los cuales tratan sobre la institución del matrimonio y los derechos y obligaciones que surgen respecto a los cónyuges; posteriormente recibirá de cada uno de los cónyuges su consentimiento expreso de tomarse respetivamente como marido y mujer.

Acto seguido, el funcionario los declarará unidos en matrimonio. A continuación, los cónyuges deben aceptar y firmar el acta seguido del funcionario autorizante. Si en la autorización del matrimonio ha sido necesario la intervención de testigos, estos también deben firmar el acta en la cual se autoriza el matrimonio y se debe hacer constar los motivos por los cuales estos han intervenido.



Después de la ceremonia de celebración, el funcionario debe entregar constancia del acto a los cónyuges y si alguno de ellos o ambos se identificaron con cédula de vecindad, debe razonar la misma. Cabe destacar que la cédula de vecindad dejará de tener vigencia a partir del 2 de enero del año 2013.

Además, el funcionario debe enviar aviso al Registro Nacional de las Personas para la inscripción de la partida de matrimonio correspondiente y la anotación debida en las partidas de nacimiento de los cónyuges. Por último, si el funcionario autorizante es un Notario, éste debe de protocolizar el acta de matrimonio.

2.9. Deberes y derechos que nacen del matrimonio

Los deberes deben ser entendidos como obligaciones que la ley impone a los cónyuges y que deben ser cumplidos para alcanzar los fines del matrimonio. Los derechos son facultades y ventajas que conforme la ley asisten a los cónyuges. Estos deberes y derechos, a criterio del Licenciado Carlos Vásquez Ortiz, tienen las siguientes características generales:

- “ a. Fundamentalmente son de carácter moral y sólo son incorporadas al derecho en la limitada medida en que es posible lograr su sanción y efectividad por los medios legales.
- b. Son normas de orden público, en su gran mayoría de inexcusable observancia.
- c. Son recíprocos.
- d. Son irrenunciables.

- e. Son de carácter positivo.
- f. Son de marcado carácter ético.”²⁷

El Código Civil, Decreto Ley 106, preceptúa los principales derechos y obligaciones que deben ser observados por los cónyuges:

2.9.1. Apellido de la mujer casada

El Artículo 108 preceptúa que derivado del matrimonio, la mujer tiene el derecho, no la obligación, de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo al menos que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio. No se establece que la mujer que quede viuda deba dejar de usar el apellido del cónyuge fallecido.

2.9.2. Representación conyugal

El Artículo 109 del Código Civil, Decreto Ley 106, regula que la representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges y le atribuye a ambos consideraciones y autoridad en proporciones iguales dentro del hogar. Además de forma conjunta deben fijar el lugar de su residencia y arreglar lo necesario para la educación y establecimiento de los hijos y la economía familiar. Salvo que exista discrepancia de pareceres, los asuntos deben ser sometidos a un juez de familia para dar la solución necesaria.

²⁷ Vásquez Ortiz, Carlos. Ob. Cit. Pág. 78.

2.9.3. Socorro y asistencia

Aun cuando se atribuye de forma conjunta la representación conyugal, el Artículo 110 señala que el marido es el responsable de brindar protección y asistencia a su mujer para lo cual debe suministrar lo necesario para el sostenimiento del hogar según sus posibilidades económicas.

Sin embargo, de conformidad con el Artículo 111, en caso que el varón no pueda trabajar y si carece de bienes, la mujer es la encargada de cubrir todos los gastos. La mujer también tiene la obligación de contribuir junto con el varón y de forma equitativa para el sostenimiento del hogar en caso que posea bienes propios o desempeñe alguna actividad que le genere beneficios económicos.

2.9.4. Preferencia sobre los ingresos del cónyuge

De conformidad con el Artículo 112, la mujer goza de derecho preferente sobre el sueldo, salario y demás ingresos del marido en la suma necesaria para ser alimentada ella y sus hijos menores. El marido goza también de este derecho sobre los ingresos de la mujer si esta contribuye total o parcialmente a suplir los gastos familiares.

2.10. Diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho

Para establecer las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión de hecho, es necesario comprender que esta última es, de conformidad con el Artículo 173 del

Código Civil, Decreto Ley 106, la unión de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, siempre que exista hogar y vida en común que se haya mantenido constantemente por más de tres años ante familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.

A diferencia del matrimonio, la unión de hecho no está reconocida expresamente por la legislación guatemalteca como una institución social sino simplemente como una unión que es declarada por sus propios miembros. Esto debido a que se busca que la sociedad este basada en la familia y no simplemente en un acuerdo de vivir juntos entre dos personas. Tampoco se encuentra en la regulación legal el elemento de permanencia del cual si está dotado el matrimonio. Esto debido a que la unión de hecho facilita que los convivientes puedan abandonar su vida en común ya sea para vivir solos o para realizarla con otra persona.

La unión de hecho también se distingue del matrimonio por la forma de declaración. La voluntad de los cónyuges es un elemento indispensable en el matrimonio mientras que la unión de hecho puede ser declarada de forma voluntaria o por declaratoria de juez competente en caso que haya oposición por parte de uno de los convivientes o si uno de ellos ha muerto.

Para que exista unión de hecho se requiere que se haya mantenido vida en común y hogar por no menos de tres años, situación que no es necesaria en el matrimonio pues por su naturaleza, el matrimonio es el punto de partida para que inicie la vida en común y el hogar entre los cónyuges.



El matrimonio se autoriza por medio de un acta ante un funcionario legalmente competente, mientras que la unión de hecho se puede hacer constar por medio de acta faccionada por alcalde, o bien en escritura matriz o acta notarial si es un notario el requerido para hacer constar la unión.

Otra diferencia se encuentra en el derecho que la mujer casada adquiere de agregar a su nombre el apellido del marido, derecho del cual carece la mujer que se encuentra solamente unida de hecho la cual de ninguna forma puede adoptar el apellido de su conviviente, sin que esto afecte el derecho de los hijos fruto de dicha unión para adoptar el apellido de sus padres.

La tendencia en las legislaciones civiles es eliminar las diferencias de derechos y obligaciones que surgen de la unión de hecho y los que surgen del matrimonio, con el fin de brindar protección y seguridad jurídica no sólo a los convivientes sino principalmente a los hijos de éstos y dotarlos así de los mismos derechos y facultades de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

CAPÍTULO III

3. Modificación y disolución del matrimonio

El matrimonio como una de las instituciones básicas del derecho civil, sirve de punto de partida para la existencia de otras instituciones que con el pasar del tiempo han tomado relevancia propia, tal es el caso del divorcio y la separación que han tenido un desarrollo considerable debido a las nuevas concepciones ideológicas y a los avances legislativos que tienen como propósito la armonía dentro de la sociedad y la protección de los derechos de los miembros de la familia. De esta forma se hace necesario su estudio para comprender los efectos que de la modificación y disolución del matrimonio se generan.

3.1. Aspectos generales

Si bien es cierto, una de las finalidades dentro del matrimonio es la perpetuidad y estabilidad de la unión entre un hombre y una mujer, esto no siempre es posible debido a que surgen circunstancias de índole personal, familiar o social que impiden la vida en común y ya sea por mutuo acuerdo o por decisión de uno de los cónyuges, el vínculo matrimonial debe ser suspendido o disuelto.

Lo anterior se debe en algunas ocasiones a que la armonía conyugal desaparece y la vida en común se vuelve insoportable o hasta peligrosa para alguno de los cónyuges;



en otras ocasiones se origina debido a que por distintos motivos no se puede cumplir con los fines propios del matrimonio y este queda sin razón de ser.

Sin embargo, en la actualidad aún se discute si el matrimonio puede ser suspendido o disuelto o si es un acto perpetuo a pesar de la voluntad de los cónyuges. Desde un punto de vista religioso algunos consideran que por medio del matrimonio Dios une a un hombre y una mujer, unión que por tener un origen divino, no puede ser disuelta por disposición de los seres humanos, sino solamente por disposición de Dios cuando se da la muerte de uno de los cónyuges.

Poco a poco esta postura ha sido abandonada y el pensamiento moderno establece que aunque la permanencia del matrimonio cumple un papel social, cultural y religioso importante, resulta perjudicial para los cónyuges el mantener vida en común en un ambiente hostil, lo cual repercute también en los hijos los cuales pueden ser afectados en su desarrollo psicológico si el ambiente en el que viven no es el adecuado.

Por lo anterior, y considerando que es una realidad que la perpetuidad no siempre existe en el matrimonio, el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 153 que: "el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio". Abriendo de esta forma la posibilidad a poner fin al vínculo matrimonial.

La regulación de la separación y del divorcio es de suma importancia considerando que la situación personal, patrimonial y familiar de los cónyuges sufre cambios debido al matrimonio y al dejar este de existir o al sufrir modificaciones, deben protegerse los

intereses de los hijos y se deben de contemplar las medidas necesarias para liquidar el patrimonio conyugal.

3.2. La separación

La Iglesia luchó en contra de las leyes romanas y de las costumbres griegas que autorizaban el divorcio y logró de forma paulatina obtener su supresión. “Como no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra cosa sino el divorcio antiguo disminuido en sus efectos, y conservó la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación.”²⁸ La separación es la causa modificativa del matrimonio, sin que se dé la ruptura definitiva del vínculo matrimonial pero si se da la interrupción del acceso carnal y de la unidad de domicilio que existe entre los cónyuges. Por esta razón la separación adopta también el nombre de separación de cuerpos. El hecho que el vínculo matrimonial no desaparezca se debe a que los cónyuges que deciden separarse, contemplan la posibilidad de afrontar la crisis del matrimonio y retomar la vida común.

3.2.1. Clases de separación

Existen dos clases de separación que pueden distinguirse con claridad. La primera es la separación de hecho, la cual se da cuando uno de los cónyuges abandona

²⁸ Brañas, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 189.

voluntariamente el hogar conyugal, o bien, este abandono se da luego de existir un acuerdo común con el otro cónyuge y sin que intervenga un órgano jurisdiccional declarando la separación. La segunda clase de separación es la legal que se diferencia de la anterior en que si interviene un órgano jurisdiccional que declara la separación.

- **Separación legal por mutuo acuerdo**

Se da en los casos en que existe anuencia de ambos cónyuges para acudir ante un órgano jurisdiccional para que éste declare la modificación del matrimonio en el elemento de permanencia de la unión y el fin de vivir juntos. En Guatemala, para poder solicitar la separación por mutuo acuerdo, es necesario que los cónyuges hayan convivido por lo menos durante un año, contado desde la fecha de celebración del matrimonio. Esta norma tiene como propósito evitar que uno o ambos cónyuges tomen la decisión de promover el divorcio, sin que haya existido el tiempo necesario para acoplarse a la vida en común y disminuir diferencias que pudieran existir entre ambos.

- **Separación legal por voluntad de uno de los cónyuges mediante causa determinada**

Para que se declare la separación a instancia de uno solo de los cónyuges, es necesario que exista una causa determinada para realizar la solicitud. El Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece las causas comunes para obtener la separación o el divorcio, las cuales se analizarán más adelante. El cónyuge que desee

promover la separación no tuvo que haber dado causa a la misma y cuenta con seis meses a partir del día en que tuvo conocimiento de los hechos para realizar la solicitud.

3.2.2. Efectos propios de la separación

El principal efecto propio de la separación es la subsistencia del vínculo conyugal, pues se deja la posibilidad a que los cónyuges recapaciten y decidan volver a formar vida en común. Debido a la subsistencia de ese vínculo, aunque el deber de asistencia en el aspecto espiritual cesa, subsiste el deber de asistencia material, la obligación de prestar alimentos continúa. De la misma manera, el deber de fidelidad continúa entre los cónyuges.

El Artículo 160 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece como efectos propios de la separación los siguientes:

- “1º. 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.”

3.2.3. Reconciliación

Una de las características de la separación es la posibilidad que los cónyuges tienen de reconciliarse y de continuar haciendo vida en común. Aún después de la sentencia de separación los cónyuges pueden reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia tal

como lo establece el Artículo 432 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

Para lograr la reconciliación, los cónyuges solamente deben comparecer personalmente ante juez por medio de memorial con autenticación de firmas o bien, por medio de escritura matriz. Posteriormente debe de inscribirse la certificación de la resolución judicial en la que consta la reconciliación, en el Registro Nacional de las Personas y en el Registro de la Propiedad. Los cónyuges pueden entablar nuevo proceso de separación sólo por causas posteriores a la reconciliación.

3.3. El divorcio

En la fase primitiva de la civilización, en la mayoría de los pueblos predominaba la situación de inferioridad de la mujer, ya que se encontraba reducida a la calidad de una cosa, susceptible de ser apropiada y explotada por el hombre a quien pertenecía. Esto originó que una forma común para concluir con la unión entre hombre y mujer era el repudio, es decir, que el matrimonio podía disolverse por la simple voluntad del hombre, lo cual terminaba con el abandono de la mujer así como las cosas podían ser abandonadas en la calle por su dueño. No obstante, la evolución no fue la misma en todos los pueblos, y mientras en algunos el matrimonio siempre pudo ser disuelto, en otros se privó esta posibilidad.

En Roma, el matrimonio podía disolverse por la muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida de la "affectio maritalis" que "era uno de los

elementos esenciales del matrimonio”.²⁹ Posteriormente el divorcio pasó de ser una institución separada, a ser una consecuencia del concepto que los romanos daban al matrimonio.

En el principio de la Época Clásica, la práctica del divorcio se daba raramente, sin embargo la influencia y el contacto con la civilización griega originó que se dieran ciertos cambios en las tradiciones primitivas así como el debilitamiento de la familia y la estabilidad matrimonial, y como consecuencia el divorcio se volvió más común y aceptado. Ante esto, los emperadores cristianos promovieron una reforma en la legislación con el propósito de limitar o impedir los divorcios mediante la implementación de sanciones a aquellos que repudiaran sin causa y a los que provocaran el repudio.

Con el pasar de los años la Iglesia va perdiendo paulatinamente campo en el área política de los estados y surgen nuevas regulaciones legales que contemplaron juntamente con el matrimonio la institución del divorcio, a pesar de la oposición de los religiosos quienes se veían con menor poder sobre las decisiones estatales.

Un acontecimiento clave en la historia es la Revolución francesa de 1789 tras la cual se admitió con más facilidad el divorcio, no solo por mutuo consentimiento sino también en caso de incompatibilidad de carácter entre los cónyuges que podía ser alegado por una sola de las partes.

²⁹ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 355.

3.3.1. Definición

La expresión divorcio proviene de la raíz latina “divortium”, del verbo “divertere” que significa “separación legal de dos personas casadas; desavenencia.”³⁰ El divorcio puede definirse como una institución en virtud de la cual los cónyuges, unidos legalmente, por voluntad de ambos o por voluntad de uno de ellos, le ponen fin a la convivencia y al vínculo matrimonial de forma plana, absoluta y definitiva.

El divorcio también puede ser definido como la “institución que permite, e las hipótesis establecidas en la ley, la disolución del vínculo matrimonial, con sus efectos respectivos en el estado civil de las personas, la situación de los hijos y el régimen jurídico de los bienes.”³¹

El Código Civil, Decreto Ley 106, no brinda una definición clara y precisa de divorcio y se limita a considerarlo como una forma de disolver el matrimonio, tal como lo preceptúa el Artículo 153 al señalar que: “el matrimonio se disuelve por el divorcio”.

3.3.2. Clases de divorcio

Tal como lo establece el Artículo 154 del Código Civil, Decreto Ley 106, el divorcio puede declararse por mutuo acuerdo de los cónyuges y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

³⁰ Álvarez Soto, Diego Luis. **Manual de derecho de familia**. Pág. 57

³¹ Couture, Eduardo J. Ob. Cit. Pág. 238.

- **Divorcio por mutuo acuerdo**

Al igual que la separación, para que pueda ser declarado el divorcio por mutuo acuerdo, debe haber transcurrido por lo menos un año desde la autorización del matrimonio. Esta norma contenida en el Artículo 154 del Código Civil, Decreto Ley 106, tiene por objeto proveer a los cónyuges del tiempo suficiente para que éstos convivan y logren conocerse y evitar de esa forma que los cónyuges adopten una decisión precipitada y de la cual puedan arrepentirse con posterioridad.

- **Divorcio por voluntad de uno de los cónyuges mediante causa determinada**

El divorcio puede ser declarado a solicitud de uno solo de los cónyuges en caso que la otra parte haya incurrido en alguno de los presupuestos contemplados en la legislación. En la legislación civil se encuentran diversas causas que son comunes para obtener la separación o el divorcio, las cuales se analizarán más adelante. El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 158 que el divorcio sólo puede ser solicitado 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.

3.3.3. Efectos propios del divorcio

El artículo 161 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece como el efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal. Esta disolución deja a ambos cónyuges en la libertad para poder contraer nuevo matrimonio. En el Artículo 171 del mismo cuerpo

normativo, se regula como otro efecto propio del divorcio la pérdida del derecho de la mujer a usar el apellido del marido, al señalar que: “la mujer divorciada no tiene derecho a usar el apellido del marido”.

3.3.4. Reconciliación

La reconciliación puede solicitarse en cualquier etapa del proceso, antes de que exista sentencia de divorcio. Posterior a la sentencia de divorcio, si los ex cónyuges deciden reconciliarse, deberán celebrar un nuevo matrimonio debido a que el anterior pierde la totalidad de sus efectos.

3.4. Similitudes y diferencias entre la separación y el divorcio

3.4.1. Similitudes

Tanto la separación como el divorcio pueden ser declarados por mutuo acuerdo de los cónyuges así como por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. Estas causas también son comunes a la separación y divorcio a excepción de la contemplada en el numeral quince del Artículo 155, pues solo es aplicable al divorcio y se origina en la separación de personas declarada en sentencia firme.

Otra similitud se encuentra en el plazo de seis meses posteriores, al día en que el cónyuge inculpable ha tenido conocimiento de los hechos que motivan la solicitud de la separación o del divorcio.



Además, existen efectos comunes a la separación y el divorcio, los cuales se encuentran regulados en el Artículo 159 del Código Civil, Decreto Ley 106, siendo estos los siguientes:

1º. La liquidación del patrimonio conyugal con base en el régimen económico adoptado por los cónyuges, o bien, en el de comunidad de gananciales si no se otorgaron capitulaciones matrimoniales.

2º. El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable. Este efecto surge solamente en la separación y divorcio declarado por voluntad de uno de los cónyuges mediante causa determinada y dependerá también de la capacidad económica del cónyuge que debe prestarlos y de la necesidad del cónyuge que recibe los alimentos.

3º. La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada. No obstante, si el juez lo determina necesario, los hijos pueden quedar a cargo de un tutor provisional en caso que existan causas graves que demuestren que es perjudicial para el menor la permanencia con cualquiera de los padres.

Tanto en el divorcio como en la separación por mutuo acuerdo, los cónyuges deben presentar un proyecto de convenio que debe contener los puntos establecidos en el Artículo 163 y en el 170 del Código Civil, Decreto Ley 106:

1º. A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio.

2°. Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, la proporción en que cada uno debe de contribuir.

3°. Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades. Eso solamente en los casos en que la mujer no haya dado causa a la separación o divorcio;

4°. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el convenio; y

5°. Propuesta de liquidación del patrimonio conyugal.

3.4.2. Diferencias

La principal diferencia entre la separación y el divorcio radica en que por medio de la separación, el vínculo matrimonial subsiste, mientras que en el divorcio el vínculo matrimonial deja de existir. Además la mujer separada puede conservar el apellido de su marido, no así la mujer divorciada. Por lo anterior, los cónyuges separados no quedan en libertad de estado para poder contraer nuevas nupcias, mientras que el hombre y la mujer divorciados tienen plena libertad para contraer matrimonio inmediatamente si así lo desean, debiendo solamente cumplir con la obligación que establece el numeral sexto del Artículo 89 del Código Civil, Decreto Ley 106,

consistente en el deber de practicar inventario judicial de los bienes de los hijos que estén bajo su patria potestad y garantizar su manejo.

Otra diferencia importante es que aunque los cónyuges se encuentren separados, el cónyuge inculpable tiene derecho a la sucesión intestada de su pareja, mientras que, una vez divorciados, no existe derecho entre los ex cónyuges de heredar entre sí de forma intestada pues quedan fuera de los sujetos llamados a heredar tanto por cabeza como por estirpe.

3.5. Causas comunes de separación y divorcio

Como se estableció con anterioridad, el Código Civil, Decreto Ley 106 establece en el Artículo 155 diversas causas que pueden ser aducidas por el cónyuge inculpable para obtener la separación o el divorcio. Estas causas deben ser debidamente probadas ante un órgano jurisdiccional competente para que proceda la separación o el divorcio, pues con el fin de proteger la permanencia del matrimonio, la legislación guatemalteca no permite que el divorcio o la separación sean solicitados por la simple voluntad de una de las partes sin que exista motivación suficiente. Dichas causas son analizadas a continuación:

1. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges. Esta causal consiste en el hecho que uno de los cónyuges mantenga relaciones íntimas con persona distinta de su pareja, evidenciándose de esta forma la base monogámica del matrimonio. Por esto puede considerarse que a pesar que el adulterio ya no es tipificado como un delito, aún

permanece la figura del adulterio civil. Debe tomarse en cuenta que de conformidad con el Artículo 157 del Código Civil, no son causa de separación ni de divorcio los actos de infidelidad cometidos en convivencia o con el consentimiento del otro cónyuge, o cuando después de consumados y conocidos por el otro, han continuado los cónyuges conviviendo.

2. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común. Este inciso contempla cuatro causales distintas. En primer lugar considera como causal los malos tratamientos de obra que deben entenderse como agresiones en contra de la integridad personal del otro cónyuge. Las riñas y disputas continuas, debido a que imposibilitan la vida conyugal en armonía y evidencian la incompatibilidad entre los cónyuges. Las injurias graves y ofensas al honor, causas que se encuentran estrechamente relacionadas pues la una incluye a la otra. En este caso, no debe existir sentencia penal que declare la existencia de injuria,³² sino que basta comprobar en el juicio de divorcio o separación, que esta existe. Por último se incluye la conducta que haga insoportable la vida en común, causal que evidencia la desarmonía de los cónyuges por medio de conductas que hacen muy difícil mantener la perpetuidad.

3. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos. Esta conducta evidencia el peligro de continuar con la vida en común pues se pone en riesgo la familia completa y por consiguiente la sociedad misma.

³² Brañas, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 197.

4. La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año. Esta causal se basa en la interrupción de la permanencia del matrimonio, el cual deja de tener sentido en el momento que en el hogar conyugal se encuentra solo uno de los consortes. Importante es señalar que tanto el abandono como la ausencia no deben tener razón que lo justifique, sin embargo el cónyuge que alega esta causal no debe probar la falta de justificación pues de conformidad con el Artículo 156 del Código Civil, se presume voluntario el abandono e inmotivada la ausencia a que se refiere esta causal. Además, se otorga el derecho de acción a cualquiera de los cónyuges cuando la separación o divorcio se soliciten por esta causal.

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. Esta causal de divorcio se basa en la lesión producida al honor del marido por el engaño sufrido por parte de la mujer que le ha ocultado el embarazo, producto de haber mantenido relaciones sexuales con anterioridad al matrimonio. Este inciso puede ser interpretado de diversas formas y tomar sentidos distintos, por lo que su análisis representa el tema central de este trabajo y será desarrollado en el capítulo correspondiente.

6. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos. Esta conducta atenta contra las bases morales del matrimonio, pues el marido incide para que la mujer cometa conductas contrarias a las buenas costumbres y evidencia la mala influencia que puede tener en el crecimiento y desarrollo de los hijos, por lo que se hace necesario separar al hombre del hogar y de su papel como jefe del mismo. Asimismo,

esta conducta da lugar a la pérdida de la patria potestad del marido respecto a sus 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. Este comportamiento evidencia la negativa injustificada de uno de los cónyuges a dar cumplimiento con uno de los fines principales y fundamentales del matrimonio, razón por la cual éste deja de tener sentido y se hace innecesario la permanencia del vínculo conyugal. Debido a que la negativa debe ser infundada, esta causal no puede ser aducida en contra el cónyuge que tenga imposibilidad real de cumplir con el deber de asistencia y alimentación.

8. La disipación de la hacienda doméstica. Como hacienda doméstica debe considerarse los bienes dinerarios y no dinerarios que son indispensables para el sostenimiento del hogar. Esta conducta pone en peligro la estabilidad económica de la familia por lo que se hace necesario separar al cónyuge disipador de la administración de estos bienes para evitar que se produzcan ulteriores consecuencias que puedan repercutir en la educación, salud, alimentación vestido y vivienda del otro cónyuge y de los hijos.

9. Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal. Al igual que el inciso anterior, estas conductas ponen en serio peligro la economía familiar además de la convivencia familiar. Otro aspecto

importante, es que “a excepción del hábito del juego, las demás causas contempladas en dicho inciso, constituyen a la vez circunstancias determinantes de la incapacidad civil. Es decir, pueden colocar al cónyuge en los linderos de la incapacidad, amenazando causar la ruina de la familia o siendo un continuo motivo de desavenencia conyugal”.³³

10. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro. Esta conducta denota una lesión al honor del cónyuge afectado, lo cual ocasiona dificultades para el buen desarrollo de la vida en común. En este caso, debe comprobarse y declararse en sentencia firme la existencia de la denuncia o acusación calumniosas.

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. La comisión de un delito en contra de la propiedad evidencia el riesgo latente en que se encuentra el propio patrimonio de la familia, razón por la cual no importa la pena que por este tipo de delito se imponga. El hecho que uno de los cónyuges cometa cualquier otro delito común evidencia las conductas anti sociales de éste y el hecho de encontrarse cumpliendo la pena de prisión imposibilita la vida conjunta.

12. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia. Para invocar esta causal debe comprobarse que la enfermedad cumple

³³ Ibíd. Pág. 199.

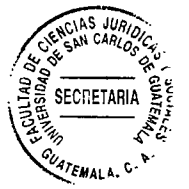
con los cuatro supuestos anteriores pues de hacer falta uno de ellos no podrá ser utilizada como motivo de separación o divorcio. Esto para evitar que una enfermedad que no representa riesgo alguno para la familia sea utilizada como pretexto infundado para modificar o disolver el matrimonio.

13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio. Si la impotencia es anterior al matrimonio, se convierte en una causa para solicitar la anulabilidad del matrimonio, para lo cual el interesado tiene seis meses para iniciar las acciones correspondientes. De no hacer uso de la facultad que la ley le otorga, se considera que el cónyuge afectado acepta esta condición por lo que no podrá alegar posteriormente esta circunstancia para solicitar la separación o el divorcio. Esta causal se basa en que uno de los principales fines del matrimonio es la procreación, lo cual se vuelve imposible si uno de los cónyuges es impotente.

14. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción. La enfermedad mental debe ser de tal magnitud que prive de discernimiento al cónyuge que la sufre, tal como lo establece el Artículo nueve del Código Civil.

15. La separación de personas declarada en sentencia firme. Esta es la única causal contemplada en el Código Civil que solamente aplica para el divorcio, debido a que la separación ya se ha dado con anterioridad.

Por último, es importante señalar que existe una causal de separación y divorcio denominada reiteración del agresor regulada en el Artículo noveno de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto número 97-96 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece que: “se entenderá como reiteración del agresor, quien haya agredido por más de una vez a su víctima o a otro integrante del grupo familiar. Este hecho podrá ser invocado como causal de separación o divorcio”.



CAPÍTULO IV

4. La prueba biológica del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el derecho de familia

Dentro de las características del derecho se encuentra la de ser evolutivo, es decir que debe de desarrollarse constantemente para poder responder a las necesidades actuales. Uno de los métodos por los cuales se logra este fin es mediante la implementación de conocimientos y técnicas desarrollados por otras ciencias para el fortalecimiento de los principios propios del derecho.

En los últimos años el avance de la genética, y en especial de la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico, ha proporcionado una herramienta útil para la adecuada aplicación del derecho, siendo sobresaliente su aporte en el derecho de familia, razón por la cual se hace necesario realizar un estudio adecuado sobre el tema.

4.1. Antecedentes

Los antiguos filósofos griegos fueron los primeros en contemplar el mundo y todos sus elementos desde un punto de vista científico. Formularon diversas teorías sobre todas las áreas del conocimiento del ser humano, no siendo la genética la excepción. Aristóteles por medio de sus investigaciones y estudios logró concluir en que la contribución que a su descendencia aportaba el macho y la hembra era distinta;

consideró que “la hembra aportaba la materia, a la que el macho dotaba de movimiento.”³⁴

Con la invención en la primera década del siglo XVII del microscopio por el holandés Zacharias Jansen, la biología y junto con ella la genética, se convirtió en una ciencia propiamente dicha, con un objeto determinado, principios rectores propios y un método científico para su estudio. Por medio del microscopio se hizo posible el estudio de las células y el descubrimiento de los gametos o células sexuales permitiendo el avance científico para aclarar el hasta entonces desconocido enigma de la reproducción. Se evidenció la imprecisión de la teoría que afirmaba que la herencia se transmitía por la sangre, y que originó que por muchos años se crearan y utilizaran expresiones como “sangre azul”, “consanguinidad”, “mezcla de sangres”³⁵

El ácido desoxirribonucleico, más conocido como ADN, es fruto de las investigaciones realizadas hasta 1869 por el médico de nacionalidad suiza Friedrich Miescher, las cuales se encontraban dirigidas a establecer las sustancias químicas que se encontraban contenidas en el núcleo de las células. Esta investigación la desarrolló analizando la composición de los glóbulos blancos, utilizando como base para sus experimentos alcohol caliente y vendajes usados provenientes de la sala de operaciones de un hospital de la localidad, que representaban una fuente abundante de pus, sustancia compuesta principalmente de glóbulos blancos; además utilizó para su investigación esperma de salmón.

³⁴ Strathern, Paul. **Crick, Watson y el ADN**. Pág. 12.

³⁵ *Ibid.* Pág. 14.

En el año 1914 el químico y profesor alemán Robert Feulgen, descubrió un método de teñido con base en el color fucsia, para demostrar la presencia del ácido desoxirribonucleico en el núcleo de todas las células, principalmente en los cromosomas.

En la segunda década del siglo pasado, el bioquímico ruso-estadounidense Phoebus Aaron Theodore Levene, se dedicó al estudio de la estructura y función de los ácidos nucleicos. Por medio de su investigación logró caracterizar las diferentes formas en que se presentaban los ácidos nucleicos, es decir el ADN y ARN, de lo cual pudo concluir en que el ADN contenía adenina, timina, guanina, desoxirribosa, así como un grupo de fosfato.

Aunque se había realizado un descubrimiento relevante, la importancia del ADN no había sido comprendida en su totalidad. Fue necesario el estudio científico por más de setenta años para comprender su función. En 1944, el científico estadounidense Oswald Avery, junto con su equipo de trabajo, lograron determinar que el ADN es una sustancia portadora de información genética; conclusión que vendría a revolucionar los conocimientos biológicos de la época.

En 1953, James Watson y Francis Crick aportaron un cambio cualitativo en la investigación del ADN, al lograr descifrar la molécula del ADN en una estructura tridimensional que permitió a la ciencia comprender la forma en que la información genética se encuentra codificada y cómo es transmitida esta información.

En 1985 y casi por azar, el científico inglés Alec Jeffreys, del departamento de genética de la Universidad de Leicester, descubrió que todos los individuos podían ser identificados mediante un patrón específico de su ADN, al cual él mismo denominó como huella genética.

“Ese mismo año el Ministro del Interior británico solicitó su colaboración para resolver un problema de inmigración en que varios miles de personas pretendían entrar en Gran Bretaña argumentando que deseaban reunirse con familiares; la prueba de Jeffreys determinó, con total seguridad, quién de acuerdo con su parentesco tenía o no derecho a entrar al país.”³⁶

4.2 Definición de ácido desoxirribonucleico (ADN)

El ADN es una sustancia química en la cual se encuentran almacenadas las instrucciones que dirigen el desarrollo de un huevo hasta formar un organismo adulto, que mantienen su funcionamiento y que permite la herencia. Es una molécula de gran longitud, que está básicamente formada por agregación de tres distintas sustancias: azúcares, los cuales son llamados desoxirribosas, el ácido fosfórico, y bases nitrogenadas de cuatro tipos: la adenina, la guanina, la timina y la citosina.

Tanto los azúcares como los ácidos fosfóricos se unen alternativamente formando una línea, de la cual surgen dos largas cadenas que se enrollan en hélice. Las bases

³⁶ Leret, María Gabriela. **Derecho, biotecnología y bioética.** Pág. 62.

nitrogenadas se encuentran en el interior de esta doble hélice y forman una estructura parecida a los peldaños en una escalera. Las bases se unen mediante un enlace con los azúcares a las cadenas. Los peldaños se forman individualmente por la unión de dos bases; pero estos emparejamientos sólo pueden darse entre la adenina y la timina o entre la citosina y la guanina. El orden en que se forman a lo largo de la cadena de ADN es lo que determina las instrucciones biológicas que contiene.

4.3. Funciones del ácido desoxirribonucleico (ADN)

El ácido desoxirribonucleico cumple con tres funciones específicas respecto a la información biológica: función de almacenamiento, función de expresión y función de replicación. Lo anterior se debe a que todas las moléculas de ADN tienen una configuración similar. Empero esta similitud, el ADN de una determinada especie de organismos tiene una secuencia de bases que le es propia, su estructura primaria está agrupada en genes que constituyen unidades funcionales. La información que incorpora esta secuencia cumple con diversas funciones. Respecto a la función de expresión, el investigador Juan Carlos Canul Tec, ha destacado su idea respecto a que “los genes estructurales codifican para enzimas, proteínas estructurales y proteínas reguladoras. Otros tipos de genes codifican moléculas de ARN que no especifican la estructura primaria de un polipéptido. El primer paso en la síntesis de proteínas es la síntesis de una molécula de ARN usando como molde un segmento de una de las cadenas del ADN.”³⁷

³⁷ Canul Tec, Juan Carlos. *Secuenciación de Ácidos Nucleicos*. Pág. 14.

La función más notable del ADN es sin duda la de replicación, de conformidad con la cual se contempla que el ácido desoxirribonucleico es capaz de formar copias de sí mismo. El proceso de autoduplicación del ADN es un paso previo obligado para realizar la división celular. Los genes como portadores del material hereditario deben poseer tres características:

- A. Deben ser capaces de transmitir la información genética de generación en generación.
- B. Deben contener la información útil para sintetizar el conjunto de proteínas fundamentales para lograr el normal desarrollo de la célula.
- C. Deben ser susceptibles a cambios eventuales como forma de evolución, en otras palabras, los genes deben de tener la capacidad de mutar.

El avance en el estudio de la genética ha tenido resultados que se reflejan no solo en el ámbito de la biología sino que se extienden a otras ciencias. Esto se debe a la facilidad que la práctica de la prueba del ADN proporciona para poder vincular a una persona con otra o con una determinada sustancia, así como para poder realizar estudios en caso de enfermedades congénitas.

El campo de la identificación humana ha sufrido diversos cambios y avances a partir del análisis del ácido desoxirribonucleico, estos avances se observan incluso en las cantidades muy pequeñas de muestra que son necesarias para resolver distintos casos en los que se hace necesaria la identificación de una persona, ya sea para que cumpla

con una responsabilidad, o bien, para realizar estudios médicos en caso de infecciones y de enfermedades genéticas.

En este orden de ideas, se observa en el ADN una función asistencial, de conformidad con la cual este avance científico se ha convertido en una herramienta útil para el desarrollo de diversas áreas del conocimiento humano. Su labor destaca en el ámbito de la medicina pues ha servido en grandes proporciones para el desarrollo de esta ciencia al brindar información útil para el tratamiento de diversas enfermedades así como para descubrir nuevos tratamientos.

Otra ciencia que se ha visto beneficiada con el desarrollo de las investigaciones y estudios del ADN es la ciencia del derecho. Esto debido a los efectos jurídicos que la veracidad y certeza de la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico generan. De esta cuenta que en la actualidad esta prueba es aplicada frecuentemente en el ámbito del derecho penal para establecer con certeza un vínculo entre una persona y un resultado provocado por la comisión de un delito. También su uso se extiende cada vez más en el derecho civil, aspecto que será desarrollado posteriormente.

4.4. Procedimiento para su análisis

Los procedimientos más utilizados consisten en romper las células por distintos métodos y por medio de la incubación con una proteinasa, se separa el ARN y el ADN del resto de los elementos que forman la célula. Los ácidos nucleicos pueden distinguirse del resto de sustancias químicas que no se disuelven con fenol.

Si dos muestras de tejido tienen patrones distintos de ADN, significa que provienen de dos personas distintas. Pero, si los patrones son iguales, eso determina que la muestra pertenece a la misma persona o a un gemelo idéntico, o bien, que la muestra "pertenezca a dos personas diferentes, pero donde las regiones investigadas del ADN para determinar los patrones del mismo son iguales."³⁸ Para poder comprobar estas posibilidades, son utilizadas tradicionalmente las estadísticas poblacionales, las cuales permiten establecer la fracción de personas dentro de un conglomerado de personas que presentan esta peculiar combinación de patrones en su estructura genética.

Al realizar el estudio de las estadísticas poblacionales, es necesario tomar en cuenta a pesar que en una población en equilibrio las frecuencias genéticas se mantienen constantes de una generación a la otra, existen "factores que pueden influir la estructura genética de una población dada".³⁹ De esta forma se destacan los siguientes factores que necesariamente han de ser tomados en cuenta en el procedimiento de análisis:

- A. La selección de genes
- B. Las mutaciones que los genes puedan presentar
- C. Los entrecruzamientos
- D. Las migraciones
- E. La deriva genética

³⁸ Zannoni, Eduardo A. *Prueba del ADN*. Pág. 55.

³⁹ *Ibid.* Pág. 57.

4.5. Confiabilidad de la prueba de ADN

En la actualidad las técnicas que se encuentran disponibles para la realización del análisis de ADN son abundantes, cada vez son más fiables y su comercialización se ha extendido de tal forma que se puede encontrar en forma de estuches fabricados por empresas de reconocida trayectoria y prestigio.

Los tiempos de entrega de resultados y los costos para su realización han disminuido con el paso de los años en forma considerable debido a que se ha automatizado su realización y existe mayor número de laboratorios que realizan dicha prueba, generando así competencia comercial. Además, “diversas organizaciones mundiales se han ocupado de reglamentar los estándares de calidad que deben cumplir los laboratorios dedicados a identificación humana.”⁴⁰

Las herramientas de la genética molecular cada día son más numerosas y complejas. La muestra del ADN puede obtenerse de cualquier célula extraída de la sangre, piel, huesos, semen, saliva, cabello, entre otros, sin que el método empleado represente distinción alguna en los resultados. También se puede tomar la muestra en caso de un recién nacido, del cordón umbilical durante el nacimiento; asimismo puede hacerse la prueba antes de nacer un niño o niña. Cualquiera de estas pruebas proporcionan el ADN en la cantidad necesaria para realizar la prueba y alcanzar el mismo nivel de exactitud y de confiabilidad. La prueba mayormente utilizada en los laboratorios clínicos

⁴⁰ Restrepo Fernández, Carlos Martín. *Las pruebas de filiación, apuntes de genética para abogados*. Pág. 32.

es la del hisopo en el interior de la boca, ya que es rápida, sin dolor y altamente efectiva.

La calidad del ADN va a depender del tiempo que tenga la muestra de haber sido tomada así como de su correcta conservación. Por esto, la persona que tome la muestra debe seguir estrictamente los protocolos necesarios para que la confiabilidad de la prueba no se vea comprometida.

Según sea el objeto de la prueba de ADN, así será el porcentaje de confiabilidad de los resultados de la misma. Por ejemplo, en las pruebas de paternidad se considera que la prueba de ADN es confiable en un 99.99%. Otro aspecto importante a considerar es que en la mayoría de laboratorios la prueba se realiza en duplicado e incluso triplicado para garantizar la confiabilidad de los resultados obtenidos.

4.6. Aplicación en el derecho de familia

Como se anotó anteriormente, la prueba del ácido desoxirribonucleico ha cobrado gran importancia en la ciencia del derecho durante los últimos años, debido a la veracidad que se obtiene de los resultados y que de esta forma contribuye a fortalecer el principio de certeza jurídica. Es en el área de los métodos científicos de prueba donde la práctica del análisis del ADN cobra verdadera importancia en relación con el derecho, pues permite a un órgano jurisdiccional emitir una resolución certera que va a producir efectos jurídicos, constitutivos o declarativos, al momento de encontrarse firme ésta.

En relación con lo anterior, Eduardo J. Couture, define la prueba como el “conjunto de actuaciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el mismo. Medios de evidencia, tales como documentos, testigos, etc., que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en el juicio.”⁴¹ En otras palabras, podemos entender como prueba todo medio por el cual se averigua un hecho, partiendo de lo conocido (el elemento de prueba), hacia lo desconocido (la proposición a comprobar).

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, preceptúa en el Artículo 126: “Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión...” De este precepto legal se infiere la doble función de la prueba; la primera función consiste en probar la pretensión de quien reclama la declaración o constitución de un derecho, y la segunda es la de extinguir dicha pretensión.

El Artículo 128 en el numeral sexto del citado cuerpo legal se contempla, como un medio probatorio, a los medios científicos de prueba. En el tercer párrafo del Artículo 191 se preceptúa que: “En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos,

⁴¹ Couture, Eduardo J. Ob. Cit. Pág. 490.

bacteriológicos u otros, y, en general, cualesquiera experimentos o pruebas científicas.”

Dando lugar así a la posibilidad de la incorporación de la prueba biológica del ADN.

En lo que respecta al derecho de familia, la prueba del ácido desoxirribonucleico ha tomado relevancia y mayor aplicación en materia de paternidad y filiación, tal como se desarrolla a continuación.

4.6.1. Filiación

Para el jurista Guillermo Cabanellas, la filiación es la “subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales.”⁴² En materia de familia, la filiación debe entenderse como la institución jurídica en virtud de la cual existe un vínculo jurídico que une a un hijo con su padre. Un término que se utiliza relacionado con la filiación es el de paternidad, el cual debe comprenderse como el vínculo jurídico que une a un padre con su hijo.

Existe una división legal y una doctrinaria respecto a la filiación. De conformidad con el Código Civil, Decreto Ley 106, la filiación puede ser matrimonial, extramatrimonial, cuasi matrimonial (que se deriva de la unión de hecho), y la civil. La doctrina reconoce además la división e la filiación en legítima e ilegítima, siendo la primera la que se produce dentro del matrimonio y la segunda, la que no es fruto de dicha institución social.

⁴² Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 169.

La importancia de la prueba de ADN en la filiación, radica en la función identificadora de ésta, pues permite realizar un vínculo entre el hijo con su padre o madre y a partir de esta identificación se podrá establecer la existencia de derechos y de obligaciones que atañen a ambos, o bien, para determinar que no existe esta relación y librar de esta forma a los involucrados de dichos derechos y obligaciones. Ejemplo de lo anterior, es la obligación de prestar alimentos entre parientes, así como el derecho de sucesión hereditaria intestada del cual gozan los descendientes del causante.

El Artículo 199 del Código Civil, Decreto Ley 106, realiza una presunción sobre la filiación y paternidad dentro del matrimonio, al regular que: “el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable”. Además se establecen dos casos en los que se presume la concepción de un hijo durante el matrimonio: “1º. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

Anteriormente, la presunción de paternidad no admitía otra prueba en contrario distinta a la imposibilidad física del marido de tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia. Mediante el Decreto 39-2008, y debido a la necesidad de modernizar la legislación de la materia, se reformó el Artículo 200 del Código Civil, Decreto Ley 106, incorporando la posibilidad de presentar también como prueba en contrario a la presunción de paternidad, la prueba molecular genética del ADN.

Cuando se da la concepción de un hijo fuera del matrimonio, la filiación puede ser declarada de forma voluntaria o forzosa por medio de la intervención de un órgano jurisdiccional. En el primero de los casos solo es necesario presentar los documentos necesarios y cumplir con los requisitos exigidos por la ley para realizar tal declaración. En caso de filiación forzosa, el Artículo 221 numeral quinto del Código Civil, Decreto Ley 106, regula que la paternidad puede ser judicialmente declarada: “cuando el resultado de la prueba biológica, del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario...”

El Artículo e inciso antes mencionado también contempla la posibilidad de impugnar por medio de un juicio ordinario la paternidad y la maternidad, casos en los cuales “será admisible en iguales condiciones y circunstancias, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-.” Es sobresaliente el avance legislativo incorporado al Código Civil por medio del Decreto 39-2008, al implementar la posibilidad de impugnar la maternidad, posibilidad que anterior a dicha reforma no era posible debido a la presunción legal de la maternidad que no aceptaba prueba en contrario.

En el ámbito de la filiación extramatrimonial, el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 222 contiene otra presunción respecto de los padres que han vivido maridablemente, al considerar como hijos de éstos: “1º. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que iniciaron sus relaciones de hecho; y, 2º. Los nacidos

dentro de los trescientos días siguientes al día en que cesó la vida común.” En este caso, no se había regulado la prueba en contrario a esta presunción. Es por medio del Decreto 27-2010 que se agrega a este artículo un último párrafo que establece que “contra la presunción del presente artículo se admite la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-”

4.7. Valor probatorio

Como se expuso oportunamente, la prueba molecular del ADN brinda confiabilidad en sus resultados. Sin embargo el juzgador al valorar la prueba no puede ni debe basarse solamente en las estadísticas científicas, sino que además debe observar los preceptos legales que en relación a la valoración de la prueba científica se encuentran en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

El Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, preceptúa respecto a la apreciación de la prueba que: “los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso...”

De aquí que la prueba en todo proceso civil y por ende de familia, debe revestir de las siguientes características: legal, necesaria y pertinente. Sin embargo, algunas de estas características son puestas en duda en cuanto a la prueba de ADN, principalmente en lo que se refiere a su legalidad, característica que debe ser entendida como la “calidad

o atributo que posee una conducta o acto jurídico realizados de acuerdo a lo establecido en la ley.”⁴³

Los opositores a la aplicación de la prueba del ADN fundamentan su postura en el aforismo *nemo tenetur edere contra se*, que “es un precepto de derecho procesal probatorio, según el cual nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, beneficiando al adversario”.⁴⁴

Según esta postura, al momento en que se obliga a la persona afectada a proporcionar una muestra de su ADN, se está ocasionando que ésta pueda aportar una prueba que lo afecte directamente. De esta forma se alega una violación al principio de libertad de defensa, de conformidad con el cual “cada uno se defiende con las armas que tiene y con los medios que puede, sin ser obligado a armar al contrario, suministrándole los instrumentos con que ha de atacarle.”⁴⁵

Para establecer si se quebranta el principio en cuestión, es necesario observar que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza este principio solamente en materia penal, al regular en el Artículo 16 que: “En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.” Por otro lado, la prueba biológica del ADN debe ser contemplada como un medio científico de prueba, tal como se estableció en el apartado correspondiente, y no como declaración de parte.

⁴³ Couture, Eduardo J. Ob. Cit. Pág. 378.

⁴⁴ Couture, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo II. Pág. 129.

⁴⁵ *Ibid.* Pág. 139.

Otro aspecto a ser considerado es que en materia civil debe observarse el principio de adquisición procesal, contenido en el Artículo 177 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, de conformidad con el cual la prueba presentada por una de las partes, también probará en su contra. De esta forma no se está violentando el principio de libertad de defensa sino se dan las bases para la correcta valoración por parte del órgano jurisdiccional y lograr así una correcta resolución.

Ya que se ha establecido que la prueba molecular del ADN es procedente, útil y eficaz en materia de familia, es necesario establecer un requisito fundamental en la forma en que este medio probatorio debe ser presentado para que pueda ser valorada por el juez. Al respecto, el Artículo 192 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, regula que: “certificada su autenticidad por el secretario del Tribunal o por un notario, pueden las partes aportar... cualesquiera otros medios científicamente reconocidos...” Si se ha cumplido con este requisito y en su valoración el juez lo considera necesario, éste podrá requerir el dictamen de expertos, tal como lo preceptúa el Artículo 193 del mismo cuerpo normativo.



CAPÍTULO V

5. La ambigüedad en la interpretación de la causal de divorcio y separación regulada en el inciso quinto del Artículo 155 del Código Civil

Los diversos ámbitos de aplicación del derecho en la vida del ser humano hacen imposible que exista regulación legal para resolver cada uno de los casos que se presentan. De esta forma surge la necesidad de hacer un vínculo por medio del cual una norma general pueda ser empleada en un caso concreto; sin embargo esta actividad intelectual puede padecer de deficiencias de las cuales se deriven violaciones a los derechos reconocidos por la legislación a las personas respecto a las cuales es aplicada.

5.1. La interpretación

En la actualidad se ha incrementado la preocupación por el desarrollo y avance en los asuntos relacionados con la interpretación de las normas jurídicas, preocupación que se origina en la actividad que realizan jueces y funcionarios de la administración pública al aplicar las normas jurídicas, pues cuentan con la facultad de establecer, con ciertas limitaciones, cuál es el contenido del derecho para caso determinado. Al respecto, el jurista Manuel Segura Ortega, al referirse a los jueces y funcionarios públicos, afirma que: "Ellos son los que establecen el significado último de los enunciados jurídicos."⁴⁶

⁴⁶ Segura Ortega, Manuel. *Sobre la interpretación del derecho*. Pág. 8.

5.1.1. Definición

La interpretación puede ser definida como una actividad intelectual por medio de la cual se le atribuye un sentido o significado a algo. Al referirse a la interpretación jurídica, esta actividad intelectual permitirá comprender el contenido de las normas que forman un ordenamiento jurídico que se encuentra vigente en un tiempo y territorio determinado con el fin de atribuirles un significado preciso.

La interpretación de la ley también puede ser considerada como la actividad por medio de la cual se descubre el sentido que encierra. “la ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los artículos de los códigos”.⁴⁷

Por medio de la actividad intelectual que realiza el juez, se obtendrá el sentido de la norma en análisis, descubriendo de esta forma su alcance, contenido, valor y utilidad para aplicarla a un caso concreto, complementando así la función legislativa.

5.1.2. Importancia de la interpretación

Aun cuando se puede considerar que una norma jurídica que se encuentra redactada de forma clara y utilizando una técnica jurídica adecuada no necesitaría ser interpretada, existen diversos factores que no pueden ser previstos y que hacen

⁴⁷ Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. *Introducción al derecho*. Pág. 138.

necesaria esta actividad intelectual. Las normas han sido creadas para regir con carácter general, por lo que sería contrario al principio de seguridad jurídica la creación de normas específicas para reglar cada caso concreto. Sin embargo, la norma no puede ser empleada en todos los casos en la misma magnitud pues deben ser analizadas las circunstancias en las cuales se va a aplicar, y este análisis se complementa necesariamente con la interpretación.

La importancia de la interpretación se evidencia debido a que no siempre existe un vínculo estrecho entre el contenido de una norma jurídica y las decisiones que adoptan los entes encargados de su aplicación. De esta forma, la interpretación posibilita modificar de alguna forma el significado de las normas jurídicas; y para crear este vínculo es necesario una labor intelectual que permita la correcta, oportuna y adecuada aplicación de un ordenamiento jurídico sin contravenir los fines para el cual ha sido creado y sin vulnerar los derechos de los sujetos obligados a su cumplimiento.

Un factor determinante para que se incremente la necesidad y la importancia de la interpretación, es la excesiva labor legislativa y la poca actividad des legislativa, que ocasiona graves dificultades para conocer y aplicar el derecho, esto ha ocasionado que se incremente el número de normas vigentes pero no positivas, que desestabilizan la certeza del ordenamiento jurídico.

Este problema no sólo afecta al ciudadano que sufre las consecuencias sino también al propio legislador, jueces, abogados, notarios y funcionarios de la administración pública



que deben estudiar y analizar el ordenamiento jurídico para dotar de legalidad a los actos que realizan derivado de su actividad profesional.

5.1.3. Hermenéutica jurídica

La palabra hermenéutica proviene del griego *hermeneuo* que significa arte de explicar, traducir o interpretar. Como se anotó anteriormente, el mensaje que se encuentra contenido en las normas jurídicas debe ser interpretado, tarea que no es fácil lograr si no se observan determinadas reglas, métodos y sistemas determinados. De esto se ocupa la hermenéutica jurídica, una rama del conocimiento que establece los principios para que el intérprete pueda efectuar una correcta interpretación de las disposiciones normativas que conforman el ordenamiento jurídico.

La hermenéutica brinda herramientas fundamentales, que sirven como guía para auxiliar al juez para la toma de decisiones basadas en equidad. Si la norma permite realizar más de una interpretación, es necesario elegir la que trae previstos mejores resultados.

5.1.4. Métodos de interpretación

Como se evidenció anteriormente, la labor interpretativa no está solamente a cargo del juez, sino también del legislador y del jurista. Ante esto, es necesario establecer los diversos métodos que permitirán esta actividad intelectual, los cuales han sido desarrollados por la doctrina y alguno de ellos se encuentran regulados en la ley.

Dependiendo del sujeto que realizará la labor interpretativa, los métodos pueden dividirse de la siguiente forma:

- a. Interpretación legislativa o auténtica. Es el método que realiza el propio legislador dentro del contenido de la ley, es decir, en su texto.
- b. Interpretación judicial. Es la que lleva a cabo el juez al momento de emitir una resolución en donde aplica la norma a un caso determinado.
- c. Interpretación doctrinal Es la desarrollada por los estudiosos del derecho al emitir sus comentarios y opiniones sobre las normas que integran un ordenamiento jurídico.

El jurista Mario Aguirre Godoy considera que: “los métodos de interpretación, según el espíritu o intención de la ley”⁴⁸ se pueden dividir de la siguiente forma:

- a. Interpretación lógica. Este método se da “cuando se aplica el procedimiento lógico sin más para desentrañar el sentido de un precepto.”⁴⁹ Es decir, que no es necesario acudir a otras fuentes para lograr establecer el espíritu de la norma.
- b. Interpretación sistemática. De conformidad con este método de interpretación, el conjunto de una ley debe ser utilizado para ilustrar el contenido de las partes que

⁴⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Pág. 35.

⁴⁹ Ibid.

la conforman. Es decir, se debe de tomar en cuenta el contexto de la norma a interpretar.

- c. Interpretación histórica. Por medio de este método, se debe de estudiar los antecedentes que motivaron la creación de una norma, así como el proceso de formación que ha sufrido ésta.

Obedeciendo a la coincidencia entre el sentido o espíritu de la ley y la expresión de ésta, por medio de signos gráficos, pueden identificarse los métodos de interpretación siguientes:

- a. Interpretación extensiva. Este método se da en caso que la interpretación rebase, al momento de ser aplicada, los términos en que se encuentra expresada una norma.
- b. Interpretación declarativa. También es conocida como interpretación confirmativa. Ésta se da cuando existe correlación entre la expresión de una norma y la aplicación que de ésta se hace.
- c. Interpretación restrictiva. En este caso, la intención de la norma se restringe en la actividad interpretativa con relación a los términos que la misma expresa.

En cuanto a los métodos de interpretación legales, es menester considerar que la Ley del Organismo Judicial contiene las normas generales de aplicación, interpretación e

integración del ordenamiento guatemalteco, tal como lo establece el Artículo primero.

En el ámbito propio de la interpretación, el Artículo 10 preceptúa que: “las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu...”

De lo anterior, se puede observar que la legislación guatemalteca contempla los siguientes métodos de interpretación, que deben ser aplicados en forma excluyente:

- a. Interpretación gramatical. Pues se preceptúa que se debe interpretar según el significado propio de las palabras contenidas en el texto de la norma que se trate.
- b. Interpretación contextual o sistemática. En caso que el significado propio de las palabras de una parte de la norma no sea suficiente para poder aplicarla, es necesario acudir a la totalidad de la misma. De esta cuenta que el segundo párrafo del Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, preceptúa que “El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes...”
- c. Interpretación constitucional. El Artículo en análisis contempla también que las normas no pueden ser interpretadas de forma que contradigan la Constitución, de esta cuenta que al momento de existir diversos puntos de vista sobre el contenido de una norma, se debe de preferir aquel que se acople en mejor forma

y que no contradiga a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

- d. Interpretación auténtica. Ésta se encuentra contenida en el Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, el cual establece que "...Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente..." De esta cuenta que deberá dársele a las palabras el sentido que el legislador dejó plasmado en la norma al definir uno o varios conceptos.

5.1.5. Escuelas de interpretación

Existen diversos pensamientos que tratan de analizar y de explicar la necesidad, objeto y efectos de la actividad interpretativa desde diversos puntos de vista filosóficos. Estas escuelas tratan de establecer el sentido de la labor interpretativa dentro del ordenamiento jurídico, y de estas depende la división de los métodos de interpretación que han sido objeto de estudio.

- **Escuela de la exégesis**

La palabra exégesis significa explicación o interpretación, sin embargo, "se llegó al extremo de darle el sentido de culto a la ley, con lo que se quiso dar a entender el

apego literal y estricto a ella.”⁵⁰ Esta Escuela tiene su origen en el siglo XIX en Francia, la cual es producto de la legislación napoleónica y de la importancia atribuida a ésta. Debido a esta importancia, se consideró que en la aplicación de la ley se debe ser lo más fiel posible. De esta forma, la única labor interpretativa consiste en determinar la voluntad del legislador al momento de crear la norma.

Aun cuando se basa en el método gramatical, no siempre la norma ha sido redactada con total claridad o amplitud, por lo que de conformidad con esta escuela, es necesario “echar mano de la llamada interpretación lógica... para controlar, completar, restringir o extender su letra.”⁵¹ El método lógico, tiene por objeto descubrir el espíritu de la ley que de conformidad con esta escuela, es sinónimo de descubrir la intención del legislador.

Esta Escuela se caracteriza por aportar a los sistemas jurídicos de certeza jurídica, al exigir que se desarrolle una aplicación de la norma apegada estrictamente al texto de la misma. Por otro lado, adolece de considerar como inequívoco al legislador dotándolo de un poder supremo. Además, no permite observar las circunstancias actuales, negando así la posibilidad de un derecho evolutivo.

- **Escuela de la libre investigación científica**

Esta corriente de pensamiento ha sido desarrollada por Francois Géný, que comparte el criterio de la escuela de la exégesis en cuanto que la finalidad de la interpretación es

⁵⁰ Ibid. Pág. 140.

⁵¹ García Máñez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 334.

descubrir el pensamiento del creador de la norma sin considerar sucesos actuales. Sin embargo considera como un error de la escuela de la exégesis el hecho de considerar como única fuente del Derecho a la ley. De conformidad con esta escuela, se debe dar libertad al intérprete para poder obtener una decisión justa, así como para suplir la ausencia de una ley en un caso determinado.

- **Escuela histórica de Savigny**

De conformidad con esta Escuela, el legislador tiene el deber de impregnar a la ley el espíritu de la nación en la cual va a regir, por lo que la labor interpretativa debe orientarse a hacer una reconstrucción del pensamiento que se encuentra en la ley. Para realizar esta reconstrucción es necesario el estudio del derecho anterior, es decir, de las normas que aunque ya no se encuentren vigentes, sirvieron para regular determinada conducta o actividad. En la labor interpretativa además, de conformidad con Savigny, se debe realizar un estudio de los principios dentro de los cuales se desarrolla la ley objeto de interpretación, pues considera al derecho anterior y a los principios como un todo que forma el ordenamiento jurídico.

- **Escuela del derecho libre**

Esta Escuela tomó auge en Alemania a inicios del siglo XX. Representa una reacción radical contraria a las ideas que habían surgido y que apoyaban la propuesta de subordinar la actividad judicial a los textos legales. Afirma que el juez debe realizar una

labor creadora que se hace necesaria debido a la imprecisión y poca amplitud de las normas creadas por el legislador.

Esta Escuela “autoriza al juez para criticar las normas elaboradas por el legislador, de forma que al juzgar ya no deberá guiarse totalmente por las normas positivas, sino que tomará en cuenta, además, las especiales circunstancias del caso concreto buscando resolverlo con justicia, siéndole permitido para ello apartarse del texto legal, ya que esta escuela considera más importante el sentido comunitario de justicia que el propio texto.”⁵²

5.2. Anfibología en la interpretación de normas jurídicas

La anfibología ha sido definida vulgarmente como una equivocación, o una locución que envuelve dos sentidos diversos; dar a una cosa un concepto distinto del que estaba en la mente de su creador. Para el profesor Pedro Labernia la anfibología, “es una figura que consiste en usar de palabras o sentencias que se pueden entender en sentidos diferentes.”⁵³

De una forma técnica puede entonces ser definida como el vicio o distorsión del lenguaje que poseen las expresiones o mensajes que pueden llegar a entenderse de varios modos, o bien, que admiten distintas interpretaciones, por lo que genera en el receptor la duda y este titubea en el significado del mensaje. La anfibología puede

⁵² Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. Ob. Cit. Pág. 143.

⁵³ Labernia, Pedro. **Diccionario de la lengua castellana**. Pág. 153.

darse tanto por la distorsión del lenguaje que se emplea dentro del mensaje, como por la falta de uso o el uso inadecuado de signos de puntuación, y de lo cual se origina que el mensaje pueda ser comprendido de distintas formas, aún en el sentido opuesto al que originalmente le dio el emisor. En algunos casos la anfibología es producto de la evolución del lenguaje, de las ideas, e incluso de los modos de interpretación.

5.2.1. Características

Al momento en que un juez aplica la norma, se puede encontrar ante varios escenarios. El primero de ellos es que la norma que se aplicará es clara y no provoca equivocaciones; un segundo escenario es que no exista una norma aplicable al caso concreto; y por último, se puede dar un escenario en el que existan dudas al momento de aplicar la norma al caso concreto.

Por lo antes señalado, es fundamental considerar que: "la atribución del significado más correcto a cada palabra o a cada concepto resulta fundamental para evitar que las consecuencias jurídicas del concepto usado en un determinado sentido se extiendan a casos donde es usado en un sentido diferente."⁵⁴

Un texto puede ser señalado de padecer de anfibología si se establece que tiene alguna de las características que se estudian a continuación.

⁵⁴ Universidad de Chile. *Interpretación, Integración y razonamientos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1992. Pg. 112.

- **Contradicción**

Es una situación de incompatibilidad entre normas jurídicas que entran en conflicto, debido a que ambas pertenecen al mismo ordenamiento jurídico y tienen el mismo ámbito de validez. A esta situación jurídica se le denomina también como antinomia, la cual puede ser de dos tipos: la antinomia propia, exige para resolver la incompatibilidad que una de las normas en conflicto se elimine del ordenamiento jurídico; y la antinomia impropia que no necesita forzosamente que se de esta expulsión de la norma.

La contradicción de normas o antinomia se suscita en el momento en que una norma permite y la otra prohíbe, o, una prohíbe y la otra permite a un mismo sujeto la realización de la misma conducta. De esta forma, se puede afirmar que ambas no pueden ser al mismo tiempo válidas, y una de ellas necesariamente si lo tiene que ser. Para resolver el conflicto que ocasiona la contradicción de normas, se deben de observar tres criterios que son básicos para su solución. El criterio jerárquico, por el cual la ley superior debe prevalecer sobre la norma inferior; el criterio cronológico, según el cual prevalece la ley posterior sobre la anterior; y el criterio especial, por el cual la ley especial prevalece sobre la ley general.

El criterio jerárquico se encuentra regulado en los Artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el criterio cronológico se encuentra establecido en el Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial y el criterio especial se encuentra recogido en el Artículo 13 de esa misma ley.

- **Oscuridad**

Siendo la claridad una de las principales cualidades del lenguaje, la oscuridad es por lo mismo uno de sus principales defectos. La oscuridad de la ley consiste en la falta de claridad en los términos o palabras que se utilizaron dentro de su texto. Es importante señalar, que el hecho que pueda discutirse dentro de un litigio sobre el significado de una palabra empleada por la ley, no prueba que la expresión sea oscura, pues en muchos casos esa aparente oscuridad se da por la magnitud del conflicto y no por defectos en el texto de la norma.

Una norma es oscura cuando se escribe en una lengua extraña para la población a la cual va dirigida, es decir que se redacta utilizando términos que no son comprensibles, o bien, dándoles un sentido distinto al popularmente aceptado y no necesariamente utilizando palabras de otro idioma. Al respecto, Cesare Bonesana considera que: “si la interpretación de las leyes es un mal, es evidente que será otro mal la oscuridad que arrastra tras de si a la interpretación necesariamente; y el mal será grandísimo cuando las leyes de un país estén escritas en una lengua extraña para el pueblo”.⁵⁵

El Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial preceptúa que si una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. Esta norma permite asegurar que en el momento de existir oscuridad en un texto legal, es procedente acudir al estudio de su finalidad o espíritu. El Artículo 11 del mismo cuerpo

⁵⁵ Bonesana, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Pág. 24.

normativo brinda otra solución al problema de la oscuridad de la ley, al indicar que salvo que el legislador haya definido expresamente determinados conceptos, éstos se deben de entender según el significado que les de el Diccionario de la Real Academia Española.

- **Ambigüedad**

Es la duda o incertidumbre de la cual adolece una norma jurídica, principalmente se da debido a que no existe suficiente amplitud en la norma para poder comprender su sentido verdadero y completo. Nace principalmente del uso de frases o palabras que se prestan a más de un sentido. Este término es confundido y tomado incluso como sinónimo de la anfibología, sin embargo, debe tenerse a la anfibología como el género y a la ambigüedad como la especie o uno de sus elementos más característicos.

En términos generales, es posible afirmar que surge ambigüedad cuando existe duda sobre cuál es el significado jurídicamente relevante de los términos incluidos en la ley, que han sido pretendidos por el legislador. La ambigüedad no siempre es el fruto de palabras o frases, sino de "la viciosa colocación de los términos o partes de una cláusula, y hasta de los signos de ortografía. La colocación viciosa de una coma cambia o hace equívoco a veces el sentido de una cláusula."⁵⁶ Es aquí donde el derecho se debe relacionar con la gramática, pues del buen uso de esta disciplina del lenguaje depende la correcta aplicación del derecho.

⁵⁶ Arrazola, Lorenzo. *Enciclopedia española de derecho administración*. Pág. 616.

A diferencia de la contradicción y oscuridad de las normas, no existe un método específico para solucionar los problemas ocasionados por la ambigüedad en las normas jurídicas, por lo que es necesario para resolverlos, observar los diversos métodos de interpretación que fueron analizados en su oportunidad, tomando siempre como base lo preceptuado en la Ley del Organismo Judicial.

5.3. Ambigüedad en la interpretación del numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106

Es necesario reiterar que el Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106 contiene las causas imputables a uno de los cónyuges, ya sea el hombre o la mujer, para obtener la separación o el divorcio. Y por ser objeto de análisis, es menester recordar que el inciso quinto de dicho Artículo considera como una de estas causales, “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.”

Para lograr un mejor estudio sobre esta disposición normativa, es procedente realizar un análisis a los enunciados que la componen. En primer lugar, se observa que es una causal imputable solamente a la mujer, al establecer que: “el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio...”. Quitando toda posibilidad de que el cónyuge varón incurra en esta causal de divorcio y de allí que de ser procedente esta causal, se tenga como cónyuge culpable a la mujer.

Otro aspecto a tomar en cuenta, es que el hijo que la mujer da a luz durante el matrimonio debe ser concebido antes de su celebración, lo cual excluye los hijos concebidos dentro del matrimonio pues no puede considerarse como causal de divorcio la realización de los fines para los cuales fue creada la institución.

Por último, el inciso en análisis establece que el marido debe desconocer el embarazo antes del matrimonio. De esta forma, no es procedente esta causal de divorcio si el marido tenía conocimiento de los hechos, pues se considera que de estar enterado de dicha situación y aun así contrae matrimonio, éste ha manifestado su conformidad y las consecuencias que de allí se derivan. Esto se relaciona estrechamente con el consentimiento que se presta para contraer matrimonio que no debe padecer de error, dolo o coacción.

5.3.1. Diversas interpretaciones

La norma en análisis puede ser interpretada desde distintos puntos de vista. El problema surge no cuando se interpreta utilizando los métodos adecuados sino cuando esta interpretación se da según la conveniencia de la persona que realiza dicha actividad intelectual, conveniencia que puede representar perjuicio en los derechos de otras personas, y en el caso en análisis, en perjuicio de los miembros del núcleo familiar, y por ende, de la sociedad misma. Lo que debe ser claro es que tal como se señaló en el capítulo referente al matrimonio, los fines del matrimonio son que el hombre y la mujer vivan juntos, procreen, alimenten y eduquen a sus hijos así como auxiliarse entre sí. Cualquier interpretación que se haga contrariando estos fines debe

ser considerada como equívoca. Es decir que debe de analizarse la institución misma del matrimonio para ubicar las pautas y directrices necesarias para una correcta interpretación y aplicación de las normas en caso de que éstas sean ambiguas.

El hecho que el inciso quinto del Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106, no establezca que el hijo que ha nacido durante el matrimonio pero concebido antes de la autorización de éste, no debe ser hijo biológico del marido, permite que se pueda entender que aún el padre biológico pueda solicitar el divorcio por el simple hecho que la mujer haya quedado en estado de gravidez, o bien que le haya ocultado el embarazo.

Al interpretar la norma de esta forma, se esta culpando solamente a la mujer por el hecho de su embarazo, aun cuando para que el mismo se de, es necesaria la intervención del hombre. De la misma forma se estaría culpando a la mujer por dar cumplimiento a uno de los fines del matrimonio, como lo es la procreación.

Puede darse el caso que una pareja que esta pronta a contraer matrimonio, mantengan relaciones de hecho previo a su autorización, pudiendo la mujer quedar embarazada aún sin ella saberlo, y debido a la prontitud del matrimonio, necesariamente el parto se dará posteriormente a su celebración. En este caso, debido a que la norma puede ser interpretada en diversos sentidos, el marido podría invocar la causal de divorcio en análisis, debido a que se cumplen todos los elementos necesarios para alegarla ante un órgano jurisdiccional competente.

Una interpretación correcta sería la que considere que el sentido de la norma es proteger al cónyuge varón de la posibilidad que existe que la mujer lo engañe haciéndole creer que dentro del matrimonio se ha engendrado a un hijo que en realidad ha sido concebido por la mujer y un hombre distinto al cónyuge. Es una forma de sancionar a la mujer por un engaño producido antes de la celebración del matrimonio, pues si el engaño se da posterior a éste, se debe alegar la causal de infidelidad contenida en el inciso primero.

5.3.2. Amenaza de violación a los derechos de la mujer y del hijo menor por la errónea interpretación y aplicación

Existe una puerta abierta en el ordenamiento jurídico guatemalteco que posibilita que se considere injustamente a la mujer como la culpable de la separación o divorcio en caso de que ésta de a luz a un hijo durante el matrimonio cuando éste ha sido concebido como fruto de relaciones sexuales mantenidas con el propio marido antes de su celebración. Esta culpabilidad que se le hace a la mujer representa graves perjuicios para ella, perjuicios materiales y psicológicos que no solo afectan a la mujer sino que pueden alcanzar aún a los hijos menores de edad.

El derecho de la mujer a recibir pensión alimenticia se ve seriamente violado, al aplicar erróneamente el Artículo e inciso objeto de estudio, pues el Artículo 159 del Código Civil establece como un efecto común de la separación y del divorcio el derecho de alimentos por parte del cónyuge culpable a favor del cónyuge inculpable. De esta

forma, no solo se estaría sancionando a la mujer por tener un hijo de su cónyuge, y cumplir así con uno de los fines del matrimonio, sino que además pierde el derecho de percibir alimentos por su marido, e incluso éste podría exigir de la mujer el derecho a recibir alimentos debido a la culpabilidad que sobre ella pesaría.

Es indiscutible que al existir hijos menores de edad que posteriormente al divorcio o la separación quedan a cargo de la madre, éstos se verán afectados en caso que se libre al cónyuge varón de prestar alimentos pues los ingresos familiares se verían reducidos considerablemente, considerando el papel de proveedor que por lo general tiene el hombre dentro de la familia. Aún más perjudicial para el hijo menor sería el hecho de imponer a la madre la obligación de dar alimentos al cónyuge varón, pues representa una erogación constante por parte de la madre que limitaría sus posibilidades para el sustento y educación del menor.

De esta forma se evidencia que debido a la ambigüedad de la norma cuestionada, existe necesidad de acudir a su interpretación, la cual puede ser equívoca, y utilizarse en perjuicio de derechos garantizados por la ley, y permitir así que el cónyuge varón pueda librarse injustamente del cumplimiento de sus obligaciones respecto a su cónyuge y afectar así a sus propios hijos.

De invocarse por el cónyuge varón la causal de divorcio mencionada, sabiendo éste que es el padre del hijo, se demuestra que es él quien desea sin fundamento disolver o suspender el vínculo conyugal aprovechándose del embarazo de la mujer, por lo que éste es quien debe ser considerado como cónyuge culpable.

5.4. Necesidad de reformar el numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil

Para erradicar la posibilidad de utilizar el inciso y artículo en estudio de forma incorrecta y perjudicial, es necesario realizar reformas en su texto para aclarar el sentido correcto que se le debe atribuir y evitar así que pueda ser usado en contra de los derechos de la propia familia y en especial de la mujer y de los hijos menores de edad.

Para esto, es necesario que el Organismo Legislativo, con base en la facultad exclusiva de reformas leyes, emita un decreto legislativo por medio del cual se logre aclarar en la norma actual que, para que sea procedente la causal de divorcio, la mujer debió de dar a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de la celebración o autorización del mismo, como consecuencia de relaciones sexuales mantenidas con persona distinta del cónyuge, siempre que se le haya ocultado a éste último tal situación.

Para poder establecer la verdadera paternidad o filiación, es conveniente incluir en el texto de la norma la obligación de practicar una prueba biológica de ácido desoxirribonucleico o ADN para que exista certeza sobre si el hijo nacido durante el matrimonio es o no hijo biológico del cónyuge varón. Esta prueba tendría como objeto brindar certeza jurídica sobre la existencia de la causal de divorcio, estableciendo la existencia del engaño por parte de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, y así evitar que al momento de autorizarse éste exista error en el consentimiento del cónyuge, pues de haber conocido tal situación su decisión podría haber sido otra.

Un elemento que no puede dejar de regularse, es el hecho que el marido debe de desconocer el embarazo producto de relaciones de hecho mantenidas por la mujer con hombre distinto y con anterioridad del matrimonio, pues de conocer esta situación, el marido está en libertad de contraer o no matrimonio, es decir, queda en libertad de dar su consentimiento o no de unirse en matrimonio aun cuando su esposa es madre de un hijo que no es fruto del matrimonio o de la pareja que lo forma.

Al realizar estos cambios se estaría limitando la necesidad de realizar una interpretación sobre la norma pues sus términos serían lo suficientemente claros y se limitaría el juzgador o estudioso del derecho a aplicar la norma tal y como aparece en el texto y se evitaría incurrir en algún error que represente violación a los derechos de la mujer y del hijo menor de edad. Además, mientras menos sea necesario interpretar una norma, más certeza tendrá un ordenamiento jurídico y dotará de seguridad jurídica y armonía a la población sobre la cual rige.

CONCLUSIONES

1. A pesar de que la familia tiene un papel fundamental dentro de la sociedad y por lo tanto dentro de un Estado; en la actualidad ha disminuido el interés por analizar y afrontar los problemas que afectan el fortalecimiento y la perdurabilidad de dicha institución, lo cual ha ocasionado elevados índices de violencia y de desintegración dentro de las familias guatemaltecas.
2. Dentro de la sociedad guatemalteca se ha acrecentado el número de parejas que, por desconocimiento o falta de aplicación de métodos de planificación familiar, se unen en matrimonios debido a que la mujer se encuentra en estado de embarazo, sin que exista realmente la intención entre los cónyuges de vivir en convivencia y de auxilio recíproco, desvirtuando así la institución matrimonial y los fines que de ésta se derivan.
3. En la actualidad existe un incremento en el número de divorcios que se presentan para su trámite ante los tribunales de justicia guatemaltecos, lo cual evidencia un detrimento de la institución social del matrimonio, y que genera en la mayoría de ocasiones conflictos tanto emocionales como económicos hacia los miembros del núcleo familiar.

4. No obstante la importancia y confiabilidad de la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico o ADN, su elevado costo y el gran número de población de escasos recursos económicos, no permite que ésta pueda ser aplicada en todos los casos en que se hace necesario la resolución de procesos judiciales sobre paternidad y filiación en los tribunales de familia.

5. En muchas ocasiones los jueces emiten criterios erróneos al momento de dictar resoluciones dentro de los juicios de divorcio, en los cuales se vulneran los derechos de la mujer y del hijo menor, derivado de la ambigüedad en la que se incurre al momento de interpretar el texto del numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, haciendo uso de la potestad legislativa que le atribuye la Constitución Política de la República de Guatemala, debe evaluar el ordenamiento jurídico guatemalteco con el objeto de promover la modernización de las normas en materia de derecho de familia, para que éstas sean apropiadas y suficientes para proteger los derechos de cada uno de sus miembros debido a la necesidad existente de fortalecer la base fundamental de la sociedad.
2. Es necesario que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social conjuntamente con el Ministerio de Educación, debido al creciente número de embarazos no deseados, desarrolle y difunda dentro de la población guatemalteca, programas de planificación familiar accesibles y culturalmente aceptables, con el fin de evitar que se utilice la institución del matrimonio como una aparente solución a esta problemática.
3. El Estado de Guatemala, con el propósito de disminuir el índice actual de divorcios en el país, por medio de sus instituciones centralizadas, descentralizadas y autónomas, debe implementar programas sociales efectivos, tanto en las áreas urbanas como rurales, que tengan por objeto fomentar la importancia de la familia y promover su integración sin poner en peligro a sus miembros y de esta forma fortalecer la institución de la familia con base en el matrimonio.



4. La Gerencia General del Organismo Judicial, debido al elevado costo de la realización de la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico o ADN, debe promover ayuda y destinar fondos a instituciones gubernamentales y no gubernamentales para que estas puedan ofrecer de forma gratuita, o a un bajo costo dicha prueba, con el fin de dotar a todas las personas de igualdad de oportunidades para la implementación de medios científicos de prueba modernos, dentro de litigios en materia de derecho de familia.

5. La Universidad de San Carlos de Guatemala, debido a la ambigüedad del texto del numeral quinto del Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106, haciendo uso de su derecho de iniciativa de ley, debe presentar al Congreso de la República de Guatemala un proyecto de decreto legislativo, por medio del cual se realice la reforma propuesta en el presente trabajo de investigación, para eliminar cualquier posibilidad de interpretar dicho precepto legal de forma incorrecta y evitar así que se ponga en riesgo los derechos de la mujer y del hijo menor.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 1t.; Guatemala, Guatemala: Ed. VILE, 1973.
- ÁLVAREZ SOTO, Diego Luis. **Manual de derecho de familia**. Medellín, Colombia: Ed. Universidad de Medellín, 2006.
- ARRAZOLA, Lorenzo. **Enciclopedia española de derecho y administración**. 2t. Madrid, España: Ed. Los señores Andrés y Díaz, (s.f.).
- BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de derecho de familia**. 1t.; 5ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1988.
- BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de derecho de familia**. 2t.; 5ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1988.
- BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. 4ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Yaf multiservicios, 2001.
- BERNATH, Viviana. **ADN el detector de mentiras**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Debate, 2011.
- BOLAÑOS CALVO, Bolívar. **Comunicación escrita**. San José, Costa Rica: Ed. EUNED, 1996.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 4ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Fenix, 2007.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. **Derecho procesal constitucional**. Guatemala, Guatemala: Ed. Fenix, 2007.
- COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 2t.; 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1989.
- COUTURE, Eduardo J. **Vocabulario jurídico**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1991.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino. **La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez**. Madrid, España: Ed. Universidad de Oviedo, (s.f.).



- FONSECA, Gautama. **Curso de derecho de familia**. Tegucigalpa, Honduras: Ed. López y Cías., (s.f.).
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 56ª. ed.; Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, S.A. de C.V., 2004
- GRAU, Eros Roberto. **Interpretación y aplicación del derecho**. Madrid, España: Ed. Dykinson, S.L., (s.f.).
- Grupo Editorial El Derecho y Quantor. **Regímenes económico – matrimoniales**. España: Ed. El Derecho, (s.f.).
- GUTIÉRREZ DE COLMENARES, Carmen María. **Introducción al derecho**. 3ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Profasr, 2007.
- IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**. 12ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1999.
- LERET, María Gabriela. **Derecho, biotecnología y bioética**. Caracas, Venezuela: Ed. CEC, S.A., 2005.
- LÓPEZ, Enrique Martín. **Textos de sociología de la familia**. Madrid, España: Ed. Rialp, S.A., 1993.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco. **Derecho de familia**. 1t.; 2ª. ed.; Caracas, Venezuela: Ed. Ucab, 2006.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. 3t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas Europa – América, 1979.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. **Tratado de derecho de familia**. 2t.; Valladolid, España: Ed. Lex Nova, 2009.
- RESTREPO FERNÁNDEZ, Carlos Martín. **Apuntes de genética para abogados**. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad del Rosario, 2007.
- SOURIAU, Etienne. **Diccionario Akal de estética**. Madrid, España: Ed. Akal, 1998.
- STRATHERN, Paul. **Crick, Watson y el ADN**. Madrid, España: Ed. Siglo XXI de España Editores, S.A., 1999.
- VASQUEZ ORTIZ, Carlos. **Derecho civil I**. Guatemala, Guatemala: Ed. Crockmen, (s.f.).
- ZANNONI, Eduardo A. **Prueba del ADN**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.



Legislación:

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

Código Civil. Jefe del Gobierno de la República. Decreto Ley número 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley número 107, 1964.

Ley de Tribunales de Familia. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley número 206, 1964.

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

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

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 97-96, 1996.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 27-2003, 2003.

Ley del Registro Nacional de las Personas. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 90-2005, 2006.

Ley de Adopciones. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 77-2007, 2007.