

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



LA FORMULACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENIO EN LOS CASOS DE
DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO, Y SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN
RELACIÓN A LA GARANTÍA QUE DEBA PRESTARSE

LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA

GUATEMALA, ABRIL DE 2013

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

**LA FORMULACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENIO EN LOS CASOS DE
DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO, Y SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN
RELACIÓN A LA GARANTÍA QUE DEBA PRESTARSE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2013

**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. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña
Secretario: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Vocal: Licda. Miriam Lili Rivera Alvarez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Secretario: Lic. Hector Orozco y Orozco
Vocal: Lic. Roberto Paz Alvarez

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).



Licda. Mayra Lisseth Alvarez Pérez
Abogada y Notaria



Guatemala, 10 de enero de 2013

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Doctor Mejía:

Atentamente me dirijo a usted, con el objetivo de informarle que procedí en mi calidad de asesora a efectuar mi labor en el trabajo de tesis del estudiante: **LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA**, denominado: **“LA FORMULACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENIO EN LOS CASOS DE DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO, Y SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN A LA GARANTÍA QUE DEBA PRESTARSE”**.

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- I. El contenido científico y técnico de la tesis, es de gran importancia y trascendencia en el ámbito jurídico procesal civil, principalmente en materia de familia derivado de la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo, mismo que en los últimos años se ha incrementado ante dichos órganos jurisdiccionales correspondiéndoles emitir las resoluciones de conformidad con las disposiciones legales vigentes en Guatemala.
- II. Con respecto a la metodología utilizada, se recurrió al método analítico, debido a la temática procesal civil requiere diversos análisis, en cuanto a la técnica utilizada, ésta fue de carácter bibliográfica ante la diversidad de información existente tanto de autores nacionales como extranjeros, además, la legislación e instrumentos internacionales ratificados por Guatemala en materia de familia.

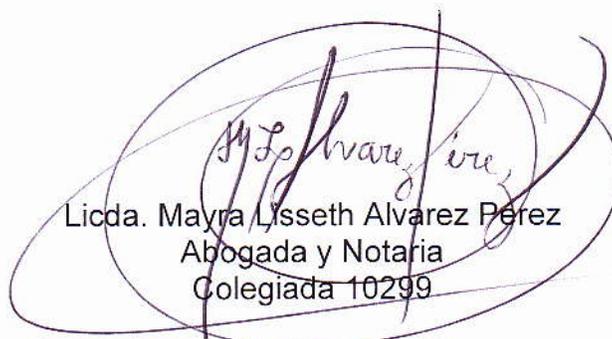


Licda. Mayra Lisseth Alvarez Pérez
Abogada y Notaria



- III. Con respecto a la redacción, ortografía y puntuación contenida en la presente investigación jurídica, presentada por el estudiante **LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA** son congruentes con lo que para el efecto determina el Diccionario de la Real Academia Española.
- IV. Con respecto a la contribución científica aportada en la presente investigación en el campo del derecho de familia, se ha desarrollado un valioso análisis doctrinario y jurídico de las normas vigentes en Guatemala, con respecto a la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo.
- V. Con relación a las conclusiones y recomendaciones contenidas en la presente investigación jurídica, estas son acordes con los capítulos, temas y subtemas contenidos en la totalidad de la misma.
- VI. En cuanto a la bibliografía utilizada para el desarrollo de la presente investigación, ésta es acorde al tema investigado, por lo que considero que la misma es suficiente ante la diversidad de información existente en Guatemala, en materia de Derecho de Familia y Procesal Civil y Mercantil respectivamente.
- VII. Por lo antes indicado, considero que la investigación presentada por el estudiante **LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA**, llena los requerimientos exigidos por ésta casa de estudios superiores y en virtud de ello, emito **DICTAMEN FAVORABLE** con el objeto de continuar con el trámite académico respectivo.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,


Licda. Mayra Lisseth Alvarez Pérez
Abogada y Notaria
Colegiada 10299

LICDA. MAYRA LISSETH ALVAREZ PÉREZ
ABOGADA Y NOTARIA



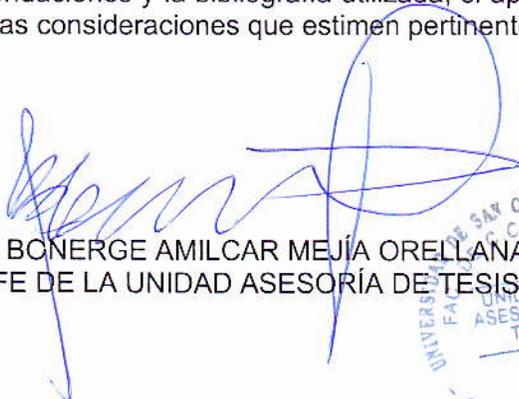
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 14 de enero de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO MYNOR RENÉ BARRERA POLANCO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA, intitulado: "LA FORMULACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENIO EN LOS CASOS DE DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO, Y SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN A LA GARANTÍA QUE DEBA PRESTARSE".

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


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.



Lic. Mynor René Barrera Tolanco
Abogado y Notario
Manzanas 2 B, Lote 57, Residenciales Elono Alto, Zona 6,
Villa Nueva, Guatemala,
Teléfono 57097869



Guatemala, 04 de febrero de 2013.

Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Doctor:

En atención al nombramiento realizado por su distinguida persona, en donde se me designa como revisor de tesis del estudiante **LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA**, respecto a su trabajo de tesis intitulado: "**LA FORMULACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENIO EN LOS CASOS DE DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO, Y SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN A LA GARANTÍA QUE DEBA PRESTARSE**", con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir dictamen respectivo:

- I. Con relación al contenido científico que presenta el estudio realizado por el estudiante **LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA**, en relación al convenio celebrado ante el órgano jurisdiccional competente en los casos de tramitación por divorcio por mutuo acuerdo, tomando en consideración que no exista controversia, sino lo que se le pide es la declaración judicial que ponga fin al vínculo conyugal y es precisamente el estudio realizado que contiene un valioso aporte al derecho civil y principalmente al derecho procesal civil y mercantil.
- II. Con relación a la metodología y técnicas de investigación utilizadas para elaborar el presente estudio, fue necesario utilizar el método deductivo e inductivo y principalmente el analítico, tomando como referencia la diversidad de información existente y el riguroso análisis para seleccionar los criterios jurídicos contenidos en el presente estudio, así como la utilización de la técnica bibliográfica y del fichaje.
- III. En cuanto a la redacción, ortografía y puntuación del estudio presentado, éste contiene las directrices establecidas por el Diccionario de la Real Academia Española, coincidiendo la presente investigación con dichas directrices.



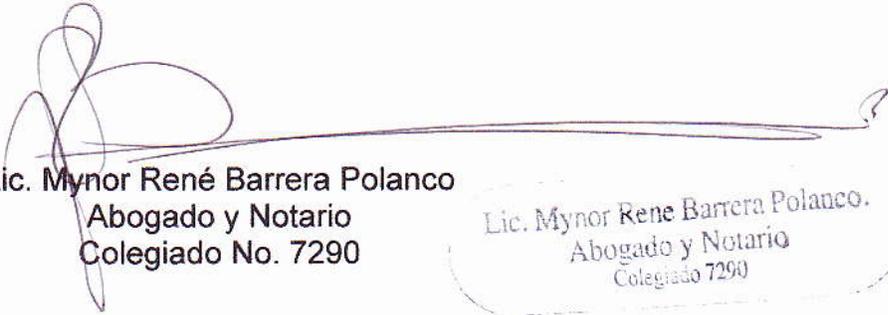
Lic. Mynor René Barrera Polanco
Abogado y Notario
Manzana 2 R, Lote 57, Residenciales Elano Alto, Zona 6,
Villa Nueva, Guatemala,
Teléfono 57097869



- IV. La contribución científica que contiene el presente estudio elaborado en el marco del derecho civil y procesal civil respectivamente, con respecto al convenio celebrado durante la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo y la importancia y relevancia de la garantía que deba prestarse para el cumplimiento del mismo.
- V. Las conclusiones y recomendaciones que contiene el presente estudio, es el resultado de diversos análisis durante la elaboración y culminación del trabajo de graduación en el campo del derecho civil y procesal civil y mercantil, mismas que están acordes al plan de investigación aprobado.
- VI. El material bibliográfico utilizado por el estudiante **LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA**, en el desarrollo del estudio concluido demuestra la diversidad de autores nacionales y extranjeros con relación al tema, además, del análisis de las disposiciones legales vigentes, especialmente, en la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo y la constitución de garantía para el cumplimiento del convenio celebrado.

Por lo que considero que cumple con los requisitos, que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo anteriormente indicado procedo a emitir el presente dictamen de revisor en forma **FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,


Lic. Mynor René Barrera Polanco
Abogado y Notario
Colegiado No. 7290

Lic. Mynor Rene Barrera Polanco.
Abogado y Notario
Colegiado 7290

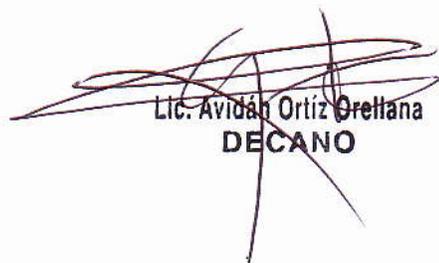
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de marzo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS ALFONSO CAMPOS GARCÍA, titulado LA FORMULACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENIO EN LOS CASOS DE DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO, Y SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN A LA GARANTÍA QUE DEBA PRESTARSE. 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/sllh.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario 



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por las bendiciones que me ha otorgado y de haberme proveído de sabiduría para alcanzar este gran triunfo.
- A MIS PADRES:** Luis Alfonso Campos Ramírez y Telma Leticia García Contreras, por ser el pilar más importante de mi vida, sin ustedes no sería la persona que hoy soy.
- A MIS HERMANAS:** Nidia Campos y Dania Campos por todo su apoyo incondicional, con mucho cariño, las quiero.
- A MI FAMILIA:** Porque siempre se ha caracterizado de ser unida en todo momento. Especialmente a mi abuelo Claudio García Guerra por su gran fortaleza y admiración que merece.
- A MIS AMIGOS:** César, Byron, Felix, Hugo, Daniel y Renato por formar parte de este triunfo al habernos trazado el mismo ideal.
- A:** Mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por formar profesionales de éxito.
- A:** La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La familia	1
1.1. Origen	1
1.2. Concepto	7
1.3. Importancia y funciones	12
1.4. Características	17
1.5. Aspectos legales	20

CAPÍTULO II

2. El matrimonio	23
2.1. Antecedentes	23
2.2. Concepto	31
2.3. Naturaleza jurídica	32
2.4. Caracteres del matrimonio	35
2.5. Clases	37

CAPÍTULO III

3. Divorcio por mutuo acuerdo	41
3.1. Aspectos generales de la separación	41
3.2. Aspectos generales del divorcio	48
3.3. Requisitos del divorcio por mutuo acuerdo	57
3.4. Proceso del divorcio por mutuo acuerdo	58

CAPÍTULO IV

4. El proyecto de convenio en el divorcio por mutuo acuerdo	65
4.1. Aspectos generales	65
4.2. Garantía que se presta	67



Pág.

4.3. Clases de garantía	69
4.4. Ventajas de la garantía hipotecaria	72
4.5. Análisis jurídico y doctrinario del proyecto de convenio	78
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

El matrimonio es la forma legal por excelencia de establecer una familia, lamentablemente existen diversas circunstancias que impiden la permanencia del matrimonio y la estabilidad en el hogar. Cuando surge dicha situación, deviene el divorcio; tanto mediante causa determinada como por mutuo acuerdo. El Código Civil establece como requisito indispensable para el diligenciamiento, que los cónyuges presenten un proyecto de convenio sobre las bases del divorcio. Este proyecto de convenio debe reunir ciertos requisitos para que sea aceptado por el juez, y pueda establecerse el divorcio mediante mutuo acuerdo. Lamentablemente, en muchas ocasiones lo acordado en dicho convenio solamente constituye derecho positivo pero no eficaz; en el sentido que una vez autorizada la disolución del vínculo conyugal, muchos de los puntos acordados no se cumplen a cabalidad y por lo tanto no se brinda protección a los hijos, sobre todo a los menores de edad. Asimismo, muchos de los puntos consignados en el convenio no se ajustan exactamente a los preceptos contenidos en el Código Civil, en relación a la protección que debe brindarse a la familia y, por lo tanto, es necesario realizar un análisis jurídico y sociológico al respecto.

La hipótesis propuesta fue en cuanto a que en la práctica no siempre se cumplen a cabalidad, los requisitos que establece la ley en lo relacionado con el contenido del proyecto de convenio en el divorcio por mutuo consentimiento, sobre todo en lo referente a la garantía que deba prestarse y; por lo tanto, se atenta principalmente contra el bienestar de los hijos menores de edad.

Los objetivos planteados fueron, determinar si los requisitos que establece la ley en relación al convenio en los casos de divorcio por mutuo acuerdo, se cumplen a cabalidad; sobre todo en lo relacionado con la garantía que deba prestarse y determinar qué tipo de garantía deba prestarse en los casos de divorcio por mutuo consentimiento.

Los supuestos de la presente investigación son en cuanto al proyecto de convenio en los casos de divorcio por mutuo acuerdo, ya que no cumple con todos los beneficios que debería contener; asimismo la garantía que se presta en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, no brinda el respaldo necesario, sobre todo para los menores de edad; y la garantía hipotecaria, es la más confiable en los casos de divorcio por mutuo consentimiento.

La presente investigación, se divide en cuatro capítulos, iniciando con el primero, el cual abarca el contenido de la familia, así como los aspectos legales de su fundamentación; el segundo, es respecto al matrimonio como base primordial para la constitución de una familia, visto desde un punto de vista jurídico y sociológico; el tercer capítulo, referente al divorcio por mutuo acuerdo que deja abiertas las pautas al objeto de estudio propiamente dicho de esta investigación; el cual es desarrollado en el cuarto capítulo como lo es, el proyecto de convenio en el divorcio por mutuo acuerdo con la determinación de la garantía que deba prestarse.

El método empleado fue el científico, ya que éste se utilizó para darle un enfoque eminentemente apegado a las fases del proceso de investigación. Asimismo, las técnicas, utilizadas fueron la investigación documental y el fichaje.



CAPÍTULO I

1. La familia

La familia es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos el padre, la madre, los hermanos, entre otros, con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen. Además, es donde se transmiten los valores de la sociedad en la que se vive y por lo tanto es reproductora del sistema social de una sociedad determinada.

1.1. Origen

El tratadista Guillermo Cabanellas, citado por Carlos Vásquez Ortiz indica lo siguiente: “La nación más genérica de la familia, en el difícil propósito de una forma que abarque la amplitud de sus significados y matices, debe limitarse a expresar que se trata, en todos los casos, de un núcleo más o menos reducido, basado en efecto, en necesidades primarias, que convive o ha convivido íntimamente y que posee cierta conciencia de unidad.”¹

Federico Puig Peña citado por Carlos Vásquez Ortiz continua indicando que: “el hombre aisladamente considerado, es un ser perfecto, completo cuando mira a Dios, puesto que integra una unidad capaz de dirigirse a sí mismo y encaminar sus pasos en aras del mas allá; en cambio mira la naturaleza, precisa de sus semejantes para dar satisfacción a sus

¹ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil**. Pág. 56

necesidades y deseos, toda vez que por sí solo no puede perpetuar la especie y durante los primeros años de su vida no puede por sí mismo, atender a su subsistencia.”²

Su perfección en este aspecto no puede alcanzar buscando un complemento cualquiera, de alcance mediano y transitorio, ni acudiendo al organismo político, sin espíritu ni cálido aliento, precisa de un órgano natural que llene cumplidamente los vacíos de la aludida imperfección, y este no puede ser otro que la familia, institución que vive a través de los siglos en una marca incesante de continuada pujanza y que subsiste por imperativo necesario de la naturaleza misma.

Tiene la palabra familia diversas excepciones. Desde un sentido amplio enraizado con la interpretación histórica del vocablo, la familia hace relación a un conjunto más o menos amplio de personas, ligadas por relación de sangre y comunidad de vida. La mayoría entiende que la voz familia sería en sus orígenes una convivencia localizada en su hogar. El sanscrito deriva la palabra VHA (sentar) y VHAMAM (asiento, morada, casa). El griego tiene las mismas expresiones de anotadoras de domicilio (vivienda), otras personas por el contrario intentan hallar otra significación buscando su etimología en famel, (hambre), ya quizá en la familia satisfacen las primeras necesidades.

Por último a partir de Savigny, “se quiere encontrar la base para su definición y concepto en el elemento jurídico (potestad), que aglutina a todos los componentes del grupo familiar.”³

² Vásquez Ortiz, Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 56

³ Borda, Guillermo. **Tratado de derecho civil.** Pág. 47

En otras palabras, en la materia correspondiente a las personas, se comprende a la que se acostumbra a llamar derecho de familia, que lo forman entre otras; el matrimonio, la patria potestad y la tutela; todo lo cual constituyen la parte de mayor interés por la transcendental importancia de esas instituciones en el proceso moral y orgánico de las sociedades.

El término familia tiene varios significados según la extensión que abarca respecto a las individualidades que en ella figuran. En más extensa significación, familia es el conjunto de personas ligadas entre sí por los lazos de parentesco. En sentido limitado o estricto, expresa la parentela de mayor proximidad; esto es, el grupo social integrado por el padre, la madre, y los hijos de ellos procedentes.

Los tratadistas clásicos, en este sentido, y siguiendo a Santo Tomas, solían incluir en su ámbito la sociedad conyugal, la paterno filial y la heril (relativo al año o dueño en lo servil o doméstico). Pero con razón afirmo Servati que "las relaciones entre amos y criados no tiene un propio motivo familiar sino un vínculo civil, nacido en un contrato y por ello, la moderna doctrina presiden de la sociedad heril e incluye en la familia al parental, puesto que son los vínculos de sangre los determinantes de la misma, se puede por consiguiente, definir la familia, aquella institución que dirigida por los lazos de la autoridad sublimada por el amor y el respeto sede satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida."⁴

⁴ Borda, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 47

De esta definición se interfieren las siguientes consideraciones:

- a) La familia es, ante todo una institución. Forma una entidad que vive con autonomía y cuyas directrices fundamentales no pueden ser alteradas sensiblemente por el mero capricho de la voluntad privada.
- b) La familia está asentada en el matrimonio, y a esta se hace referencia cuando en el territorio jurídico se habla de la familia aun cuando no por ello se hayan de conocer los lazos de sangre que se derivan de las relaciones extramatrimoniales, bien puede constituir una familia, no son nunca la familia.
- c) La familia aúna, en lazos de autoridad sublimada por el amor y respeto, a los cónyuges y sus descendientes, que integran su componente personal. Ello no es obstáculo sin embargo, para que otra relación parental deba ser reconocida por la ley; el derecho otorga a los demás familiares determinados derechos, como el de alimentos, de sucesión, de tutela, etc.
- d) En la familia se da satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana, en todas la esferas de la vida; como dice De Diego citado por Guillermo Borda, "en la familia se prepara y educa, se rinde culto a Dios y a la justicia, se disciplinan y someten voluntades se reparte a cada cual lo suyo, se ahorra, se capitaliza, se trabaja, se satisface las necesidades que afectan al espíritu y al cuerpo, se da, pues, en ella un todo omnicompreensivo, lleno de amor e ilusiones, en el cual, para que resulte aun mayor la perfección, se dan las notas armoniosas de trazos útiles diferenciativos con ese modo de ser, de hablar, de

conducirse, de obrar, que reciben en su lengua una expresión que se llama aire de familia.”⁵

Familia, en sentido estricto es, según el tratadista Massineo lo siguiente: “el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco o de afinidad, constitutivo de un todo unitario.”⁶

Frente a este concepto estricto de la familia, un sentido más amplio se incluyen, en la familia, personas difuntas (ante pasados) o meramente concebidas para significar la familia como descendencia o continuidad de sangre; o en otro sentido, las personas unidas entre sí por un vínculo legal (adopción), que imita el vínculo de parentesco de sangre y obligaciones sancionadas por la ley.

La importancia de la familia desde la antigüedad, ha sido considerada como un grupo de personas muy importantes por la contribución que ha prestado a la sociedad donde se desenvuelve y se desarrolla como núcleo social, desempeña una labor múltiple en la orientación de la comunidad en donde se desenvuelve orientación que afecta a todos los miembros de la comunidad.

Como institución social la familia tiene una gran importancia para el Estado, como una organización política, hasta el punto de haberse considerado muchas veces que la familia era el fundamento mismo del Estado, como núcleo político embrionario por eso se dice que la sociedad es de expresión de la orientación recibida por la familia.

⁵ Ibid. Pág. 47

⁶ Messineo, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Pág. 85

- **La familia en la época moderna**

La definición de familia acepta que esta estructura social sufre cambios continuos que surgen de diferentes procesos históricos y contextos sociales; los estudios realizados demuestran que la estructura familiar ha sufrido cambios, no considerables, es verdad, pero con factores como la emigración a ciudades y la industrialización, pudieron notarse sin problemas. “El núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial, y aún hoy lo sigue siendo en las sociedades industrializadas modernas.”⁷ De todas formas, el concepto de familia moderna ha cambiado en cuanto a su forma tradicional de funciones, ciclo de vida, roles y composición. La única función que ha sobrevivido a todos los cambios es la que incluye al afecto y al apoyo emocional para con sus miembros, en especial para los hijos; las funciones que antes eran realizadas por familias rurales son hoy hechas por instituciones personalizadas.

En la definición de familia actual se puede decir, que el trabajo normalmente se lleva a cabo fuera del grupo familiar y sus miembros suelen trabajar en lugares diferentes, lejos de su hogar; también afirma que la composición ha cambiado casi drásticamente a partir de la industrialización. Muchos de estos cambios se vinculan con la mujer y su rol; en las sociedades de pensamiento desarrollado la mujer puede ingresar al mercado laboral como al mismo tiempo estudiar para ejercer luego en un puesto de trabajo.

También es necesario hablar del divorcio; aunque se cree que los individuos se unen en matrimonio con el fin de estar vinculados a otra persona durante el resto de sus vidas, las

⁷ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho mexicano**. Pág. 33

tasas de divorcio han aumentado considerablemente desde que se produjeron facilidades legales. Durante el siglo XX, el número de familias numerosas en occidente disminuyó considerablemente, este cambio suele relacionarse con la poca estabilidad económica que padecen actualmente los mayores. En los países en vía de desarrollo, la tasa de hijos ha crecido con rapidez a medida que pudieron controlarse las enfermedades infecciosas, el hambre y otras causas vinculadas a la mortalidad infantil.

1.2. Concepto

Con respecto a la familia, se puede indicar que es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan.

La familia es “un grupo social que varía según la sociedad en la cual se encuentra pero va a ser un reproductor fundamental de los valores de una sociedad determinada.”⁸

La familia es un núcleo compuesto por personas unidas por parentesco o relaciones de afecto. Cada sociedad va a tener un tipo de organización familiar pero algo muy importante es que en la familia las personas que conforman ese grupo van a tener relaciones de parentesco y afectivas, es el pilar sobre el cual se fundamenta el desarrollo psicológico, social y físico del ser humano. Es el asiento del legado emocional de cada ser humano, e idealmente debe suplir a sus miembros del sentimiento de seguridad y

⁸ Messineo. Francesco. **Ob. Cit.** Pág. 888

estabilidad emocional, nutrido en un ambiente de aceptación, seguridad y amor. El sistema familiar, está formado por una estructura (la pareja como esposos y padres, y los hijos, que a su vez son hermanos entre sí; cabe destacar que esta organización puede variar de una familia a otra), y por interacciones entre sus miembros. De estos dos aspectos de la familia, emanan funciones que el sistema debe cumplir.

Además en este grupo familiar se transmiten los valores de la sociedad en la que se vive y por lo tanto es reproductora del sistema social hegemónico de una época y sociedad determinada.

En la sociedad occidental "la familia ha venido cambiando en función de los cambios sociales y hoy en día tiene diversas formas, a diferencia de la versión de familia clásica que se desarrolló a lo largo del siglo XIX y XX."⁹ Los cambios en el mundo del trabajo y la mercantilización de la vida cotidiana así como los cambios legales y sociales en torno a la diversidad sexual ha modificado y diversificado el concepto de familia en cuanto a sus formas.

En suma, sí se puede definir a la familia como un grupo social que está unido por relaciones de parentesco, tanto por vía sanguínea como por relaciones afectivas. Estos grupos familiares van a reproducir formas, valores sociales y culturales que están instalados en una sociedad.

⁹ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español, común y foral**. Pág. 74

Según expone Claude Lévi-Strauss citado por Castán Tobeñas, “la familia tiene su origen en el establecimiento de una alianza entre dos o más grupos de descendencia a través del enlace matrimonial entre dos de sus miembros.”¹⁰ La familia está constituida por los parientes, es decir, aquellas personas que por cuestiones de consanguinidad, afinidad, adopción u otras razones diversas, hayan sido acogidas como miembros de esa colectividad.

Las familias suelen estar constituidas por unos pocos miembros que suelen compartir la misma residencia. Dependiendo de la naturaleza de las relaciones de parentesco entre sus miembros, una familia puede ser catalogada como familia nuclear o familia extensa. El nacimiento de una familia generalmente ocurre como resultado de la fractura de una anterior o de la unión de miembros procedentes de dos o más familias por medio del establecimiento de alianzas matrimoniales o por otro tipo de acuerdos sancionados por la costumbre o por la ley (como el caso de las sociedades de convivencia en México).

La integración de los miembros de la familia, como en el caso de los grupos de parentesco más amplios como los linajes, se realiza a través de mecanismos de reproducción sexual o de reclutamiento de nuevos miembros. Si se considerara que la familia debe reproducirse biológicamente, no podrían conceptualizarse como familia aquellos grupos donde Ego o su consorte (o ambos) están incapacitados de reproducirse biológicamente.

¹⁰ Castán Tobeñas, José. **Ob. Cit.** Pág. 74

En estos casos, la función reproductiva se traslada a los mecanismos de reclutamiento socialmente aceptables, como la adopción. El reclutamiento de nuevos miembros de una familia garantiza su trascendencia en rizada de la familia, en occidente se ha debilitado conforme se fortalecen las instituciones especializadas en la educación de los niños más pequeños. Esto ha sido motivado, entre otras cosas, por la necesidad de incorporación de ambos progenitores en el campo laboral, lo que lleva en algunas ocasiones a delegar esta función en espacios como las guarderías, el sistema de educación preescolar y, finalmente en la escuela. Sin embargo, este fenómeno no se observa en todas las sociedades; existen aquellas donde la familia sigue siendo el núcleo formativo por excelencia.

Por otra parte, la mera consanguinidad no garantiza el establecimiento automático de los lazos solidarios con los que se suele caracterizar a las familias. Si los lazos familiares fueran equivalentes a los lazos consanguíneos, un niño adoptado nunca podría establecer una *relación cordial con sus padres adoptivos, puesto que sus instintos familiares le llevarían a rechazarlos y a buscar la protección de los padres biológicos.*

Los lazos familiares, por tanto, son resultado de un proceso de interacción entre una persona y su familia (lo que quiera que cada sociedad haya definido por familia: familia nuclear o extensa; familia mono-parental o adoptiva, etc.). En este proceso se diluye un fenómeno puramente biológico: es también y, sobre todo, una construcción cultural, en la medida en que cada sociedad define de acuerdo con sus necesidades y su visión del mundo lo que constituye una familia.

Hoy en día es muy común escuchar sobre familias disfuncionales, pero qué significa esto una familia disfuncional será la que tiene como figuras paternas a los abuelos, tías o hermanos serán las familias donde sólo está presente unos de los padres o quizá son las familias donde los hijos son adoptados o en las que no hay hijos. En realidad la funcionalidad tiene que ver, precisamente, con las funciones que cumple o no la familia; entre éstas, la enseñanza de valores, el desarrollo de la personalidad y el crecimiento adecuado de sus miembros, y no con la conformación o estructura del sistema en sí.

De aquí se desprende que, sin importar la estructura o composición familiar, una familia puede ser funcional o disfuncional. En las familias funcionales el amor entre sus miembros se demuestra sin reservas, de manera espontánea y es dónde cada uno de los miembros asume la responsabilidad de sus actos.

Hoy en día podemos ver diferentes tipos de estructuras familiares: Las familias son muy diversas, ya no hablamos únicamente de la familia tradicional; mamá, papá e hijos. El concepto de familia se amplió a: familia extendida, familias combinadas, abuelos criando nietos, hermanos criando hermanos, madres criando hijos, y padres criando hijos.

Las familias combinadas, o reconstruidas es decir, que inician a partir de segundas nupcias, y por tanto, integran los hijos de cada uno de los progenitores, enfrentan condiciones especiales en relación con el modelo convencional de familia biológica, gran parte se manifiesta de manera negativa y esto no por naturaleza, sino por el mal manejo de los acontecimientos. Por ello, es vital que los padres fomenten relaciones saludables

entre todas las partes involucradas, teniendo presente ante todo, el bienestar de los niños.

La reacomodación familiar, es un proceso que se debe dar de forma natural y no forzada. Si el nuevo miembro en la familia, debe tener presente que no llegó para sustituir o a excluir al progenitor, vino para enriquecer a la familia con otra figura de amor, autoridad y armonía. No se permita hablar mal delante de sus hijos de su ex pareja. Esto va a herir a sus hijos, y no ayudará en el proceso de acople. Su amor es incondicional, independientemente de las conductas, acciones, y personalidades.

Es importante comprender que cada hijo es único, especial y diferente. Por eso, permita que vivan su proceso a su propio ritmo. Los límites son una muestra de amor y seguridad, por lo que deben cumplirse, pero deben ser acompañados de diálogo, consideración, amor y respeto.

1.3. Importancia y funciones

Conocer la evolución de la familia permite comprender sus roles, al principio existía endogamia (relación sexual indiscriminada entre varones y mujeres de una tribu). Luego los hombres tuvieron relaciones sexuales con mujeres de otras tribus (exogamia). Finalmente la familia evolucionó hasta su organización actual (monogamia).

La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad en beneficio de la prole y del grupo social. Esta función llevó a crear dos elementos que aparecen de modo

permanente a través de la historia: libertad amplia de relaciones sexuales entre esposos y el deber de fidelidad.

Con el surgimiento de la monogamia se satisface la función educacional. Individualizados claramente padre y madre, entre ellos se comparte la tarea de educar a la prole. “El concepto de función familiar abarca: las actividades que realiza la familia, las relaciones sociales que establece en la ejecución de esas actividades y, en un segundo nivel de análisis, comprende los aportes (o efectos) que de ellos resultan para las personas y para la sociedad.”¹¹

Minuchin determina que como respuesta a las necesidades de la cultura, la familia sufre cambios paralelos a los cambios que enfrenta la sociedad día a día, ha abandonado las funciones de proteger y socializar a sus miembros. De acuerdo a esto, nos habla de que las funciones de la familia sirven a dos objetivos distintos: “Uno es interno, la protección psico-social de sus miembros, el otro es externo, la acomodación a una cultura y la transmisión de esa cultura.”¹²

En relación a estos dos objetivos se indican las siguientes funciones con respecto a la familia:

- **Función biosocial:** comprende la realización de la necesidad de procrear hijos y vivir con ellos en familia.

¹¹ Minuchin, Salvador. **Familias y terapia familiar.** Pág. 8

¹² **Ibíd.** Pág. 79

- **Función cultural:** comprende aquella parte de los procesos de reproducción cultural y espiritual de la sociedad que transcurren dentro de la familia, particularmente los relacionados con los valores sociales que transmite la familia y las actividades de tiempo libre que transcurren en el hogar o aquellos que los integrantes disfrutan en grupo fuera del hogar.
- **Función socializadora:** esta función, no solo se inscribe dentro de la función cultural. Ella no resulta sólo de actividades propiamente educativas (dirigidas conscientemente a formar, disciplinar o educar), sino del conjunto de las actividades y relaciones propias de todas las funciones distinguidas y de los efectos que pueden atribuírsele en términos de la formación de la personalidad de los niños y jóvenes.
- **Función económica:** se realiza a través de la convivencia en un hogar común y la administración de la economía doméstica. Para el cumplimiento de esta función resulta central la variada gama de actividades que se realizan en el hogar, dirigidas al “mantenimiento de la familia y que corrientemente se denominan trabajo doméstico, cuyo aporte es fundamental para asegurar la existencia física y desarrollo de sus miembros, muy especialmente la reposición de la fuerza de trabajo.”¹³
- **Función biológica:** se satisface el apetito sexual del hombre y la mujer, además de la reproducción humana.

¹³ Minuchin, Salvador. **Ob. Cit.** Pág. 13

- **Función educativa:** tempranamente se socializa a los niños en cuanto a hábitos, sentimientos, valores, conductas, etc.
- **Función solidaria:** se desarrollan afectos que permiten valorar el socorro mutuo y la ayuda al prójimo.
- **Función protectora:** se da seguridad y cuidados a los niños, los inválidos y los ancianos.

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

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre de 1948, dispone en el Artículo 25 "que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, así como otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto." Si bien es referencia, a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, si pone de

manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social, que da como existente.

De conformidad con la Licenciada María Luisa Beltranena Valladares de Padilla, se aprecia la importancia de la familia desde tres puntos de vista, “el social, político y económico.”¹⁴

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

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

El espíritu de unidad y de solidaridad, es uno de los pilares de la estabilidad de la familia y habrá de cultivarse con esmero. Una familia fundada en principios cristianos o en valores morales tiene que ser ordenada, unida y ejemplar.

¹⁴ Beltranena Valladares, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Pág. 102

En el campo político la familia es un valioso elemento en la organización del Estado. En los últimos tiempos éste se ha preocupado en brindarle adecuada protección.

Por otra parte, en el campo económico, “se aprecia claramente la función de la familia a través del trabajo y la adquisición de bienes.”¹⁵ En Guatemala el régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones otorgadas por los consorte antes o en el acto de la celebración del matrimonio, empero, aunque se haya establecido la comunidad absoluta de bienes, en la actualidad se tiene la tendencia de adoptar la separación absoluta o la comunidad de gananciales.

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

1.4. Características

La familia se ubica dentro del sistema socio-económico de la sociedad y es considerada un grupo de personas relacionadas por la herencia; este grupo se distingue fácilmente porque tiene padres, hijos y sus descendientes. Aunque también pueden entrar los vínculos y las relaciones de parentesco, así como los roles que se desempeñan.

¹⁵ Beltranena Valladares, María Luisa. **Ob. Cit.** Pág. 103

Algunos expertos aseguran que la familia es la base de la sociedad, sin embargo pienso que la familia no solamente es la base, sino el eje dinámico de la misma y cambia constantemente, esto explica el porqué el hombre evoluciona constantemente. En el proceso de socialización, la familia tiene un rol trascendental ya que no sólo transmite valores propios de la cultura donde se desarrolla, sino que también sirve para determinar los lineamientos que permiten interacción cotidiana de los miembros dentro de la sociedad. De la misma manera dentro de ella es necesario que se cumpla con los requisitos mínimos de cuidado y atención, que permitan la satisfacción de las necesidades físicas, biológicas, afectivas y materiales de sus integrantes.

La familia debe de administrar cuidado y el apoyo a sus miembros, ofreciéndoles un ambiente adecuado para desarrollar una personalidad sana, así como los roles asignados dentro de este núcleo o los papeles esperados socialmente. Finalmente, la familia parte de un grupo social mayor, y está inmersa en un campo muy amplio de influencias culturales, tales como el carácter de diversas organizaciones complejas, cambios históricos y conflictos de valores debidos a diferentes étnicas, religiones y clases sociales; a pesar de esto, de uno u otra manera ha logrado existir a lo largo de la historia y todo evento humano es parte intrínseca de esa historia y evolución. Para el efecto, a continuación se indican las características de la familia:

- a. Individualidad y posee el mismo valor como persona
- b. Cada miembro es motivado a desarrollarse como individuo único
- c. Los miembros pueden ser diferentes unos con otros
- d. Los padres hacen lo que dicen y son consistentes. Son buenos modelos a seguir.

- e. La comunicación es directa y se motiva a la honestidad entre los miembros.
- f. Se enseña a los miembros desarrollar y expresar sus sentimientos, percepciones, necesidades.
- g. Cuando se presentan problemas, se discuten y se desarrollan soluciones.
- h. Problemas mayores tales como alcoholismo, drogadicción, compulsiones o abuso son reconocidos y tratados.
- i. Los miembros pueden satisfacer sus necesidades dentro de la familia.
- j. Los roles familiares son flexibles.
- k. Las reglas familiares son flexibles, pero se espera responsabilidad.
- l. La violación de los derechos o valores de otros causa culpabilidad.
- m. Los miembros se responsabilizan por su comportamiento persona y sus consecuencias.
- n. Se motiva el aprendizaje, los errores se perdonan y son vistos como parte del proceso de aprendizaje.
- o. La familia apoya a cada miembro individual.
- p. Los padres no son infalibles ni todo poderosos, negocian son razonables en sus interacciones.
- q. Es un sistema abierto, en transformación que, pese a los cambios permanentes, se sostienen a lo largo del tiempo. Manifiestan conductas redundantes que le otorgan singularidad, con un conjunto de creencias que asigna significado a su particular manera de leer el mundo.
- r. Toda familia presenta problemas y debe negociar compromisos que hagan posible la vida en común.

- s. La familia se desarrolla y cumple sus funciones a través de subsistemas, formados por generación, sexo, interés y función.

Los límites de un subsistema están formados por las reglas que establecen quién participa de él y cómo, y cumplen la función de proteger la diferenciación del sistema. Un funcionamiento familiar adecuado, requiere de límites suficientemente bien definidos como para que sus miembros puedan desarrollar sus funciones sin intromisiones y a la vez deben permitir el contacto con otros subsistemas.

1.5. Aspectos legales

La importancia que en Guatemala se le ha dado a la regulación jurídica de la familia es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945, 1956, 1965, así como la actual Constitución promulgada en el año de 1985, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia considerándola como elemento de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan.

En la legislación penal se ha previsto el delito de negación de asistencia económica y el delito de incumplimiento de asistencia en el orden familiar conforme los Artículos del 242 al 245 del Código Penal, contenido en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República.

La Ley de Tribunales de Familia, contenida en el Decreto Ley 206 fue creada en virtud de que la familia es un elemento fundamental en la sociedad, debiendo ser protegida por

el Estado mismo a través de jurisdicción privativa, estableciendo un sistema procesal actuado e impulsado de oficio, con suficiente flexibilidad y que sea esencialmente conciliatorio. Dicha Ley contiene todo lo relativo a la jurisdicción y organización de los tribunales; por el procedimiento relativo a los asuntos de familia; la jurisdicción voluntaria; esto con el fin de agilizar los procesos que se tramitan en materia de familia y cumplir con los principios de sencillez, economía procesal y oralidad, entre otros.

Los aspectos antes mencionados, hacen referencia acerca de la familia, desde el punto de vista jurídico y social fundamentalmente, sin embargo, es de hacer notar que en los textos constitucionales se mantiene la protección de la misma, tomando en consideración que el Estado surge y funciona en interés de la sociedad, misma que esta integrada por diversas familias y de allí la importancia social y política. Por otra parte, existen diversas convenciones a nivel internacional así como organismos internacionales que celebran reuniones, conferencias, asambleas, con la finalidad que los Estados miembros asuman en su legislación interna disposiciones tendientes no solo a la protección de la familia sino también al desarrollo integral de los individuos que la conforman.



CAPÍTULO II

2. El matrimonio

El matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros, con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. Asimismo, el matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

2.1. Antecedentes

Se señalan como grandes etapas en la evolución del matrimonio las siguientes:

- **Promiscuidad primitiva**

Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló, siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella, pues el hombre por ciertos instintos y sentimientos naturales, debe haber permanecido con la mujer hasta el nacimiento, o el destete del hijo. En esta primera etapa de la organización familiar solo existen hipótesis que no han logrado una comprobación indiscutible.

- **Matrimonios por grupos**

En el matrimonio por grupos se presenta ya como forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mutua derivada del totemismo, los miembros de una tribu se

consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres de una tribu igual. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebran matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta, manteniéndose por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir por la madre. Los hijos siguen en principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno.

- **Matrimonio por raptó**

En una evolución posterior debido generalmente a la guerra y a las ideas de dominación en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo aparece el matrimonio por raptó. En esta institución la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto los vencedores adquieren a las mujeres que logran arrebatarse de la misma manera que se apropian de los bienes y animales. En el matrimonio por raptó intervienen también ideas religiosas de tal manera que puede considerarse como una forma evolucionada por grupos. El raptor se asocia con varios compañeros para raptar una mujer de tribu distinta. La paternidad se encuentra ya definida debido a la unión monárquica. El marido, es entonces el jefe de la familia y los hijos se encuentran sometidos a su potestad. La esposa también se coloca en la condición de una hija y, por lo tanto, existe un poder absoluto para ejercer sobre ella la potestad marital. Este sistema ha dado origen al patriarcado, según se desprende de la hipótesis que han formulado los sociólogos y que parecen comprobarse en todos los pueblos de pastores y cazadores. La antigua organización del derecho primitivo es una prueba de esta organización patriarcal.

- **Matrimonio por compra**

En el matrimonio por compra se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente, reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues esta reconocida. Asimismo la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del pater familiar sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

- **Matrimonio consensual**

El matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. "Este es el concepto ya del matrimonio moderno que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse como un sacramento como se admite en el derecho canónico, es un contrato que se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y el Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el interviene además un funcionario público de todas maneras es fundamental en su constitución la manifestación libre de voluntades de los contrayentes, en oposición a las formas de matrimonio por raptó o por compra que aun cuando establecen la unión

monogámica, no reconocen la función importante del consentimiento como libre acuerdo de los contrayentes para realizar la unión sexual.”¹⁶

- **Hindúes**

Es posible conocer buena parte de las antiguas costumbres hindúes merced a la subsistencia del Manova Dharma Sastra o Código de Leyes de Manú, cuya fecha exacta de origen se desconoce, habiendo serias controversias al respecto. De todos modos parece más aceptable la tesis que remonta la antigüedad de este Código o varios siglos antes de Cristo. Del mismo surge que la mujer gozaba de una posesión poco halagüeña llegando hasta el extremo, de ser considerada un ser impuro. Según el Código, la mujer debía reverenciar a su marido como a un Dios. El matrimonio tenía por finalidad esencial la procreación de un hijo varón y se llegó a autorizar en caso del fallecimiento del marido sin dejar hijos, un hermano suyo aseguraría la descendencia, permitiéndose incluso que aún viviendo el marido la mujer infecunda procuraría descendencia con un pariente de su esposo.

- **Egipcios**

Según narra Heródoto, los egipcios establecieron leyes e instituciones muy diferentes a los otros pueblos. Las mujeres ejercieron el comercio e iban al mercado, los hombres permanecían en sus casas tejiendo las telas, teniendo así la familia egipcia muchos vestigios del antiguo matriarcado.

¹⁶ Rojina Villegas, Rafael, **Ob. Cit.** págs. 198 al 200.

Eran costumbres imperantes en este pueblo los desposorios entre hermanos y, si bien se practicaba primitiva la poligamia, se fue poco a poco evolucionando hacia el matrimonio según D' Aguanno los egipcios conocieron tres formas de matrimonio a) el servil en que la mujer quedaba convertida en esclava del hombre a quien se unía; b) el que estaba basado en la igualdad de derechos y una cierta comunidad en los bienes de los cónyuges; y c) un tercero que estaba sobre cierta dote que el marido hacía a la mujer.

- **Persas**

Entre los persas, el predominio absoluto del hombre fue el rasgo característico de la familia, consecuencia de esos principios en que fueron admitidos la poligamia (aunque en forma muy restringida) y el derecho a repudiar a la cónyuge, llegando incluso a permitírsele al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer y sus hijos. En la legislación de Zoroastro se fomenta el matrimonio y se ordena a todos a los que conozcan a un hombre célibe que traten de hacerle abandonar ese estado.

Lo que llama la atención es la costumbre persa admitida por la legislación civil del matrimonio a plazo, es decir, por tiempo determinado, vencido el cual los cónyuges pueden renovarlo o no.

- **Hebreos**

Los textos sagrados de los hebreos nos permiten conocer con bastante exactitud sus leyes y costumbres. Sabemos así que la poligamia era practicada y que existía a favor

del marido, la facultad de repudiar a su cónyuge, exigiendo a este respecto el Deuteronomio que el marido entregará a la mujer carta de repudio en su propia mano. Entre los hebreos, cuando los hermanos vivían juntos y moría alguno de ellos sin tener hijos, la mujer del muerto debía casarse con el sobreviviente, quien estaba obligado a darle un primogénito que levantará el nombre del hermano fallecido. Este pueblo conoció con el correr del tiempo varias formas de matrimonio. Mateo Golstein distingue los siguientes tipos: a) matrimonio por captura, que era celebrado con mujeres cautivas tomados como botín de guerra; b) matrimonio sábito en que los hijos son criados en el clan de la madre; c) matrimonio poligámico; d) matrimonio monogámico, que habría comenzado a practicarse cuando desapareció la poligamia a fines del siglo IV de la era cristiana.

- **Griegos**

En las primeras épocas de la civilización griega, a estar a los dichos de Homero en sus épicos poemas, parece ser que se encontraban difundidos la poligamia y el derecho de repudiar al cónyuge, (mujer) aunque no se habría incurrido en excesos al respecto. Lo que resulta innegable es que la mujer estaba situada en un plano muy inferior al marido, tanto que, como dice Morgan, "subsiste siempre el enigma de que una raza dotada de potencias tan magnas...permaneciera tan esencialmente bárbara en el apogeo de la civilización, en lo que se refiere al modo de considerar al sexo femenino".

En Esparta, la edad para contraer matrimonio era de treinta años para el varón y de veinte para la mujer. Permanecer célibes después de esas edades constituía una

deshonra no se permitía la poligamia, pero si el repudio sin forma alguna de juicio por causa de esterilidad o por el menor desvío.

En Atenas, la edad matrimonial se adquiría al llegar el hombre a los treinta años y la mujer a los veinticinco y existieron leyes que decretaron la pública infamia contra el celibato. En el mismo día de la boda, la mujer debía entregar al esposo la dote, la que en un comienzo fue limitada sobre todo por Solón, quien no quiso que en el matrimonio se buscare la acumulación de dos fortunas. Posteriormente, la dote fue creciendo en importancia y se declaró que debía ser respetada por los acreedores del marido, no teniendo éste más facultades que la de administrar, debiendo restituirla en caso de separación o de muerte practicarse el matrimonio no solemne o por simple consentimiento (Sine Manú), que, a pesar de lo que su nombre parece indicar, necesitaba, además del consentimiento de los cónyuges, que la mujer fuera conducida a la casa conyugal, operándose de ese modo una especie de tradición.

- **Romanos**

Roma, sobre cuyo derecho y costumbre tanto se ha podido investigar y escribir por la prolija documentación que se posee, va a ser nuestro próximo hito en esta panorámica visión de la historia patrimonial, para poder contraer enlace era menester que los cónyuges gozarán del *Ius Connubio* y que tuviera la mujer doce años y el hombre catorce, dándose fundamental importancia a la intención que los romanos designaban con la locución *Affectio Maritales*. En los tiempos primitivos se rodeo al matrimonio de ciertas formalidades en cuanto a su celebración. Se conoció así la *Confarreatio*, que

consistía en la división por parte de los esposos de una torta de farro como símbolo de la iniciación de la vida en común ceremonia que se cumplía ante la presencia de diez testigos. Se practicó también la Coemptio, que era una venta realizada por el marido o quien ejercía potestad sobre la mujer o por la mujer misma, al marido o a quien ejercía potestad sobre éste, y el Usus que equivalía al matrimonio cuando la mujer había sido poseída por el marido por el término de un año sin interrupción, pudiendo ella evitarlo dejando la casa conyugal por tres noches consecutivas.

- **Mahometanos**

El Alcorán, libro sagrado de los musulmanes cuya redacción definitiva parece datar del siglo VII de nuestra era, contiene varios principios que han dado fundamento al derecho de los pueblos que profesan la religión mahometana. Con particular referencia al matrimonio, cabe recordar que la Azara Cuarta dedicada a "las mujeres autoriza la poligamia en su Aleya tercera. En los Aleyas veintiséis y veintisiete se establece el régimen de los impedimentos matrimoniales."¹⁷

Haciendo un análisis de las diferentes etapas que ha atravesado el matrimonio se puede colegir que en el mismo, al principio la organización familiar giraba en torno a la figura materna (matriarcado), luego dicha figura fue desplazada dando lugar al padre de familia (Patriarcado) teniendo éste un poder absoluto sobre dicha organización, dicho poder poco a poco se fue atenuando hasta llegar al matrimonio actual en donde en la

¹⁷ Iriarte, Lagomarsino. **Separación personal y divorcio**, págs. 23 al 28.

organización familiar se toman decisiones relativas al que hacer familiar de manera democrática por ambos padres de familia.

2.2. Concepto

El matrimonio "es una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. Más brevemente, es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida".¹⁸

Castán Tobeñas, indica: "que ha sido definido el matrimonio como contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos o también como la unión válida de un hombre y una mujer, celebrada conforme a las leyes del Estado y ante un magistrado civil y la situación creada por este acto."¹⁹

El autor Efraín Moto, se refiere al matrimonio como: "Un contrato solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente con la doble finalidad de procrear una familia y ayudarse a soportar las cargas de la vida."²⁰

El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 78 regula: "que el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de

¹⁸ Borda, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 49

¹⁹ Castán Tobeñas, José. **Ob. Cit.** Pág. 199.

²⁰ Moto Salazar, Efraín. **Elementos de Derecho.** Pág. 166.

permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

De lo anterior, se deduce de las diferentes definiciones, el matrimonio es una institución fundamental en toda sociedad, ya que a través de él la familia se desarrolla y se consolida, el matrimonio en su evolución histórica ha tenido muchas vicisitudes, pero siempre ha mantenido incólume sus fines primordiales como lo son la unión del hombre y mujer, la procreación, la educación de los hijos y el auxilio mutuo.

2.3. Naturaleza jurídica

El matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista:

- **Como institución**

Institución significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza, que regulan un todo orgánico y persigue una misma finalidad.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida, que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

- **El matrimonio como acto jurídico condición**

Por su parte León Duguit define el matrimonio como acto jurídico condición, como el acto jurídico que tiene por objeto, determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan para la realización de los mismos, sino que permite su renovación continua.

- **El matrimonio como acto jurídico mixto**

El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no solo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el oficial del Registro Civil.

- **El matrimonio como contrato ordinario**

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico.

- **El matrimonio como contrato de adhesión**

En el matrimonio no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una de las partes sobre la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de

tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren en la misma, para aceptar en sus términos la regulación legal.

- **El matrimonio como estado jurídico**

Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

- **Tesis de Antonio Cicu**

El matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal. "El matrimonio no es formalmente un contrato sin la intervención del oficial del estado civil. Indudable es también que tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la relación. Se podría después de eso considerar que la misma constituye una mera finalidad; que, por ejemplo a falta de la celebración, el matrimonio sea nulo como nula es la donación no hecha por acto público, de la cual no puede dudarse que sea la voluntad de las partes la constitutiva de la relación. Sin embargo, se podría siempre apreciar diferencias de efecto entre los casos de nulidad por defecto forma y en el caso nuestro: en tanto es significativo el hecho de que para el matrimonio no se haya sentido la necesidad de una norma expresa que declare la nulidad, (mejor inexistencia) no se contrapone aquí a un principio a un contrato de libertad de contratación; además en ningún caso puede el matrimonio no celebrado producir efectos, mientras estos son posibles en cuanto a los negocios patrimoniales aun cuando sean nulos en modo

absoluto; todavía más, no podrá verdaderamente aceptarse para el matrimonio, como para el contrario se admite para el derecho patrimonial, que no exceptionaba en juicio la falta de formalidad exigida ad substantiam, el juez no puede ponerla en relieve de oficio por lo que se hace posible discutir si la sentencia puede sustituir al acto que falta.”²¹

A mi criterio la naturaleza jurídica del matrimonio es institucional, ya que según la definición de lo que es institución, una serie de normas que regulan el matrimonio, que rige un todo orgánico y persigue una misma finalidad, la misma encuadra claramente con la definición de matrimonio regulado en el Código Civil en su Artículo 78, en el cual preceptúa: el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar, y educar a sus hijos y auxiliarse entre si.

2.4. Caracteres del matrimonio

Dentro de las principales características, se pueden señalar las siguientes:

- a. Implica una unión del hombre y la mujer, unión que se traduce en derecho y deberes recíprocos. Para fortalecerla, la ley procura una división de trabajo y de potestades, y en determinados casos concede la decisión preponderante a uno de los esposos, generalmente al marido.
- b. Es una unión permanente; este carácter se manifiesta aun en los países que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando dos personas se

²¹ Rojina Villegas, Rafael. **Ob. Cit.** Págs. 209 a la 228.

casan, lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depare el destino, y aunque más tarde se divorcien y vuelvan a contraer nuevas nupcias, hay siempre en la institución un íntimo y connatural sentido de permanencia.

- c. Es monogámica; aunque algunos pueblos conservan todavía la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de singularidad. Y no solamente no se concibe más que un solo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual con otra persona que no sea su cónyuge. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución.

- d. Es legal; no basta la simple unión del nombre y la mujer, aunque tenga permanencia como en el caso del concubinato, o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley. Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de esta. Es claro que la noción del matrimonio no se agota aquí, pues por encima de lo legal está su substancia moral y religiosa. De ahí que las normas jurídicas, religiosas y morales se disputen el dominio en esta materia y que, como una de las características más salientes de la historia de la institución es la lucha mantenida entre la Iglesia y el Estado afirmando su derecho exclusivo a regularla. Hace ya muchos siglos decía Modestino, citado por Guillermo Borda: "matrimonio es la unión del marido y la mujer y la fusión de toda vida y comunicación del derecho divino y humano".²²

²² Borda, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 51

- e. Que el matrimonio para la legislación y sociedad guatemalteca, es una institución social, con ello, se evidencia que existe una obligación del Estado de protegerla, lo cual también se comprueba a través de toda su normativa.
- f. Los fines principales del matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, con los fines de procrear hijos, es decir, hacer subsistir la especie del ser humano a través de la procreación, pero que ello también conlleva la responsabilidad de los padres, para el cuidado, protección, atención, alimentación, recreación y todo lo que comprende el cuidado de los hijos hasta su mayoría de edad y en algunos casos hasta la muerte de éstos.
- g. Que deben cumplirse determinados requisitos legales para contraer matrimonio, los cuales, en muchos casos, debido a la situación cultural de la sociedad guatemalteca, únicamente se queda la simple unión de la pareja y en el mejor de los casos, en una unión de hecho declarada.

2.5. Clases

- **Por su carácter.** La más importante clasificación del matrimonio que se registra en nuestro derecho, y que afecta a su naturaleza íntima, forma de celebración y efectos, es la que tiene como término el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El primero caracterizado por la nota sacramental, se celebra con arreglo a las leyes de la Iglesia y produce a la vez efectos canónicos y civiles. El segundo admitido en nuestro derecho se celebra conforme a la ley civil y es válido ante el Estado.

- **Por su consumación.** Se distingue, especialmente en derecho canónico, el matrimonio rato, que es el que no ha sido seguido de unión carnal y en consumado (o rato y consumado, como lo llama el Código canónico), que es el que ha sido seguido de cópula de los contrayentes.
- **Por su publicidad.** Se habla de matrimonio público y solemne, que es el celebrado ante la autoridad civil o eclesiástica y en la forma prescrita por la ley; matrimonio secreto o de conciencia, que es el que se celebra, por circunstancias especiales, en condiciones de reserva, permaneciendo secreto hasta que los cónyuges quieran darle publicidad, y matrimonio clandestino, en que se presta el consentimiento sin mediar la forma legal de expresión del mismo y que fue considerado como matrimonio legítimo en el derecho canónico hasta que lo declaró nulo la reforma tridentina.
- **Por sus formalidades o solemnidades.** Puede hablarse de un matrimonio ordinario o regular, en el que han de observarse las formalidades señaladas por la ley, como de común aplicación; y un matrimonio irregular o anormal, en el que se dispensa del cumplimiento de alguna formalidad sustancial, o, por el contrario, se exigen ciertos requisitos especiales. Son de citar como ejemplo de matrimonios especiales el celebrado en inminente peligro de muerte.

También llamado esta clase de matrimonio como "In artículo mortis o In extremis"²³, celebrado con menos requisitos que el ordinario, cuando uno o ambos contrayentes se encuentran en inminente peligro de muerte. En nuestra legislación en esta

²³ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, Pág. 252

clasificación podríamos enmarcar al matrimonio en artículo de muerte, según los establece el Artículo 105 del Código Civil.

- **Por su fuerza obligatoria.** Se divide a este respecto el matrimonio en válido y nulo, según se haya celebrado con todas las condiciones de validez y firmeza o mediando algún impedimento dirimente. Se subdivide el válido en lícito e ilícito, según que no haya mediado o sí algún impedimento impediendo o infracción legal. Y se subdivide el nulo en notorio o conocido y putativo (de putare, creer, juzgar), según que la causa de la nulidad fuere notoria para ambos cónyuges o desconocida para los dos o uno de ellos.

El matrimonio putativo, es aquel que, siendo nulo por haberse contraído con algún impedimento dirimente, produce, sin embargo, determinados efectos por razón de la buena fe o ignorancia excusable que ha concurrido en ambos cónyuges o en uno de ellos, está reconocido por el derecho canónico. De acuerdo con la etimología latina del adjetivo, que procede del verbo putare, juzgar, creer, quiere decir tanto como matrimonio supuesto, el que tiene apariencia de tal, sin serlo en realidad.

- **Por la condición de las personas.** Se distinguirían antes los matrimonios en iguales y desiguales o morganáticos (llamados también estos últimos de la mano izquierda) según que se celebran entre personas de igual condición social y con efectos civiles plenos, o entre personas de distinto rango y con pacto de no participar el inferior y los hijos de los bienes y títulos del superior.



El matrimonio morganático, “Recibió este matrimonio el nombre de morganático, porque la mujer tenía que contentarse con aquellos bienes que se le daban ex donomatutino (la llamada Morgengabe)”.²⁴ Propiamente se dice del celebrado entre un príncipe o princesa con mujer u hombre de inferior linaje, según los prejuicios mobiliarios.

Finalmente, es importante señalar que la institución del matrimonio surge en el derecho romano, pues en esa época, como es sabido muchas de las instituciones del derecho de familia, principalmente la desarrollada en el presente capítulo constituyó no solo una solemnidad por parte de los contrayentes sino también la formalidad en cuanto al funcionario legalmente constituido para celebrarlo y por ende para autorizarlo de esa cuenta se trasladó a América dicha institución y Guatemala no es la excepción pues para su celebración y autorización la ley exige que los contrayentes cumplan una serie de requisitos sin los cuales no se puede constituir.

²⁴ Castan Tobeñas, José. **Ob. Cit.** Pág. 115.

CAPÍTULO III

3. Divorcio por mutuo acuerdo

El divorcio por mutuo acuerdo es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento el cual se inició por una solicitud en la que ambos cónyuges estuvieron de acuerdo en realizar y han cumplido con todos los requisitos legales que la ley marca para lograr se dicte sentencia.

3.1. Aspectos generales de la separación

La separación conyugal se debe entender como separación de cuerpos, conforme la doctrina tradicional. Supone una situación de distanciamiento, de hecho o de derecho o legal, en que se deja subsistente el vínculo matrimonial.

Para los civilistas la que merece especial atención es la separación legal, la que se obtiene y concede mediante los trámites que la ley señala.

La expresión separación de cuerpos, que tanto usan los civilistas modernos, está tomada del derecho francés: *separation de corpe*. En el derecho canónico dicese "*separatui a mensa et toro*" (separación de la mesa y del lecho).

La separación legal también se llama separación judicial. Ya se vio que es causa mediata o proclive de divorcio, pues éste se puede demandar con apoyo en la sentencia firme *separatoria*, luego de transcurridos seis meses del estado de firmeza.

Según Alfonso Brañas, define a la separación conyugal; denominada simplemente separación, separación de cuerpos o separación de personas, esta figura es definida como Planiol-Ripert como “el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos.”²⁵

Su característica fundamental consiste en la terminación de la vida en común, deja vigente el vínculo matrimonial.

Es decir que consiste en la interrupción de la vida conyugal cuando exista una justa causa y que puede producir la desaparición definitiva del vínculo matrimonial.

El autor Diego Espín Cánovas, la define como: “la relación conyugal puede verse perturbada por diversas anomalías, que impliquen o bien una mera suspensión de la vida común de los cónyuges, o que lleguen incluso a producir la definitiva desaparición del vínculo matrimonial”²⁶

El tratadista Manuel Ossorio, expone que es: “la situación en que se encuentra los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla.”²⁷

Guillermo Cabanellas la define como: “Interrupción de la vida conyugal, sin ruptura del vínculo, por acto unilateral de uno de los cónyuges, por acuerdo mutuo o por decisión judicial.”²⁸

²⁵ Brañas, Alfonso. **Ob. Cit.** Pág. 172

²⁶ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil.** Pág. 310

²⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 915

²⁸ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 53

Según Alfonso Brañas, nombra a Planiol-Ripert expone que su origen eclesiástico: “La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio se debe a la Iglesia; ésta luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró poco a poco obtener su supresión. Como no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra casa 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 (divortium quoad forum et mensum). Los esposos separados no podían volver a casarse; “manet enim vinculum conjugale inter eos”.²⁹

Los autores franceses, agregaron otro cambio: Mientras que el divorcio antiguo resultaba de la sola voluntad de los esposos, la separación tenía que ser pronunciada en justicia; la jurisdicción competente era la Iglesia. Esta regla se fundaba sobre la necesidad de comprobar la existencia de una causa suficiente de separación, y ha sido mantenida en la legislación moderna del divorcio y de la separación de cuerpos, con la variante de que la competencia le corresponde a los tribunales civiles.”³⁰

La separación de los cónyuges propiamente en su aspecto doctrinario y acoplándola a la legislación civil de Guatemala, debe verse como una clase de divorcio; lo cual en la actualidad se deben separar y estudiar como dos figuras distintas. En cuanto a que la separación se le conoce como la separación de cuerpos, a esa voluntad de ambos

²⁹ Brañas, Alfonso. **Ob. Cit.** Pág. 215

³⁰ **Ibíd.** Pág. 175



cónyuges que con causas determinadas desean interrumpir la vida conyugal y marital. Y el divorcio que posee como efecto propio y único la disolución del vínculo conyugal.

El Código Civil Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala en su Artículo 153 regula: "El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio".

Clases de separación

En la legislación civil de Guatemala, se encuentra reguladas las clases de separación en el Artículo 154, pudiéndose distinguir dos clases de separación de los cónyuges las cuales afectan al matrimonio siendo estas:

Separación por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada (separación legal, de cuerpos o divorcio relativo): Que consiste en la suspensión del deber de convivencia de los cónyuges por una causa prevista por la normativa jurídica y es declarada judicialmente, modificativa del matrimonio, desaparece el ánimo y la permanencia de la unión conyugal así como la vida marital. En consecuencia, deja subsistente el vínculo como institución en sí de matrimonio.

Esta puede ser solicitada y declararse: "1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges, no se puede pedir hasta después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio (art. 154 del Código Civil); y 2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa

determinada; estas causas determinadas se refieren a cualquiera de las causales del divorcio.”

Separación por mutuo acuerdo de los cónyuges (o de hecho): Que se da cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, dándose como efecto el cese de la convivencia conyugal, por voluntad de uno o de ambos cónyuges, y sin intervención de la autoridad judicial.

Esta produce ciertos efectos jurídicos entre los cuales se pueden mencionar: “1º. El abandono voluntario de la casa, por más de un año, el cual es una causa justificada para obtener la separación legal (Artículo 155, inciso 4º Código Civil). 2º. El abandono injustificado del hogar conyugal, por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan (Artículo.141 Código Civil). 3º. Y en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación (Artículo 142 Código Civil).”

Las causas comunes, son iguales a las del divorcio y se encuentran reguladas en el Artículo 155 del Código Civil guatemalteco.

La separación puede ser causal y solicitada por uno de los cónyuges, es decir, que tenga su base en la existencia de una causa como puede ser la existencia de malos tratos, o bien sin causa y a petición de uno de los cónyuges. En el primer supuesto, no es necesario que hayan transcurrido los tres meses desde la celebración del matrimonio.

- **La separación de persona declarada en sentencia firme**

Una vez declarada judicialmente la separación de personas, los cónyuges pueden mantener el vínculo matrimonial o uno de ellos puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

Sin embargo para declarar el divorcio no es aceptado por el simple allanamiento de la parte culpable o por su propia confesión de la causal invocada. El simple allanamiento es tomada para facilitar la sentencia en el juicio, en tiempos anteriores se ha tomado para obtener rápidamente el divorcio y posteriormente que se dé por concluido el juicio, con lo que el cónyuge al allanarse y al aceptar los hechos se convierte en el cónyuge culpable.

Le ley contempla que después de seis meses de haber causado ejecutoria la separación cualquiera de los dos cónyuges puede pedir que se convierta en divorcio.

Este tipo de juicio se inicia con la presentación de la demanda, la cual debe contener los formalismos que preceptúa el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil. Además se le debe agregar los siguiente documentos: a. Certificación de la partida de nacimiento de los hijos vivos; b. Certificación del acta notarial de matrimonio de los cónyuges; c. Certificación de los hijos ya fallecidos; d. Una relación clara de los bienes adquiridos dentro del matrimonio.

Recibida la demanda el juez le da el trámite respectivo, posteriormente emplaza a los cónyuges principalmente a la parte demandada por el término de nueve días comunes



para que oponga y haga valer sus excepciones que crea convenientes y procedentes de acuerdo a lo que contempla la legislación.

Tomando en cuenta las medidas invocadas y necesarias dentro de la demanda inicial las cuales pueden ser: a. Decretar la suspensión de la vida en común y decretar provisionalmente a quien de los cónyuges le quedarán los hijos o en el caso quien se hará cargo de ellos, también la pensión alimenticia que a estos corresponde, así como la que debe prestar el marido a la mujer.

Según el criterio del juez también podrá dictar las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer, esto según lo preceptuado en el Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil: "b. Los hijos y la mujer quedarán desde ese momento de presentada la demanda inicial bajo la protección y amparo de la ley y de la autoridad para su protección y seguridad tanto de las personas como de los bienes; dictándose desde ese momento todas las medidas necesarias para el cumplimiento de este fin. c. En cualquier momento podrá dictarse a pedido de uno de los padres, el Ministerio Público o de la Procuraduría General de la Nación, las providencias que considere *beneficiosas* para los hijos."

Resolviendo además de la custodia y el cuidado de los menores con base a estudios realizados por informes de trabajadores sociales y organismos especializados en protección de los menores.

Cuidará y velará por que los padres puedan comunicarse con sus hijos y mantener relaciones de comunidad y concordia libremente dentro del campo que las leyes permitan. Si transcurrido el término del emplazamiento el demandado no comparece se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se seguirá el juicio en rebeldía a solicitud de parte.

Seguidamente y cumplidos los requisitos procesales se dictará la respectiva sentencia conforme a lo dispuesto en la Ley del Organismo Judicial y a la Ley específica que es la Ley de Tribunales de Familia.

3.2. Aspectos generales del divorcio

El divorcio, que viene a representar en todo su esplendor la desintegración familiar, al ser la separación legal y definitiva de los cónyuges donde normalmente se separa también a los hijos, dependiendo de cada caso. Por ello la necesidad de que los hijos conozcan su situación familiar y las causas que provocaron tal ruptura para evitar sentimientos innecesarios en los hijos como la culpabilidad. En este tipo de casos, "no es conveniente engañar a los hijos dándoles esperanzas de una reconciliación, o de una pantalla familiar que no durará mucho tiempo, pues tarde o temprano, se darán cuenta de la verdad, y al descubrirse engañados, su reacción puede ser aun peor, recibiendo un daño más severo."³¹

³¹ Papalia, Diane y Sally Wedkos Olds. **Psicología del desarrollo**. Pág. 502

El divorcio es una causa de disolución del matrimonio. En la mayoría de los países, el matrimonio es una unión entre dos o más personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico, que tiene por fin proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia. En ocasiones los cónyuges (o uno de ellos) pueden desear deshacer el vínculo matrimonial, lo cual se lleva a cabo, si en la legislación está permitido, a través de la figura del divorcio.

Según Alfonso Brañas, nombra a Planiol-Ripert, el cual define a la figura jurídica del divorcio como: "La disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido. Mientras que la separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida común. El divorcio y la separación de cuerpos no pueden obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley."³²

El Código Civil de Guatemala, en el Artículo 153 define al divorcio: como la disolución del matrimonio.

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

³² Brañas, Alfonso. **Ob. Cit.** Pág.175.

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

El autor Guillermo Cabanellas lo define como: “la ruptura de un matrimonio valido viviendo ambos esposos.”³³

El divorcio es una figura jurídica muy antigua, existiendo contrariedades en muchas culturas las cuales no lo admiten o admitían por temas y cuestiones religiosas, sociales y económicas.

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

Una historia y un gran cambio social de ésta figura jurídica, ocurrió hasta convertirse y obligarse ha ser regulada por varias legislaciones, está desarrolla literalmente lo siguiente: “La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los

³³ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 731

hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.³⁴

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

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

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

Los hombres hebreos, en cambio, podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del

³⁴ García Topete, Martín. **El divorcio: causas, uso, y abuso**. Pág. 215

hombre.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En Roma no se tenía el divorcio sino hasta el siglo II A.C. y tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su padre y descontentas con sus esposos, solían abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

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

En España el Fuero Juzgo lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta. Posteriormente Las Siete Partidas lo prohibieron.

Italia en 1970 y España en 1980 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes.

- **Características del divorcio**

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

Puede ser unilateral cuando uno de los cónyuges interpone una demanda sin que los mismos estén necesariamente de acuerdo en finalizar la unión, o que no estén del todo de acuerdo con las bases del divorcio.

En este caso la demanda interpuesta, se tramitará de manera ordinaria ante un juzgado de primera instancia de familia; en esencia el escrito de demanda deberá contener una de las causas contenidas en el Artículo 155 del Código Civil de Guatemala.

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

- **Clases de divorcio**

A) Por mutuo acuerdo o voluntario:

Es una idea conveniente de ocultar las causas graves, que pudieren ser escandalosas, deshonorosas, desprestigio o descredito. El Divorcio por mutuo consentimiento es aquel mediante el cual las partes se ponen de acuerdo para divorciarse porque no pueden seguir conviviendo, pero no quieren someterse a litigios ni contradicciones, sino que acuden ante un notario a los fines de levantar un Acta conteniendo todos los aspectos que han de regular esa separación aparentemente amistosa.

B) Por causa determinada:

Toda acción de divorcio por una razón específica diferente de mutuo consentimiento, incluyendo incompatibilidad de caracteres, adulterio, abandono de hogar, sevicias o injurias graves cometidas por uno de los cónyuges respecto del otro, alcoholismo o drogadicción, condenación de uno de los cónyuges a una pena criminal y ausencia de cualquiera de los cónyuges decretada por el tribunal, caen dentro de la categoría de divorcio por otras causas determinadas y deben ser incorporadas las autoridades

competentes en donde resida el demandado. Si dicho demandado no tuviere residencia conocida en el país se ejecutará ante el de la residencia del demandante.

- **Causas del divorcio**

a) **Mutuo disenso:** supone el consentimiento de ambos cónyuges en poner fin al vínculo matrimonial, y es generalmente reconocido como causa de divorcio, aunque en algunos sistemas se exige, además de su concurrencia, el cese efectivo de la convivencia durante un cierto período de tiempo. Aún no siendo reconocida explícitamente, puede encontrar cabida de forma tácita si los cónyuges se ponen de acuerdo en simular la concurrencia de otra causa recogida en el texto legal, con lo cual, si no se produce una comprobación exhaustiva de la veracidad de lo alegado, el divorcio será por mutuo disenso.

b) **Adulterio:** es una de las causas más frecuentes de divorcio y está recogida de forma muy variada en las diversas legislaciones: la mayor parte de ellas no hacen ninguna distinción entre el adulterio del marido y el de la mujer, que sí es considerado de forma diferente en sistemas de corte discriminatorio, en los cuales se exigen condiciones especiales para reconocer como causa de divorcio la infidelidad conyugal del marido. Por regla general, para admitirla es necesario que el cónyuge del adúltero consienta su actitud, así como que ejercite la acción en el plazo legalmente previsto.

c) **Bigamia:** es la celebración de un nuevo matrimonio cuando aún subsiste un vínculo anterior, y faculta al primer cónyuge para solicitar el divorcio (en varios países se

admite esta causa aún en el caso de que no se haya llegado a verificar el segundo matrimonio). Está considerada en algunos ordenamientos como ilícito penal, así como causa de nulidad del segundo matrimonio.

- d) Delito de un cónyuge contra otro: dentro de este concepto se incluyen varias causas, la mayor parte de ellas reconducibles a la idea de atentado contra el otro cónyuge. Lo más usual es recoger como causa de divorcio el intento de acabar con la vida de aquél, aunque en ocasiones también lo es el atentar contra sus bienes. Dentro de este tipo de causas se incluyen otras, como las injurias graves o el abandono injustificado del hogar durante el tiempo legalmente previsto.
- e) Enfermedad física o mental: esta causa es inusual en las legislaciones más modernas, y está referida normalmente a enfermedades incurables, crónicas o contagiosas, de tipo sexual o mental. Su amplitud dependerá de la mayor o menor precisión del texto legal a la hora de definir las mismas, pues, en caso de existir ambigüedad, podría aceptarse como causa por parte del órgano jurisdiccional cualquier tipo de alteración que pueda incluirse en las categorías antes vistas.
- f) Condena penal: esta causa se da en caso de condena de uno de los cónyuges en virtud de sentencia judicial recaída en un proceso penal. Usualmente, se requiere que sea impuesta después de haberse contraído matrimonio, y que el tiempo de duración de aquélla sea lo suficientemente largo como para interrumpir la convivencia matrimonial de forma que implique su ruptura definitiva. Ha de ser solicitada por el otro cónyuge.

g) Violación de los deberes inherentes al matrimonio: hay numerosas causas de este tipo, todas ellas relativas al incumplimiento de las obligaciones que impone el vínculo matrimonial. Son definidas de muy diversa manera por las distintas legislaciones: adicción al juego, en caso de poner en peligro el patrimonio familiar; delincuencia habitual de uno de los cónyuges; no prestar alimentos y cuidados a los hijos o el otro cónyuge; incitación a la prostitución; declaración legal de ausencia del cónyuge, etc.

3.3. Requisitos del divorcio por mutuo acuerdo

El Código Civil Artículo 154 último párrafo, establece que el trámite del divorcio mediante mutuo acuerdo, "no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio" tiempo suficiente para llegar a la convicción que si es posible o no la vida en común. Este mismo requisito se encuentra establecido en el primer párrafo del Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil. Lo anterior, significa que antes de cumplirse el año, contado desde la fecha de la celebración del matrimonio, no es procedente el planteamiento por el mutuo acuerdo, salvo el caso por voluntad de uno de los cónyuges, por causa determinada.

Aunque este requisito se enuncia primero en el Artículo 426 del citado Código, viene a ocupar un segundo lugar en este aspecto, como es el de formular la solicitud ante el juez del domicilio conyugal.

Además, de los requisitos que debe llenar toda primera solicitud prescrita en los Artículos 50 y 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, también hay que cumplir con los Artículos 426 y deberán presentarse con la solicitud:

- a. Certificaciones de la partida de matrimonio de los cónyuges, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ellos y de las partidas de defunción de los hijos fallecidos.
- b. Las capitulaciones matrimoniales, si se hubieran celebrado. En este caso se presentará el testimonio de la escritura pública o la certificación del acta, según el caso, con la razón del registro civil respectivo y la del registro de la propiedad, en su caso, de conformidad con el Artículo 119 del Código Civil.
- c. Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Como una observación, este requisito no se exige en la demanda ordinaria mediante causa determinada.

3.4. Proceso del divorcio por mutuo acuerdo

En la primera solicitud, ambos cónyuges comparecen en un mismo escrito formulando la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo, en la vía voluntaria. Se tramita en esta vía porque las normas procesales de su desarrollo se encuentran en el párrafo segundo, sección cuarta del capítulo II, título I que se refiere a la jurisdicción voluntaria, libro cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil, cuyo libro se refiere a los procesos especiales.

El hecho de que la solicitud de los cónyuges se hace en un solo escrito, que se entiende por solicitud, en singular, que emplean los Artículos 426, 427 y 428 del Código Procesal Civil y Mercantil y porque la lógica lleva a esa conclusión, por tratarse de mutuo acuerdo.



Por lo tanto, ambos cónyuges ratifican la misma solicitud, en la diligencia de la junta conciliatoria.

La primera resolución: Al haber cumplido con todos los requisitos, tanto del escrito inicial, como en acompañar los documento exigidos para esta clase de procesos, lo cuales se encuentran contenidos en el Artículo 436 del Código Procesal Civil y Mercantil, el juez le dará trámite a la solicitud y en la resolución respectiva determinará sobre lo siguiente:

- a. Decretar la suspensión de la vida en común.
- b. Determinará, provisionalmente, quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos.
- c. La pensión alimenticia que le corresponderá a la mujer, si fuese el caso.
- d. Cualquier otra medida que estime conveniente para la adecuada protección de los hijos y de la mujer.
- e. El modo y la forma en que los padres pueden relacionarse con los hijos que no se encuentran en su poder.

De todo lo anterior, se puede observar que la regla de que los hijos menores de diez años y las hijas de toda edad, quedarán al cuidado de la madre y los hijos mayores de diez años al cuidado del padre, sólo se aplicará durante la tramitación del proceso; pero si los padres solicitantes del divorcio convienen en forma distinta, será lo que más convenga a sus intereses y situaciones, de modo que el juez en este caso debe atender a las formas propuestas por ellos, porque de cualquier otra forma, sufrirán consecuencias incómodas los hijos, pues lo harán contra su voluntad.



Para la junta conciliatoria, se señalará día y hora para la junta conciliatoria dentro del término de ocho días, este término deberá contarse a partir de la fecha de la resolución que le da trámite o la solicitud, de conformidad con el primer párrafo del Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Previa calificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones convenientes a fin de continuar la vida conyugal. Esta jura reviste la forma de audiencia de un juicio oral, por lo tanto lo que verbalmente se diga antes de dejar constancia en el acta respectiva, podrá determinar si los cónyuges se avienen en vez de ratificar la solicitud, se hará constar su conciliación, en caso contrario, la ratificación de la misma para continuar con el proceso. Tal vez la redacción debiera ser, previo a la ratificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones, para que sea más ajustada a la realidad del proceso, sin embargo en la práctica parece que no ofrece ningún obstáculo esta forma.

Con respecto a la sentencia, cumplidos los requisitos anteriores e inscritas, las garantías hipotecarias, si fuere el caso, se dictará la sentencia dentro de ocho días, resolviendo sobre todos los puntos del convenio, la sentencia es apelable.

Los pasos señalados anteriormente, son los que la ley señala para los procesos voluntarios en el trámite de divorcio por mutuo acuerdo, sin embargo, según el criterio de cada juez este trámite puede ceñirse exactamente a lo preceptuado por la ley y reducirse más los actos procesales o aumentarse en número, en consecuencia, el trámite se vuelve breve.

En vía de ilustración se señala a continuación como se tramita un proceso de este tipo:

- a. Presentación al tribunal de la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo, la que se resolverá mediante un decreto que se dictará dentro de las veinticuatro horas.
- b. Si a juicio del tribunal, los solicitantes cumplen con los requisitos legales de su escrito inicial, le da trámite a la misma dentro del término indicado, en que resuelve también sobre las medidas cautelares que indica la ley, ya sea con base a lo solicitado o a lo que prescribe, el Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil. Esta primera resolución se notifica a los interesados.
- c. Junta conciliatoria: En esta audiencia, el juez le hará las reflexiones convenientes para continuar la vida conyugal; si no se avienen, ratificarán la solicitud de divorcio. Esta es la única actividad que se realiza en esta diligencia; aún cuando puede recibirse en esta oportunidad el proyecto de convenio, si no se ha presentado antes o se presenta con fecha posterior a la junta conciliatoria.
- d. Solicitud de aprobación del proyecto de convenio: La oportunidad en que se presenta, no es relevante en este acto procesal, puesto que si se presentó en él con el memorial de solicitud, en la junta conciliatoria o después de ella, la solicitud de su aprobación se hace después de la junta conciliatoria.
- e. Aprobación del proyecto del convenio: En los casos normales, si el convenio llena los requisitos establecidos por la ley y la garantía a juicio del juez es suficiente para el



caso de alimentos para los hijos menores y/o de la mujer, se aprobará el convenio.

Esta resolución, por supuesto, se notifica para conocimiento de los interesados.

- f. Sentencia: Cumplidos con los requisitos anteriores e inscritas las garantías hipotecarias, si fuere el caso, se dictará la sentencia. En esta resolución se resolverá sobre todos los puntos del convenio, pero en la práctica la sentencia se dicta mediante solicitud escrita de los interesados, mientras no se solicita, no se dicta, por lo que esta circunstancia puede demorar más el fenecimiento del proceso.

Al notificarse la sentencia, después de tres días queda firme, si no hay recursos de aclaración y ampliación o recurso de apelación en su contra, para luego obtener certificación de la misma e inscribirse la disolución del matrimonio en el Registro Civil respectivo, así como la inscripción en el Registro de la Propiedad en caso de haber bienes inmuebles afectados.

- a. Segunda Instancia: como la ley admite el recurso de apelación contra la sentencia dictada en esta clase de proceso, lo que podría ocurrir cuando no se resolvió sobre todos los puntos del convenio o que se resolvió en otro sentido, se recurrirá en apelación.

El trámite en esta instancia es el mismo de los juicios de conocimiento, en vista de que no se señala ningún otro trámite especial y los términos son los señalados en los Artículos 606 del Código Procesal Civil y Mercantil y 158 de la Ley del Organismo Judicial, al recibirse en el tribunal se concederá audiencia por seis días, para que los

recurrentes hagan uso del recurso, después de esta audiencia, dentro de los quince días se señalará día y hora para la vista, en cuya oportunidad los interesados o sus abogados, podrán presentar sus alegatos, después del día de la vista se dictará sentencia de segunda instancia dentro de los quince días, teniéndose como términos ambos períodos.

Solo con la duración de estos términos el trámite de segunda instancia es mucho más largo que el de primera y a esto hay que agregar el de los seis días para hacer uso de la apelación, que se principia hasta que se practique la última notificación y esta se efectúa muchas veces varios días después de la fecha de la resolución, después de evacuada la audiencia de los quince días para la vista, se realiza generalmente el último día, lo mismo ocurre con la sentencia, se dicta hasta el último día, de los quince días y la notificación muchas veces se practica varios días después.

- a. Ejecutoria: después del trámite señalado en la segunda instancia, se certifica la sentencia al juzgado de familia que la dictó en primera instancia, el juzgado de Familia dicta la siguiente resolución: "Hágase saber y ejecútese", lo que determina otro retraso, porque cuando el Tribunal de Segunda Instancia ha ordenado por ejemplo, se extienda certificación en primera instancia, no se resuelve así, si no que el interesado o interesados tienen que solicitarlo por escrito para que el tribunal dicte la resolución correspondiente, cuando se revoca la sentencia no hay problema en vista de que en estos casos el juzgado de primera instancia no tiene que dictar más resolución de fondo.
- b. Reconciliación: En cualquier estado del proceso de separación y/o divorcio, pueden los cónyuges reconciliarse.

- c. Aún después de la sentencia de separación, pueden reconciliarse quedando sin efecto la sentencia.
- d. Sólo por causas posteriores a la reconciliación podrá entonces entablarse nuevo proceso.

La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal de los cónyuges, por memorial con firmas autenticadas y por escritura pública.

Inscripción en los registros civil y de la propiedad, si fuere el caso:

- La sentencia de separación.
- La reconciliación posterior a la sentencia de separación.
- La sentencia de divorcio.

En la actualidad, prácticamente a nivel nacional ante los órganos jurisdiccionales de familia se plantean demandas de divorcio, especialmente por mutuo acuerdo, con el propósito que los contrayentes manifiesten ante juez competente su deseo de poner fin al vínculo conyugal, bastando para el efecto el memorial y de una vez establecido el convenio de divorcio mediante un proyecto y una vez aceptado por el juez de familia y ratificado por los contrayentes se procede a la declaración de la disolución del vínculo matrimonial, debiéndose para el efecto, presentar los avisos correspondiente ante los registros públicos si por alguna razón existieren bienes pertenecientes a la comunidad familiar, para las anotaciones correspondientes.

CAPÍTULO IV

4. El proyecto de convenio en el divorcio por mutuo acuerdo

El divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, es un asunto en el no existe litigio, por lo que en la legislación procesal se regula dentro de los asunto de jurisdicción voluntaria. En virtud de que no hay litigio y habiendo un acuerdo entre los solicitantes, el órgano jurisdiccional debe velar únicamente porque se garanticen suficientemente las pensiones alimenticias que fueren procedentes, y apruebe si se ajusta a derecho, el convenio o bases del divorcio presentado por los cónyuges, declarando oportunamente disuelto el vínculo matrimonial.

4.1. Aspectos generales

La garantía hipotecaria se define como: "Aquel contrato por cuya virtud una persona denominada fiador, se obliga frente al acreedor de una determinada obligación para garantizar el cumplimiento de la misma para el caso de que este no se reintegra del deudor principal."³⁵

Por su parte Manuel Ossorio, indica que es la: "Obligación accesoria que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó

³⁵ Vásquez Ortiz, Carlos Humberto, **Derecho civil IV**. Pág. 113.

tomando sobre si el fiador verificarlo él en el caso de que no se lo haga el deudor principal, el que directamente estipulo para sí.”³⁶

De conformidad con el Código Civil, contenido en el Decreto 106, específicamente en el Artículo 2100, se regula que por el contrato de fianza una persona se compromete a responder de las obligaciones de otra.

Es importante indicar que la naturaleza jurídica de la garantía radica en su naturaleza subsidiaria, pues la obligación del fiador garantiza que la obligación principal puede ser exigible al fiador.

Los principales caracteres jurídicos de la garantía son los siguientes:

- a. Accesorios: Porque es cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.
- b. Consensual: Porque es cuando basta el consentimiento de las partes para que sea perfecto (acuerdo de voluntades).
- c. Generalmente gratuito: Aquel en que el provecho es solamente para una de las partes. Solo una de las partes se propone proporcionar al otro una ventaja sin equivalente alguno. Y excepcionalmente oneroso: Aquel en que se estipula provechos y gravámenes recíprocos. Una de las partes aspira a procurarse una ventaja mediante un equivalente o compensación.

³⁶ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 414.

4.2. Garantía que se presta

En términos generales, el matrimonio se constituye con las solemnidades establecidas en el Código Civil vigente en Guatemala, Constitución Política de la República, Código Penal, y las normas vigentes del Código de Notariado, cuando es un profesional del Derecho el que lo autoriza. Además, puede ser autorizado por Alcalde Municipal, para lo cual se debe regir por las disposiciones vigentes establecidas en el Código Municipal. Además, si el matrimonio lo autoriza un ministro de culto se requerirán las disposiciones vigentes en dicha materia.

Sin embargo, el matrimonio celebrado se puede disolver por la vía ordinaria, es decir, cuando una de las partes se opone o no está de acuerdo en la convivencia marital, y otra forma es cuando ambos han decidido poner fin a dicho vínculo a través de la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, regulado en la ley sustantiva y adjetiva en materia civil guatemalteca.

Importante, es indicar que durante la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo, es decir, no existe litigio por consiguiente las partes manifiestan ante el juez de familia, su deseo de poner fin a dicha vida conyugal, estableciendo para el efecto, un convenio de divorcio mismo que se presenta junto con el memorial inicial, y una vez aprobado el mismo, por dicho funcionario judicial, y la aceptación de ambos cónyuges se procede a establecer cada uno de los elementos que constituyen las bases del convenio.

En algunas oportunidades durante la tramitación del proceso, cuando existen hijos y uno de los cónyuge por mandato legal está obligado a prestar alimentos y si por alguna razón el juez de familia le solicita la constitución de garantía, es decir, el respaldo de una persona individual o jurídica que responda en caso de incumplimiento a la prestación de alimentos, y para el efecto, esta se puede constituir mediante la constitución de prenda o hipoteca, según sea el caso y los bienes con que cuente el obligado a prestarlos.

En materia de garantía, el obligado durante la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, puede garantizar las pensiones alimenticias futuras, como requisito indispensable la disolución de dicha relación matrimonial. Ello, se debe a que el juez debe asegurar los alimentos de los hijos y de la cónyuge, cuando exista alguna limitación por parte del obligado a prestarlos en forma continúa y anticipada respectivamente.

Además, es importante señalar que el Código Procesal Civil y Mercantil, específicamente en lo relativo al trámite judicial del divorcio por mutuo acuerdo establece la obligatoriedad de prestar alimentos, pues estos se realizan en forma anticipada y no vencida, por las circunstancias naturales de los mismos, en consecuencia, pueden constituirse bienes muebles como es lo característico como con el aspecto de la prenda cuando ello sea suficiente a criterio del juez constituir dicha garantía.

En consecuencia, si a criterio del juzgador, no se satisface con los bienes muebles, entonces el juez deberá solicitar al deudor u obligado a prestar alimentos que los garantice a través de la constitución de una garantía hipotecaria, es decir, a favor de los



alimentistas, se debe constituir un gravamen sobre un bien inmueble propiedad del obligado.

Ambas opciones son eminentemente de carácter civil, aunque la ley permite que también se pueda constituir en el ámbito mercantil, derivado que la prioridad de los alimentos para hijos menores de edad es lo básico y fundamental del derecho de familia, donde el juez debe priorizar que los menores se alimenten y sobre todo que el monto de la pensión fijada en la sentencia de mérito constituya una garantía de los mismo.

De los aspectos constitutivos de garantía antes indicados, es importante señalar que la aprobación del convenio depende de la garantía constituida, pues como es obligatorio el juez deberá emitir el despacho correspondiente, para que en los registros respectivos se proceda a la inscripción del gravamen como requisito previo para la aprobación del convenio y de esta manera declarar disuelto el vínculo matrimonial a través del divorcio por mutuo acuerdo.

4.3. Clases de garantía

En el proceso judicial de divorcio por mutuo acuerdo, es importante indicar que la garantía o constitución de un gravamen sobre un bien propiedad del obligado a prestar alimentos, se inicia con la propuesta de éste, sin embargo, a criterio del juez pueda que se constituya en materia civil, mercantil u otras, por la importancia, judicial y procesal. A continuación se presentan algunas clases de garantía constitutiva en dicha tramitación.

- **Clasificación del contrato de fianza**

1.- Por la causa a que debe su origen:

- a) Convencional, voluntaria o fianza—tipo.
- b) Legal.
- c) Judicial.

2.- Por la razón de la obligación garantizada:

- a) Simple o normal: Garantiza una deuda principal.
- b) Doble o subfianza: Garantiza una fianza anterior.

3.- Por su extensión:

- a) Limitada: Aquella en el cual la obligación del fiador se limita a la principal pero no a las accesorias.
- b) Ilimitada: El fiador responde de la obligación principal y de las accesorias.

4.- Por el derecho que regula:

- a) Civil.
- b) Mercantil.
- c) Administrativa.

- **Elementos de la fianza**

Personales: En el contrato de fianza interviene

1. Acreedor: Que es la persona a quien se le debe una prestación.
2. Fiador: Es la persona que se compromete a responder de las obligaciones de otro (Deudor principal).
3. Deudor principal: Es la persona con quien se ha determinado o contraído una deuda cierta y exigible en primer término.

Pero pueden intervenir solo el acreedor y el deudor ya que es propiamente entre ellos que se celebra este contrato. Esto ocurrirá cuando se presta la fianza a título gratuito.

Reales: Aceptada por el acreedor la persona del fiador, es preciso después determinar como elemento real, el objeto del contrato de fianza. Este tiene por fin garantizar al acreedor la satisfacción de su crédito, cumpliendo el fiador en última instancia y el contenido económico de la prestación a que se había obligado el deudor principal.

Formales: No requiere para su validez formalidad alguna. El contrato es expreso porque ninguna fianza se presume, la voluntad de fiar debe manifestarse verbalmente o por escrito.

- **Requisitos del contrato de fianza**

1. Debe constar por escrito (Artículo 2101 del Código Civil).
2. El fiador solo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido; el fiador puede limitar su responsabilidad (Artículo 2102 del Código Civil).

4.4. Ventajas de la garantía hipotecaria

Previamente a presentar un análisis de las ventajas que representa la hipoteca en el proceso de jurisdicción voluntaria de divorcio o separación por mutuo acuerdo y la constitución de dicha garantía, es importante señalar algunos aspectos fundamentales sin los cuales no se podría determinar con certeza las ventajas que conlleva, mismos que se describen a continuación:

- **Concepto y naturaleza jurídica de la hipoteca**

La hipoteca es un derecho real de garantía constituido a favor de un acreedor; éste derecho grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

- **Naturaleza jurídica**

La hipoteca constituye un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles, lo que constituye un gravamen sobre el bien inmueble. Es un derecho indivisible, indistinto e independiente del titular de propiedad del bien inmueble, el cual se limita únicamente a garantizar el cumplimiento de una obligación.

- **Características de la hipoteca**

- a) Afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aun por pacto expreso.
- b) La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor, para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla.
- c) La hipoteca es indivisible como tal, subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación.
- d) Quien hipotecare un bien sobre el cual tuviere un derecho eventual limitado, o sujeto a condiciones suspensivas, rescisorias o resolutorias, que consten en el Registro de la Propiedad, lo hace con las condiciones o limitaciones a que está sujeto ese derecho.

- **Formalidades de su constitución**

Para la constitución y aceptación de la hipoteca deberá realizarse de forma expresa, de conformidad con lo regulado en el Artículo 841 del Código Civil. De igual forma como lo establece en el artículo 1575 del Código Civil: “Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública”. Por lo tanto para que tenga plena validez y efectos contra terceros deberá realizarse en escritura pública y de inscribirse en el Registro General de la Propiedad según lo preceptuado en el Artículo 1125 inciso 2 del Código Civil.

- **Elementos de la hipoteca**

Personales: Sujetos activo (acreedor) y pasivo (deudor).

Real: Bien inmueble.

Formales: Escritura Pública.

- **Derechos del acreedor hipotecario**

El Artículo 824 del Código Civil regula: “La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea

exigible y no se cumpla...". Por lo que el acreedor hipotecario al momento de existir un incumplimiento de la obligación, podrá ejercer el derecho de demandar al deudor promoviendo un juicio de ejecución en la vía de apremio, por tratarse de un crédito con garantía hipotecaria, de acuerdo con lo regulado en el Artículo 294 inciso 3 del Código Procesal Civil y Mercantil. Asimismo el acreedor hipotecario tendrá el derecho a pedir que se le adjudique en pago el bien inmueble dado en garantía hipotecaria (Artículo 318 último párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil).

De igual forma por tratarse la hipoteca de un derecho real de garantía, el acreedor hipotecario tiene plena libertad de disponer del mismo, con lo cual lo puede enajenar, ceder, trasladar e inclusive puede gravarlo, con la única limitación de poner en conocimiento al deudor (Artículo 853 del Código Civil).

- **Sub- hipoteca**

Así se denomina a lo que algunos civilistas denominan hipoteca de crédito. Significa que el crédito garantizado con hipoteca puede subhipotecarse en todo o en parte llenando las formalidades establecidas para la constitución de la hipoteca; para lo cual de conformidad con la legislación civil guatemalteca se necesita como requisito para su inscripción en el Registro General de la Propiedad, el de notificar al deudor o sujeto pasivo de la obligación.

- **Extinción de la hipoteca**

- a) Por haberse cumplido con la obligación, en la cual la forma tradicional de cancelación es a través del contrato de Carta de Pago otorgado en escritura pública, estableciendo una cláusula de cancelación de la hipoteca para su inscripción en el Registro General de la Propiedad.
- b) Por haberse rematado el bien inmueble dado en garantía por ejecución del acreedor hipotecario (Artículo 846 del Código Civil).
- c) Por adjudicarse en pago al acreedor hipotecario, dentro de un juicio de ejecución (Artículo 318 del Código Procesal Civil y Mercantil).
- d) Por sentencia firme (Artículo 878 del Código Civil).
- e) Por prescripción (Artículo 856 del Código Civil).

- **Inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad**

La hipoteca deberá ser inscrita en el Registro General de la Propiedad, para lo cual deberá presentarse el testimonio de la escritura pública donde conste su constitución, de conformidad con el Artículo 1125 inciso 2 del Código Civil vigente en Guatemala.



Por lo que al haber establecido cada uno de los puntos referentes al gravamen hipotecario, podemos tratar de conceptualizar que dicho gravamen impuesto a un bien inmueble durante la tramitación del proceso de jurisdicción voluntaria de divorcio por mutuo acuerdo, constituye jurídica y procesalmente, una verdadera garantía al derecho de los alimentistas, al no descuidar dicha obligación principalmente, en lo que respecta a los alimentos futuros; pues a criterio del juzgador los bienes garantizados deberán ser suficientes con el propósito que durante el plazo de constitución de la garantía los alimentos estén debidamente garantizados y estos no se vean desprovistos, ya que al momento de terminar el plazo por el cual fue constituida, entiéndase éste como el período existente para el cumplimiento de la obligación de prestación de alimentos, la garantía hipotecaria deberá de ser cancelada en el Registro General de la Propiedad.

Además en materia de alimentos, como se indicó anteriormente, le corresponde al juez fijar el monto de los mismos, así como fijar y asegurar que los alimentos no sufrirán alteración por lo menos en su monto por una cierta época pues estos indudablemente podrán ser incrementados de acuerdo a las necesidades de los alimentistas y posibilidades del alimentante, para lo cual el juez en caso de no tenerlos asegurados deberá solicitar una garantía, pudiendo ser esta de naturaleza hipotecaria, misma que constituye una efectiva garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y cargas familiares, esencialmente el derecho de alimentos de los hijos menores de edad.

4.5. Análisis jurídico y doctrinario del proyecto de convenio

La separación y el divorcio por mutuo consentimiento tiene idéntico trámite, la única diferencia es que en la separación la sentencia que se dicte no produce cosa juzgada, ya que hasta después de seis meses causa ejecutoria y los cónyuges pueden pedir que se convierta en divorcio. La petición se resolverá al punto de derecho previa audiencia por dos días a la otra parte. Convidemos esté último una disposición encomiable, en vista de que no hay oposición.

Asimismo en los Artículos 425, 427, 428 último párrafo y 430 del Código Procesal Civil y Mercantil, preceptúa lo siguiente, el Artículo 427 establece, “al darle curso a la solicitud, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cuál será la pensión alimenticia que a estos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer.”

En la práctica, este precepto legal se aplica en varias oportunidades por algunos tribunales de familia, como si fuera una norma imperativa, sin embargo si se atiende a su tenor literal como lo determina el Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, no es una norma imperativa, si no discrecional, al decir: “podrá”.

No conseguiría ser otra manera, puesto que este párrafo referente al divorcio y separación por mutuo consentimiento señala, el trámite mediante proceso especial en jurisdicción voluntaria, en el que ambos cónyuges se ponen de acuerdo previamente para separarse o divorciarse y aceptan las bases, tanto de los derechos como de las obligaciones que se derivan de la separación o el divorcio, es más la propia ley relativa a este proceso, exige se presente un proyecto de convenio sobre estos extremos, de modo que las medidas cautelares que señala el Artículo en estudio, no tienen que ser imperativas como la suspensión de la vida en común, si los solicitantes no lo piden y sobre a quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos de cualquier edad, el tribunal debe tomar en cuenta la voluntad de ambos, sin atenerse estrictamente al segundo párrafo del Artículo que se comenta, la pensión alimenticia que corresponde a los hijos también es lógico que los propios padres son los que determinarán el monto de la misma, así como el que le corresponda a la mujer, si fuere el caso .

Es muy difícil pensar que todos estos pormenores no se indiquen en la primera solicitud, puesto que hay que presentar un proyecto de convenio y lo que se ha de consignar en éste, indudablemente se basará en la situación de hecho existente entre los cónyuges al momento de presentar la solicitud.

Basada esta posición es mi opinión que el proyecto de convenio que la ley exige que se presente al proceso, debiera presentarse juntamente con los documentos señalados en el segundo párrafo del Artículo 426 del Código citado, formando el inciso 4º, y este

debiera comprender otro punto más como es el modo y la forma en que los padres pueden relacionarse con los hijos que no se encuentran en su poder, pasando en consecuencia a formar el punto 5º, del Artículo 429 del mismo Código, que actualmente forma el último párrafo del Artículo 427 y basado en estas determinaciones previas, que el juez lo llega a conocer al momento de dictar la primera resolución sobre el escrito inicial, se tomará en cuenta para dictar las llamadas medidas cautelares contenidas en el primer párrafo del Artículo 427, que como ya se ha dicho, contiene normas discrecionales tal como se comenta en la parte explicativa de la exposición de motivo del Código de mérito, en consecuencia, se constituyó que no son normas imperativas.

Más parece que estas medidas las debe dictar el juez en los juicios ordinarios de divorcios mediante causal determinada por voluntad de uno de los cónyuges, en donde no hay acuerdo, en consecuencia, las situaciones señaladas, las debe resolver el juez bajo su responsabilidad y por supuesto apoyado en las normas legales que le ofrecen soluciones pertinentes, pero si no se adecuaran a las situaciones, según el caso, tiene facultad para resolverlo de acuerdo a las facultades discrecionales que le otorga la ley específica de la materia, Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206 y las especiales de cada caso.

Otro Artículo que merece comentario especial, es el 430 del mismo Código, al establecer: “El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías

propuestas fueren suficientes, disponiendo en tal caso, que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente”.

Algunos jueces interpretan que el convenio tiene que estar arreglado de conformidad con la ley, en el sentido de que tiene que estar de conformidad con el Artículo 427, especialmente en lo que se refiere a quien de los cónyuges quedan confiados los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo y las hijas de toda edad, quedarán al cuidado de la madre y los hijos mayores de diez años, al cuidado del padre, pero nótese que dice que durante la tramitación del divorcio o de la separación, como se ha dicho aún en esta fase, puede variarse la situación, puesto que estas formas sólo ofrecen al juez una de tantas posibilidades, sobre todo que si es por mutuo acuerdo, es más lógico inclinarse a la decisión o acuerdo de los interesados.

De modo que el Artículo que se comenta, al establecer: “Si el convenio estuviere arreglado a la ley” se puede interpretar, si estuviere correcto, en otras palabras si el convenio contempla todos los puntos señalados por la ley.





CONCLUSIONES

1. El derecho de familia, siempre ha pertenecido al derecho civil y como consecuencia al derecho privado, pero en la actualidad dada la importancia algunos autores indican que se tiene que separar del derecho civil y formar una ciencia jurídica independiente y autónoma, en el derecho guatemalteco forma parte del derecho civil.
2. El matrimonio, presenta como fundamental característica la de ser la principal de las instituciones sociales, en orden a que constituye la base más sólida de la familia, y por consecuencia, de la sociedad misma, por consiguiente, posee un elemento de tipo biológico, que es la perpetuación de la especie, la cual es realizada plenamente por la formación de la familia; sin embargo en la actualidad se está perdiendo dicha finalidad, toda vez que si aumentan los índices del divorcio se tiene como consecuencia la desintegración familiar y pérdida de valores familiares.
3. En el divorcio por mutuo consentimiento existe entre ambos cónyuges un acuerdo voluntario por que se declare, aplicando el principio jurídico del valor de la voluntad para que el juez emita la resolución judicial correspondiente. Al carecer la tramitación de este proceso de litis, la figura del juez se limita únicamente actuar como un revisor y contralor de la decisión adoptada por ambos cónyuges, no



ejerciendo así una función jurisdiccional propiamente dicha; existiendo con ello el congestionamiento en la judicialización innecesaria de dichos trámites.

4. El Artículo 163 del Código Civil, fija las cuestiones que debe contener el proyecto de convenio entre los esposos que por mutuo acuerdo decidan separarse, el cual es presentado al juez para su aprobación o desaprobación. Por lo que éste tiene a su discreción establecer si la garantía presentada en el proyecto de convenio es idónea; ya que al no hacerlo así se desatendería el interés de los hijos menores de edad en relación a la pensión alimenticia, repercutiendo posteriormente en otros trámites y complicando el efectivo cumplimiento de ésta.



RECOMENDACIONES

1. Por la importancia jurídica y social es necesario, que los decanatos de las facultades de ciencias jurídicas y sociales, realicen los estudios sociales a efecto de incorporar en el pensum de estudio una materia específica del derecho de familia, independiente del derecho civil, con el propósito que los estudiantes y futuros profesionales tengan conocimientos de la misma.
2. El Ministerio de Educación, debe realizar modificaciones a la currícula educativa, en diversos temas, principalmente de matrimonio, pues muchos adolescentes por el desconocimiento de la finalidad del mismo deciden celebrarlo y suspenderlo poco tiempo después de realizado y con una efectiva orientación podría beneficiarse a miles de adolescentes guatemaltecos.
3. En materia de familia, principalmente en el divorcio por mutuo acuerdo es necesario trasladar la competencia a los notarios, para que éstos inicien el trámite quedando la homologación en materia judicial pues si no existe litis, perfectamente podría tramitarse mediante la jurisdiccional voluntaria, ya que de esta manera se descongestionarían los procesos judiciales.
4. El Organismo Judicial, a través de la Cámara Civil, salas de apelaciones de familia y juzgados de instancia, deben realizar un análisis de las ventajas y desventajas



que representa en la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo el proyecto de convenio y proponer las reformas que sean necesarias con el propósito de agilizar dichos trámites en beneficio de las partes interesadas.



BIBLIOGRAFÍA

- BELTRANENA VALLADARES, María Luisa. **Lecciones de Derecho civil**. Guatemala: Ed. IUS, 2011.
- BORDA, Guillermo. **Tratado de Derecho civil**. Buenos Aires: Ed. Perrat, 1997.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de Derecho civil**. Guatemala: Ed. Fénix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho usual**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1977.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, común y foral**. Madrid, España: Ed. Reus, 1962.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de Derecho civil**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.
- GARCÍA TOPETE, Martín. **El divorcio: causas, uso, y abuso**. México: Ed. Iteso, 1996.
- IRIARTE, Lagomarsino. **Separación personal y divorcio**. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1997.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho civil y comercial**. Buenos Aires: Editorial Jurídica, 1954.
- MINUCHIN, Salvador. **Familias y terapia familiar**. Barcelona: Ed. Geodisa, 1999.
- MOTO SALAZAR, Efraín. **Elementos de Derecho**. México: Ed. Porrúa, 1983.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.
- PAPALIA, Diane y Sally Wedkos Olds. **Psicología del desarrollo**. Colombia: Mc Graw Hill, 1998.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho mexicano**. México: Antigua librería Robredo, 1959.
- VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos. **Derecho civil I**. Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000.



Legislación:

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

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

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

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