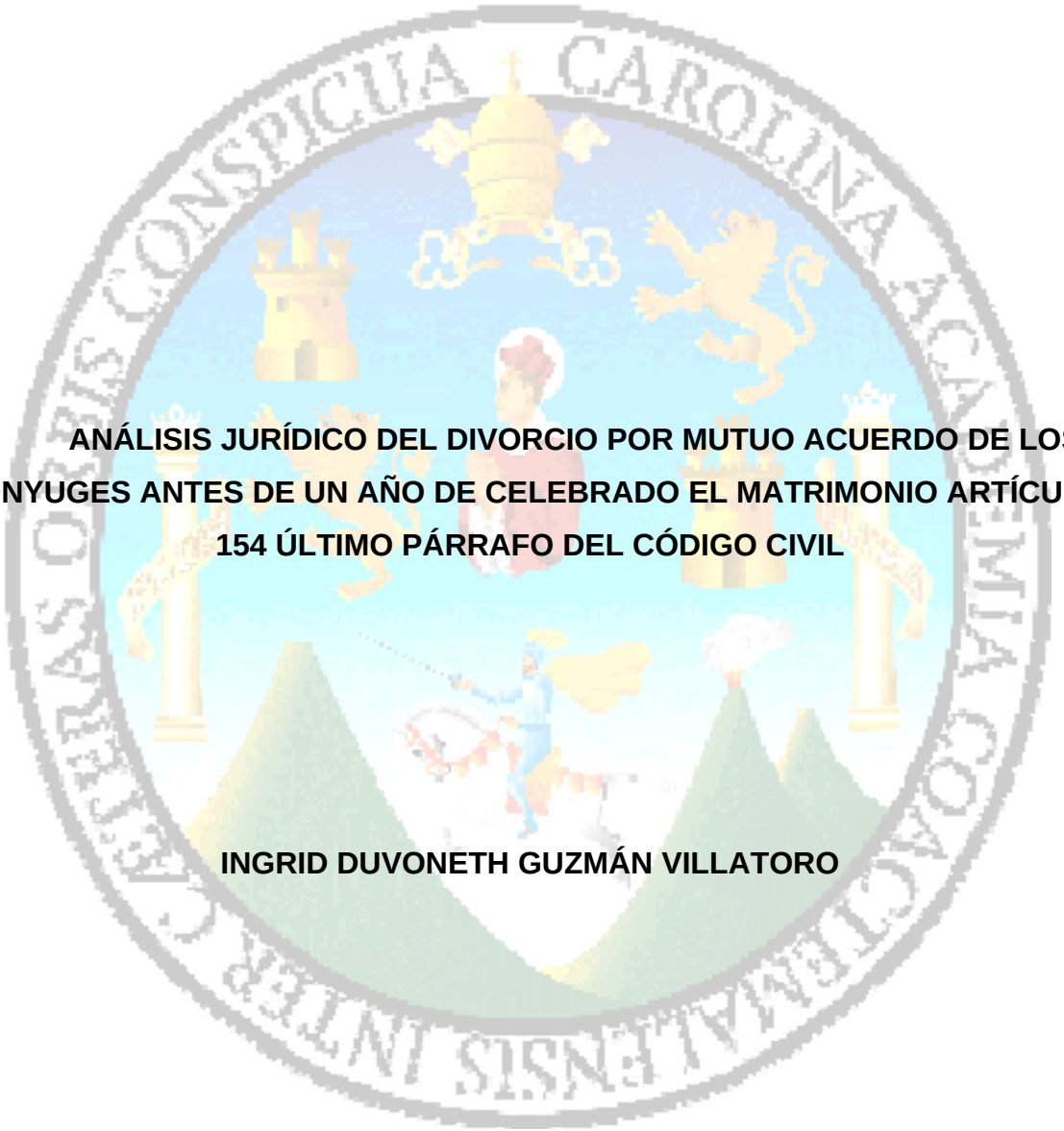
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO DE LOS CÓNYUGES ANTES DE UN AÑO DE CELEBRADO EL MATRIMONIO ARTÍCULO 154 ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL

INGRID DUVONETH GUZMÁN VILLATORO

GUATEMALA, ABRIL 2013

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO DE LOS CÓNYUGES ANTES DE UN AÑO DE CELEBRADO EL MATRIMONIO ARTÍCULO 154 ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL

TESIS

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

Por

INGRID DUVONETH GUZMÁN VILLATORO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril 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. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. Carlos Pantaleón Asencio
Secretario:	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Vocal:	Lic. Edwin Leonel Bautista Morales
Secretario:	Lic. Ronaldo Amilcar Sandoval Amado

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

LIC. OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO
9 AVE 13-39 ZONA 1
TEL. 2238-0119

Guatemala 08 de Noviembre de 2,008

Doctor: BonergeAmilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

8 NOV. 2008
DE ASESORIA DE TESIS

Respetable Doctor:

De conformidad con el nombramiento emitido de fecha uno de octubre del año dos mil siete, procedí a emitir Dictamen favorable de la tesis intitulada **NECESIDAD DE LEGISLAR COMO CAUSAL DE DIVORCIO LA SEPARACIÓN DE HECHO VOLUNTARIAMENTE ACORDADA POR LOS CÓNYUGES**, con fecha veinte de mayo de dos mil ocho.

Sin embargo de común acuerdo favorable con la Bachiller Ingrid Duvoneth Guzmán Villatoro, asesorando a la estudiante para que modificara el tema que se había iniciado, así como reorientar el contenido del trabajo de tesis para la obtención del grado de Licenciatura; quedando de la siguiente manera **ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO DE LOS CÓNYUGES ANTES DE UN AÑO CELEBRADO EL MATRIMONIO, ARTÍCULO 154 ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL**así mismo avalo que el contenido del trabajo y que cumple con los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta facultad, para el efecto procedo a emitir el siguiente dictamen:

I. El tema investigado por la Bachiller Ingrid Duvoneth Guzmán Villatoro, es de suma importancia por su contenido jurídico y técnico, cumple con los requisitos de la reglamentación correspondiente.

II. La estructura de la tesis se realizó en una secuencia ideal para su buen entendimiento, se utilizó la metodología adecuada para el entendimiento de la misma con método jurídico inductivo, en las técnicas de investigación utilizó método de observación, investigación documental.

LIC. OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO
9 AVE 13-39 ZONA 1
TEL. 2238-0119

III. La redacción que utilizó reúne las condiciones exigidas en claridad y precisión. Brindando un valioso aporte jurídico desde el punto de vista doctrinario y legal.

IV. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la Tesis en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.

V. La bibliografía completada por la sustentante, fue adecuada al tema investigado.

VI. En tal sentido, el contenido del trabajo de Tesis me parece interesante, el conocimiento e investigación está apegada a las presentaciones de la postulante, cumpliendo en definitiva con los requisitos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 de la normativa para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y General Público, derivado de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por la Bachiller Ingrid Duvoneth Guzmán Villatoro, en virtud de haber cumplido fehacientemente con el requerimiento científico y técnico, aplicación correcta de la metodología y técnicas de investigación, redacción, pertinencia a su contribución científica, puntualización exacta de las conclusiones y recomendaciones, además de la utilización de la bibliografía concerniente al tema investigado.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Asesor, aprovecho la oportunidad para suscribirme como su atento servidor.

.

Atentamente

LIC. OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR DE TESIS
Colegiado No.3805

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Leonel Estuardo Andrade Pereira
Abogado y Notario
7ª.Av. 1-20 Zona 4 Of.660 6to.Nivel Ed. Torre Café
Tel. 2331-5911

Ciudad de Guatemala, 27 de Julio 2012

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
27 JUL. 2012
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Respetable Doctor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis de la Bachiller **INGRID DUVONETH GUZMÁN VILLATORO**, que me fuera asignada según providencia de fecha diecisiete de noviembre de dos mil ocho intitulada **ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO DE LOS CÓNYUGES ANTES DE UN AÑO DE CELEBRADO EL MATRIMONIO, ARTÍCULO 154 ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL**, el cual a mi criterio cumple con los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, para el efecto procedo a emitir el dictamen siguiente.

I Considero que el tema investigado por la Bachiller Ingrid Duvoneth Guzmán Villatoro, es de suma importancia de acuerdo a su contenido jurídico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión, de que el mismo no solo reúne los requisitos exigidos por la reglamentación correspondiente, sino que además se logró establecer que efectivamente es necesario que se tomen cuenta el Análisis Jurídico del Divorcio por Mutuo Acuerdo de los Cónyuges Antes de un Año de Celebrado el Matrimonio, Artículo 154 último párrafo del Código Civil.

II La estructura formal de la Tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como de la utilización de la metodología concerniente a los métodos jurídicos e inductivos. En lo referente a las técnicas de investigación la sustentante aplicó, la observación, y las técnicas de investigación documental.

III De tal manera que la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión. La sustentante brinda un valioso aporte jurídico desde el punto de vista doctrinario y legal, siendo con ello interesante la contribución científica que la sustentante realiza en la Tesis de mérito.

IV Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la Tesis en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.

V La bibliografía completada por la sustentante, fue adecuada al tema investigado.

VI En tal sentido, el contenido del trabajo de Tesis me parece interesante, el conocimiento e investigación esta apegada a las presentaciones de la postulante, cumpliendo en definitiva con los requisitos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 de la normativa para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y General Público, derivado de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por la Bachiller Ingrid Duvoneth Guzmán Villatoro, en virtud de haber cumplido fehacientemente con el requerimiento científico y técnico, aplicación correcta de la metodología y técnicas de investigación, redacción, pertinencia a su contribución científica, puntualización exacta de las conclusiones y recomendaciones, además de la utilización de la bibliografía concerniente al tema investigado.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Revisor, aprovecho la oportunidad para suscribirme como su atento servidor.

Lic. Leonel Estuardo Andrade Pereira
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado No.4573

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

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

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de marzo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante INGRID DUVONETH GUZMÁN VILLATORO, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO DE LOS CÓNYUGES ANTES DE UN AÑO DE CELEBRADO EL MATRIMONIO, ARTÍCULO 154 ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DECANATO
Guatemala, C. A.

Lic. Avidán Ortíz Orellana
DECANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
Guatemala, C. A.

Rosario

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

DEDICATORIA

A DIOS: Por haberme iluminado durante toda mi carrera.

A MIS PADRES: Por haberme dado la vida, gratitud eterna por sus sabios consejos. Que el éxito alcanzado sea un reconocimiento a su noble esfuerzo y sacrificio. Mamita te amo, eres especial. (Papito que Dios te tenga en su gloria, QPD)

A MI ESPOSO: Eduardo Alvarado Herrera con todo mi amor y que Dios te tenga en su gloria, QPD.

A MIS HIJOS: Eduardo, Jessica, Herson que son el tesoro más grande que Dios me ha dado.

A MI HERMANITA: Marita por tu apoyo moral e incondicional, te bendigo.

A MIS NIETOS: Javier, Aaron, Diego, Nery Raúl, con amor.

A MIS NUERAS: Karol y Abigail con amor y respeto.

A MIS TIOS Y TIAS: A todos con amor y respeto, en especial a Tere Vásquez de González.

A MIS ABUELITOS: Papa Fino con amor, a Mamacheyo a Papa Lalo Mama Conchita QPD.

A: Licenciado Otto René Arenas Hernández por sus sabios consejos y apoyo.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

A MIS PRIMAS Con amor, en especial a Irma, Nohemí, Dora, Gloria, Miriam, Ana Lidia.

A MIS CUÑADAS: Gladis de Sempé, Blandy de Arias.

A MIS AMIGOS: Flor, Kareen, Luisa Fernanda, Sandra, Bremly, Roberto, Tono, Cesar, Mito, Marlon, Leonel, Herberth, Rafa, Maco, Sergio Santizo, William, Sergio Mansilla, Ligia, Sory, Mery, Elmer, Greis, Carlitos, Victoria y en especial a Susy de Cerezo por su incondicional apoyo y amor.

A: Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de realizar mis estudios y formar en sus aulas a un profesional.

A:

Guatemala, patria querida tierra bendita de Dios.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1 El matrimonio..... 1

1.1 Antecedentes..... 1

1.2 Definición..... 9

1.3 Naturaleza jurídica..... 10

1.4 Unión de hecho..... 12

1.5 Efectos comunes del matrimonio y de la unión de hecho inscrita..... 17

CAPÍTULO II

2 Separación y divorcio..... 25

2.1 La separación..... 25

2.2 El divorcio..... 35

2.3 Diferencia entre la separación y el divorcio..... 41

2.4 Causas para solicitar el divorcio..... 47

2.5 Requisitos para demandar el divorcio..... 61

2.6 Evolución de la regulación del divorcio en Guatemala..... 64

CAPÍTULO III

3 La separación de hecho en el derecho comparado..... 67

Código Civil en el Estado de Veracruz..... 67

3.1 En la República de Chile..... 71

3.2 En la República de Uruguay..... 74

3.3 En la República de Argentina..... 76

3.4 En la República de Perú..... 77

3.5 En la República de Colombia..... 80

CAPÍTULO IV

4 Análisis jurídico del divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges antes de un año de celebrado el matrimonio Artículo 154 último párrafo del Código Civil..... 111

4.1 Análisis general..... 111

4.2 El divorcio voluntario por mutuo acuerdo..... 112

4.3 Preceptos legales..... 114

4.4 Proceso..... 115

4.5 Propuesta concreta..... 122

CONCLUSIONES..... 127

RECOMENDACIONES..... 127

BIBLIOGRAFÍA..... 129

INTRODUCCIÓN

El tema de investigación lo escogí porque considero que es importante que se proteja a la familia que es la base de la sociedad; es criterio de la sustentante mantener la unidad de la familia; sin embargo, como podrá notarse en el desarrollo del tema el divorcio y la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges antes de un año de celebrado; podría evitar consecuencias, pués en la mayoría de los casos al esperar este plazo propicia una serie de acciones inmorales por uno u otro cónyuge como lo es la infidelidad, malos tratos de palabra o de obra, no solo para ellos mismos sino para los hijos, creando un ambiente hostil, situaciones que provocan un desequilibrio en la formación de los menores que más tarde influirá en su personalidad.

La forma que contempla la ley para disolver el vínculo familiar es el divorcio o la separación; el divorcio no tiene una definición legal en la legislación guatemalteca, ya que solo establece diferencia entre ambas.

Existe ilegalidad para obligar a la pareja a seguir unidos en matrimonio, cuando ellos han decidido separarse o divorciarse ya que la ley establece que se podrá solicitar hasta un año después de celebrado el matrimonio; así como el plazo que establece el Código Civil, para presentar los avisos de matrimonio y de unión de hecho, que es de quince días, el cual a veces se incumple.

Debe de aprobarse el divorcio antes de cumplirse un año de contraído el matrimonio como se establece legalmente.

He desarrollado la presente investigación en cuatro capítulos de la forma siguiente: en el primero, la institución del matrimonio desde el punto de vista histórico, naturaleza jurídica, la unión de hecho y sus efectos; en el segundo, tanto la separación como el divorcio; en el tercero, la figura de la separación de hecho en el derecho comparado; y en el cuarto, el análisis jurídico del divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges antes de un año de celebrado el matrimonio.

Así también, en este trabajo de investigación se han empleado en su desarrollo los métodos jurídico, inductivo, y como técnicas de investigación se ha utilizado la observación y la investigación documental.

Se espera que la presente investigación sirva de ayuda a las personas que tienen interés en conocer más sobre el tema objeto de estudio.

CAPÍTULO I

1. El matrimonio

Este capítulo lo inicio con la historia desde antes de establecer el matrimonio hasta como hoy se regula; así como la unión de hecho.

1.1. Antecedentes

El estudio de la historia da cuenta que en los inicios de la humanidad el vínculo familiar se determinaba por la línea materna. En la era arcaica no existía responsabilidad masculina en la procreación, el varón adulto no se responsabilizaba de los hijos de una mujer y no existía vinculación mujer-varón: las primeras familias estaban compuestas únicamente por la madre y los hijos. Así, en la familia matricéntrica, en la que no se daba la vinculación masculina, la mujer era fuerte junto a sus hijos; era autosuficiente económicamente y existía la sucesión matrilineal por la certeza de saber quién era la madre de los descendientes. En el curso de la evolución surgió un comportamiento cultural nuevo no existente en los primates por el que los adultos varones empezaron a vincularse a una mujer y empezaron a preocuparse por los hijos de la misma y a cuidar y proteger a su propia familia, característica cultural que se manifestó muy posteriormente. Ello ocurrió bien porque el varón capta la idea de paternidad y comprendiera que era el causante de la

fecundación; o bien porque el varón quiera posesionarse de los hijos, aumentar el número de descendientes y ver la necesidad de proteger a la madre, para que hiciera frente a los cuidados de sus numerosos hijos, o para erradicar los comportamientos femeninos despóticos como propietarias de los hijos y de otras posesiones valiosas.

No es difícil suponer que en el proceso de evolución, se generarán frustraciones masculinas frente al papel dominante y tiránico que la mujer ejercía en esta etapa con organización familiar de tipo matriarcal, en cuya sociedad seguramente los varones corrían la misma suerte que la reservada a la mujer en etapas patriarcales, provocando resentimientos masculinos y que desembocaron con la revolución patriarcal, cuando las condiciones fueron las adecuadas para conseguir el éxito y con ello el castigo y el arrebatamiento del poder en manos femeninas por parte de los varones.

Así que el varón empezó a vincularse a una mujer y a preocuparse de su sustento y el de sus hijos. Con el tiempo se instauró la institución del matrimonio, por lo que el esposo descargó a la esposa del esfuerzo de búsqueda de alimento, lo que posibilitaría el aumento considerable del número de nacimientos. Con ello se inició la gran expansión demográfica humana.

Es precisamente el surgimiento de la vinculación mujer-varón, el primero de los mecanismos que explican la pérdida del poder femenino. Fue justo cuando se vinculó el varón a la mujer y se comprometió a la consecución del sustento, cuando sucumbió la organización familiar de tipo matriarcal. A partir de entonces, se inició la dependencia femenina, factor decisivo de la causa de la pérdida de poder femenino.

Con ello la mujer perdió la posibilidad de auto realizarse por otras vías diferentes, ya fuera el trabajo o cualquier otra tarea libre. A partir de entonces se desarrolla en la mujer el deseo de satisfacer su posibilidad de realización exclusivamente a través de la maternidad.

Tras la revolución patriarcal, que instituyó el matrimonio y la familia patriarcal, apareció la desigual división de los sexos, quedándose la mujer en su papel exclusivo de procreadora, mientras el varón se dedicó a la búsqueda del sustento. Y con ello empezó la relación sexual monógama, por la cual, la mujer intercambiaba su disponibilidad sexual permanente a su pareja, a cambio de sustento.

De modo gradual entraría el nuevo modelo de familia e iría desapareciendo la antigua, coexistiendo en un tiempo. Con la llegada y la formación de los Estados y con la implantación de la familia patriarcal, cambiaron profundamente las ideas sociales, la familia natural y la comunidad matriarcal quedan reemplazadas por la

sociedad, del mismo modo que el politeísmo doctrina sobre la creencia de muchos dioses y el panteísmo sistema de los que creen que la totalidad del universo es el único Dios, prevalecientes en la sociedad patriarcal quedan subsumidos en el monarquismo adhesión a la monarquía y el monoteísmo propios del Estado. Además la herencia se convirtió en patrilineal y la propiedad del suelo pasó a manos masculinas. Con el establecimiento de la institución de la herencia patrilineal, la mujer quedó excluida de la propiedad del suelo y de las labores agrarias, la familia dejó de depender de ella para su subsistencia, con lo que se modificó su función económica. Así comenzó la subordinación femenina: la mujer vio restringida las profesiones con las cuales auto sustentarse, fue perdiendo paulatinamente su influencia, su poder político y religioso y su status, hasta quedar sometida totalmente al varón, reducida a la maternidad y relegada al interior de la casa, quedándose aislada y demasiado ocupada en la tarea inaplazable de la vida diaria del cuidado de la infancia. Pasó a no ser nada en absoluto ya que sólo debía trabajar y procrear hijos, perdiendo todos sus derechos.

Las leyes sancionaron la conducta de la mujer limitándose sus derechos al de subsistencia, dejando de ejercer las profesiones que había estado practicando desde época inmemorial. Desaparecieron algunas profesiones femeninas arcaicas, reflejadas en obras de arte de diferentes regiones y épocas: alfarera, artesanas, maestra, recolectora, porteadora y auriga, llamadas así en la antigua Grecia y Roma

quien gobernaba los caballos de los carros en las carreras de circo. Por extensión el que gobierna las caballerías de un carruaje. Los varones terminaron por arrebatar el poder a la mujer y esclavizaron a la mitad de la población que perdió sus derechos. Desde la revolución patriarcal, las mujeres fueron oprimidas para que cumplieran con el papel que se les adjudicaba: exclusivamente el de procreadora para que engendraran el mayor número de hijos para el Estado y el de apoyo; tal situación ha estado en vigor durante varios milenios. A la vez, el padre adquirió todo el poder sobre los miembros de su familia.

Junto con la instauración del patriarcado, puede también apreciarse la evolución de la prostitución, pues en el matriarcado su papel predominante en el campo económico hacía que la mujer fuera sexualmente libre, pero como consecuencia de su pérdida de poder, surgió una nueva profesión femenina: la prostitución.

La causa original de la prostitución se encuentra en la instauración del matrimonio porque tuvo las siguientes consecuencias:

a) Con el establecimiento de la herencia patrilineal, la propiedad del suelo cultivable pasaba a los hijos varones, la mujer dejó de ser dueña de los frutos del campo, ya no pudiendo auto sostenerse económicamente.

b) Al perder la mujer su poder económico sólo se le valoraba en su función de esposa y madre de muchos hijos. Por la función exclusiva de procreadora estaría siempre embarazada y así los esposos acudirían a otras mujeres para que les dieran placer con lo que la demanda de prostitutas incrementaría la oferta.

c) En el matriarcado la mujer era sexualmente libre, posteriormente el acto sexual era considerado un acto de fertilidad el cual tuvo cierto valor sagrado, no se limitaba sexualidad femenina, si aún no había llegado al matrimonio; por lo que en principio, no se exigía la virginidad femenina antes del matrimonio y podía prostituirse para ganar dinero.

d) Por otro lado al establecerse el matrimonio a cambio de una recompensa, para que un varón sostuviera a su pareja, se exigió la dote a la novia, exigencia que manifiesta su consideración desvalorizada. Dado que los padres no asumían el pago de la dote, la mujer tuvo que ejercer la prostitución, como única vía que le permitía la ocasión de auto proporcionársela. Fue por eso que el ejercicio de la prostitución no le impida contraer ventajosos matrimonios.

Esto explicaría que a principio de los tiempos históricos, el ejercicio de la prostitución fuera realizado por las mujeres de manera institucionalizada y generalizada, en multitud de regiones. En principio, se desarrollaba como cosa sagrada junto a los

templos, donde además las maestras se ocupaban de la formación de las niñas. Dada la imposibilidad en el patriarcado que la mujer ejerciera otras profesiones, la prostitución era la única que podía ejercer en esas condiciones. Durante la Edad Media en Europa, la prostitución alcanzó un crecimiento bastante significativo. Dicha actividad fue regulada y se permitió su operación bajo permiso especial. También fue protegida por la ley debido a que constituía una importante fuente de recursos a causa del impuesto recaudado. Hoy en día, existe la expresión de que la profesión femenina más antigua del mundo es la prostitución. Sin embargo, ello entra totalmente en contradicción con la arqueología y los mitos legados en todas las culturas, pues las más arcaicas obras de arte de humanos, nos muestran exclusivamente a mujeres ejerciendo las más nobles profesiones; y los más arcaicos mitos, adjudican a las diosas el invento de innumerables oficios lo que demuestra el poder ejercido por la mujer durante el matriarcado.

Con el tiempo el varón, en su deseo de subordinar aún más a la mujer, terminó reprobando la prostitución por ser la única función femenina de la que no podía apropiarse pero sí beneficiarse; reprobando también el comportamiento sexual libre de la mujer. Con la modificación de la sociedad hacia los valores patriarcales, sobrevino la introducción de normas morales por la que la mujer había de llegar virgen al matrimonio y se le prohibía practicar libremente el sexo o las prácticas auto estimulatorias.

Con el descrédito de la sexualidad femenina, la mujer dejó de disfrutar de la anterior libertad sexual y tras la revolución patriarcal que se extendió por todo el universo, se le impuso fuertes ideas de moralidad y recato siendo víctima de represión sexual. Con el tiempo, puesto que seguía vigente el no permitir a la mujer ganarse la vida por sí misma, la carga de la dote la asumieron los progenitores de la novia." Ello fue causa de que dos mil años más tarde, en la Europa medieval y patriarcal de crisis económica, con padres sin suficientes medios económicos para dotar a todas sus hijas y que seguía negando a las mujeres el derecho al trabajo, al no existir ya la libertad sexual de antaño, obligaron a algunas a entrar al servicio de templos que antes eran lugares de práctica sexual, ahora convertidos en templos de virginidad o conventos".[1]

Dentro del "derecho romano la autoridad ejercida por el páter familias era ejercida en forma casi despótica, ejerciendo la patria potestad sobre los hijos en forma absoluta, y la mano del marido sobre la mujer fue también ejercida de modo absorbente",[2] pero posteriormente con la influencia del cristianismo la rudeza de la patria potestad se atenúa visiblemente y se eleva el matrimonio a sacramento, proclamando la indivisibilidad del vínculo, instituyéndose el matrimonio canónico. Sin embargo, posteriormente se estableció la obligatoriedad del matrimonio civil quedando reducido el poder de la iglesia. Como he observado, del mismo modo en que en el

[1] **Documento de la Universidad Pedagógica de la Republica Bolivariana de Venezuela** http://html.rincondelvago.com/prostitucion-y-pornografia-en-la-era-de-la-globalizacion.html**.**
[2] Puig Peña, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español.** T. V Pág. 20

matriarcado el hombre era casi un objeto sexual, la mujer lo ha sido en el patriarcado y es hasta hoy día que la situación empieza a cambiar hacia la igualdad de género.

1.2. Definición

Una vez conocida la evolución histórica del matrimonio resultará de fácil comprensión las distintas definiciones que actualmente se conocen de esta figura jurídica." Matrimonio deriva del latín matris y munium que literalmente significa madre y carga o gravamen, u oficio de la madre", dando a entender por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado que la madre ha de tener sobre los hijos.[3] Tal significado etimológico está conforme a lo ya escrito respecto a la asignación a la mujer del cuidado de los hijos y su ocupación en las tareas de hogar predominantes en el patriarcado.

Entre las primeras definiciones de matrimonio pueden citarse algunas como la unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer definición a la que posteriormente se le incluyó el aspecto jurídico, por lo que posteriormente se dijo que el matrimonio es la unión del hombre y la mujer consagrada por la ley; pero esta definición también resultaba ser demasiado fría, por lo que fueron los sociólogos quienes le asignaron otro carácter: la permanencia y finalmente los filósofos le asignaron también como

[3] **Ibíd.** Pág. 32

"característica: la plenitud".[4] Es por ellos que las definiciones que los autores modernos han dado sobre el matrimonio giran alrededor de tales elementos, veamos algunas: Dernburg nos dice que el matrimonio es la completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer, jurídicamente reconocida. Castan señala que el" matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, para la plena y perpetúa comunidad de existencia".[5] En el lenguaje común el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica que "matrimonio es la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales". En el catolicismo, sacramento propio de legos, por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia. [6]

En cuanto a la definición legal el Artículo 78 del Código Civil de Guatemala que señala "el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí".

1.3. Naturaleza jurídica

La esencia del matrimonio como figura jurídica ha variado del mismo modo que ha variado el desarrollo de su definición. En primer lugar se le asignó la naturaleza del

[4] **Ibíd.** Pág. 33
[5] **Idem.** 33
[6] **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.** Versión Electrónica

contrato, el cual nace de la libre voluntad de los contrayentes y tal voluntad también es suficiente para su disolución. Pero esta tesis fue superada al increpársele que en el matrimonio no surgen vínculos predominantemente patrimoniales sino de orden moral; como tampoco existen en él las prestaciones y objeto específico, como lo exigen los contratos; además también existen en algunas legislaciones contratos que una vez suscritos por los contratantes, éstos ya no tienen poder para su destrucción.

Otras tesis sin argumentos que las distancia de la tesis del contrato, afirmaron que el matrimonio era un negocio jurídico bilateral de orden familiar y de carácter solemne o bien de una convención jurídica. [7]

La doctrina que actualmente predomina es la que asigna al matrimonio la naturaleza jurídica de una institución. De acuerdo a ella, el matrimonio es una institución fundamental del derecho de familia; el Estado la regula desde los requisitos para su nacimiento, las obligaciones nacidas por él y las condiciones para su disolución, los contrayentes no tienen más que adherirse a lo regulado por el Estado en favor de la familia como primordial base de la organización social. [8]

[7] **Puig Peña. Ob. Cit. Pág. 36**
[8] **Ibíd.** Pág. 33

Es pertinente comentar aquí que del mismo modo que como ya he observado en los principios del desarrollo social, no existió el matrimonio como actualmente lo conocemos, la definición actual ha empezado a ceder pues en algunos países recientemente se permite celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, cambiando el concepto tradicional de ser la unión de un hombre con una mujer que dicho sea de paso, considero que tales uniones al carecer de los fines del matrimonio de procrear, educar y alimentar a los hijos, les es más aplicable la figura del contrato, sea un contrato de convivencia sentimental, sexual y de auxilio recíproco pero no pueden ser considerado como matrimonio en el contexto que actualmente tiene esa institución, por lo menos en el derecho guatemalteco.

1.4. Unión de hecho

El matrimonio celebrado con las formalidades que la ley exige, es la forma ideal para crear el vínculo conyugal entre un hombre y una mujer mediante el que se desarrollen los fines del matrimonio; pero en la realidad social existe otra forma de convivencia en que sin crear vínculo jurídico alguno, un hombre y una mujer desarrollan los fines del matrimonio, es decir viven juntos en forma permanente, se auxilian ente sí procrean, educan y alimentan a los hijos. Esa vida marital, sin ningún vínculo jurídico es llamada por la ley unión de hecho. Cuando dicha vida en común ha sido pública y constante; se ha mantenido por más de tres años y los

convivientes gozan de capacidad para contraer matrimonio, pueden declarar esa unión ante el alcalde de su vecindad o un notario, transformándose en unión de hecho declarada, sin embargo para que produzca todos sus efectos jurídicos, “dentro de los quince días hábiles siguientes, el alcalde o el notario que haya autorizado la declaración de la unión de hecho, debe dar aviso al registro civil jurisdiccional para su inscripción, oficina que entregará a los interesados constancia de dicha inscripción, la que producirá iguales efectos que la certificación de matrimonio" Artículo 175 del Código Civil.

La falta de aviso al registro civil dentro de los quince días siguientes de la declaración de la unión de hecho, al igual que en la celebración del matrimonio, ocasiona que tales actos no nazcan a la vida jurídica, pues de conformidad con el Artículo 1301 del Código Civil “ hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia”.

La inscripción en el registro civil sea del matrimonio o de la declaración de la unión de hecho, es un requisito esencial para su existencia porque de conformidad con el Artículo 371 del Código Civil las certificaciones de las actas del Registro Civil prueban el estado civil de las personas, es decir los efectos jurídicos del matrimonio

o de la unión de hecho declarada sólo iniciarán a partir de su inscripción en el registro civil.

Debe tenerse presente también que en caso de no haberse remitido el aviso correspondiente dentro de los quince días siguientes, la misma legislación contempla la solución, para el caso del matrimonio; en el último párrafo del Artículo 102 del Código Civil al indicar que la falta de cumplimiento, de esta obligación será sancionada, en cada caso, con multa de uno a cinco quetzales, que “Impondrá el juez local a favor de la municipalidad” y para el caso de la declaración de la unión de hecho; el Código Civil en el segundo párrafo del Artículo 175 establece “ que la falta de este aviso será sancionada con una multa de cinco quetzales, que impondrá el juez local a solicitud de parte”.

Cuando el notario o el alcalde da el aviso que corresponde, varios meses o años después, de los quince días que la ley indica, una vez pagada la multa, inscriben el acto sin más trámite.

Tal situación considero no es correcta, por atentar contra la seguridad jurídica de los actos que por imperativo legal, deben inscribirse para que sean válidos. Pero en la práctica tanto cuando los Registros Civiles dependían de las municipalidades, como

actualmente en los Registros Civiles del Registro Nacional de las Personas, una vez pagada la multa se inscribe el acto.

Considero que para la inscripción de tales actos, si el aviso se remite después de los quince días que el Código Civil señala, el procedimiento es el contemplado en el Artículo 443 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece " en caso de haberse omitido alguna partida o circunstancia esencial en los registros civiles, el juez de Primera Instancia, en vista de las pruebas que se le presenten, de las que de oficio recabe, previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, resolverá que se repare la omisión o se haga la rectificación correspondiente mandando aplicar las sanciones que establece el Código Civil, si fuere el caso".

El registro o la inscripción de la unión de hecho, puede originarse también por su declaración en la vía judicial. Ésta procede cuando uno de los convivientes ha fallecido o se opone a declararla en la forma voluntaria que antes ya mencioné; en tal caso el conviviente interesado en que la unión de hecho sea reconocida, deberá probar en la vía ordinaria ante el juez de primera instancia de familia, la convivencia marital en forma constante, pública y por más de tres años. Al respecto el último párrafo del Artículo 178 del Código Civil prescribe: "La certificación de la sentencia favorable al demandante, deberá presentarse al Registro Civil y al de la Propiedad si hubiere bienes inmuebles, para que se proceda a las respectivas inscripciones".

“El derecho de un conviviente a solicitar que se declare su unión de hecho, es un acto de justicia, pues si esto no se hace, prevalecería el abuso del más fuerte quien al terminar esa unión dispondría de los bienes y dejaría en el desamparo al conviviente con cuya colaboración logró formar el pequeño capital.[9]

Concluyo entonces que la convivencia marital de un hombre y una mujer con los fines propios del matrimonio, no con fines de matrimonio, sino cumpliendo los fines que son propios del matrimonio: vivir juntos en forma permanente, procrear, educar y alimentar a los hijos sin ningún vínculo jurídico se conoce como unión de hecho y puede ser llamada también unión simple, vida marital o unión de hecho propiamente dicha. Para que haga nacer las obligaciones jurídicas recíprocas cuasiconyugales entre los convivientes, “debe inscribirse o registrarse en el registro civil y para ello es necesario que previamente sea voluntariamente declarada ante el alcalde o un notario, o bien que sea reconocida por un Juez de Primera Instancia de familia”. Artículo 2 de la Ley de Tribunales de Familia.

La unión de hecho inscrita en el registro civil posee los siguientes elementos.

a) Personales: un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio.

[9] Brañas, Alfonso. **Manual de Derecho Civil.** Pág. 187

b) Reales: La vida en común de un hombre y una mujer, con los fines del matrimonio y por lo menos por tres años en forma pública y constante.

c) Formales: Se declara voluntariamente ante el alcalde o un notario o bien se reconoce judicialmente por oposición o muerte de uno de los convivientes y se inscribe en el Registro Civil.

Como diferencias entre matrimonio y unión de hecho inscrita puedo mencionar que el matrimonio es una Institución social, en cambio la unión de hecho inscrita es un acto declarativo, en la que se retrotraen los efectos al día en que inició. El matrimonio es invariable, en cambio la unión de hecho inscrita puede convertirse en matrimonio.

1.5. Efectos comunes del matrimonio y de la unión de hecho inscrita

El matrimonio y la unión de hecho inscrita producen efectos jurídicos de diversa naturaleza: familiares, patrimoniales, personales, entre el hombre y la mujer, entre éstos y los hijos, así como con terceras personas pues dan lugar al parentesco por afinidad; tales vínculos son de orden público cuyo cumplimiento no depende de la voluntad de los cónyuges o convivientes sino que el Estado las impone en aras de proteger a la familia. Entre los efectos mencionamos los siguientes:

a) La filiación

La filiación fuera del matrimonio y de la unión de hecho inscrita, puede establecerse mediante el reconocimiento del hijo en las formas que la ley permite; pero existe la filiación en la que por mandato legal los hijos nacidos dentro del matrimonio se reputan hijos del marido Artículo 199 del Código Civil. Así mismo "los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida Artículo 182 del Código Civil inciso 1º.

b) Aplicación de un régimen económico subsidiario

Establece el Artículo 126 del Código Civil que "A falta de capitulaciones sobre los bienes se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales, Artículo 126 del Código Civil; en el Artículo 182 inciso 2º. del mismo Código indica que "Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan, bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno sólo de ellos, a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad". Además el último párrafo del Artículo 184 del Código Civil señala Las disposiciones de este Código "relativas a los deberes y derechos, que nacen del matrimonio y al

régimen económico de éste, tienen validez para las uniones de hecho, en lo que fueren aplicables".

c) Derechos relativos a la ausencia

En la unión de hecho inscrita: Derecho de una de las partes a solicitar la declaratoria de ausencia de la otra y, una vez declarada, pedir la cesación de su unión con el ausente, liquidación del haber común y adjudicación de los bienes que le correspondan. Artículo 182 inciso 3º. En el matrimonio: La declaratoria de ausencia para "La administración de los bienes podrá ser solicitada y ejercida por, el cónyuge e hijos del ausente. Artículo 55. Cinco años después de declarada la ausencia puede pedirse la declaratoria de muerte presunta. Artículo 63. "Si el cónyuge de la persona declarada muerta contrae nuevo matrimonio, éste será válido aunque el ausente viva, a no ser que los cónyuges o uno de ellos conocieran la circunstancia de estar vivo el ausente". En este caso, la acción de nulidad corresponde al ausente o al cónyuge que haya ignorado, al casarse, que aquél vivía. Esta acción prescribe a los seis meses contados, para el ausente, desde la fecha en que tuvo conocimiento del nuevo matrimonio; y para el cónyuge, desde que supo la supervivencia del ausente". Artículo 77.

d) Sucesión intestada recíproca

El Artículo 184 del Código Civil señala: “El varón y la mujer cuya unión de hecho conste en la forma legal, se heredan recíprocamente ab intestato en los mismos casos que para los cónyuges determina este Código”.

e) Patria potestad

El Artículo 255 del Código Civil indica:” Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el artículo 115, o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado.

No obstante el principal efecto jurídico nacido del matrimonio o de la unión de hecho una vez inscritos en el Registro Civil, es el surgimiento del vínculo conyugal es decir los derechos y obligaciones que recíprocamente tienen el hombre y la mujer ya sea como esposos o como convivientes. Al respecto el Artículo 99 del Código Civil prescribe que en la ceremonia de celebración estando presentes los contrayentes, el funcionario que autorice el matrimonio, recibirá de cada uno de los cónyuges su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer y, en

seguida, los declarará unidos en matrimonio. En cuanto a la unión de hecho inscrita el último párrafo del Artículo 182 del mismo Código señala como efecto de la inscripción la sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio, es decir que el vínculo jurídico conyugal es el mismo para los unidos en matrimonio o en unión de hecho inscrita.

Es por tal razón que en lo sucesivo de la presente tesis la expresión cónyuges, o vínculo conyugal comprende tanto a esposos como a convivientes de una unión de hecho inscrita, pues es análisis del tema que nos ocupa, es decir la separación voluntaria de cónyuges o convivientes, debe ser tomada por la legislación, como causa para poner fin a matrimonio o unión de hecho. El vínculo jurídico conyugal comprende los siguientes derechos y deberes tanto a cónyuges como a los unidos de hecho.

a) Deber de fidelidad

La fidelidad consiste en la que no debe existir la interferencia de ningún amor extraño entre los cónyuges. El fundamento de éste deber se encuentra en que la infidelidad es primera causal de divorcio Artículo 155. El fundamento de éste deber se encuentra en que la comunión espiritual que debe existir entre los cónyuges no puede ser plena si no va acompañada de una perfecta, mutua y

exclusiva entrega de cuerpos, toda relación sexual extraña, contamina el tálamo y atenta contra ese deber.[10]

b) Auxilio recíproco

El auxilio o socorro hacia cualquier persona es de orden moral o religioso, en cambio el auxilio entre cónyuges es jurídicamente exigible, pues tiene su fundamento en el mismo Artículo 78 ya citado y en el Artículo 110 que indica el marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas; lo complementa el Artículo 111 al decir que la mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; pero si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, la mujer cubrirá todos los gastos con los ingresos que reciba.

c) El deber de convivencia

Es decir vivir juntos, cohabitar el hogar conyugal o hacer vida en común. Tal obligación se encuentra en el Artículo 78 ya transcrito así como en el Artículo 109 que indica que los cónyuges de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia.

[10] Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 109

El incumplimiento de ésta obligación constituye una causal para solicitar el divorcio o la separación según analizo con detenimiento en el capítulo siguiente.

Es por este último efecto mencionado que la unión de hecho inscrita se relaciona con el problema que trata la presente tesis, porque si bien el Artículo 183 del Código Civil permite que la unión de hecho inscrita pueda cesar por voluntad de los convivientes, cuando no existe ese mutuo acuerdo, procede demandar el cese de la unión, invocando alguna de las causales para demandar la separación o el divorcio contenidas en el Artículo 155 del Código Civil.

Por lo tanto considero necesario que el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges se pueda dar antes de un año de celebrado el matrimonio que es el tema de la presente tesis.

CAPÍTULO II

2. Separación y divorcio

En el presenta capítulo se hace mención sobre la separación y el divorcio; así como las diferencias que existen entre cada una de ellas, requisitos para que cada uno de ellos se dé.

Por varias razones resulta difícil deslindar estos temas, entre ellas, porque muchas veces la separación ya sea legal o de hecho precede al divorcio; el divorcio conlleva necesariamente la separación de los cónyuges; además tanto la separación como el divorcio tienen las mismas causas para pedir que sean declaradas judicialmente. Aunque algunos autores exponen que el divorcio existió antes que la separación, no existe ninguna prioridad en el tratamiento de estos temas, en este capítulo trato en primer lugar la separación debido a que según el planteamiento de esta tesis.

2.1. La separación

En el lenguaje común separación es la acción de alejarse o distanciarse. Aún dentro del lenguaje jurídico este concepto posee otras acepciones como la destitución en un empleo o cargo, la escisión de una sociedad o la expulsión de un socio; en el

derecho de familia, la expresión correcta es separación conyugal, no obstante por brevedad del lenguaje y porque el Código Civil la denomina separación, así sigo llamándola en lo sucesivo del presente trabajo.

Manuel Ossorio al referirse a esta figura jurídica indica que es la situación en que se encuentran los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla. Esa separación puede ser simplemente de hecho, producida por el mutuo acuerdo de los cónyuges, o por el abandono que uno de ellos hace del hogar conyugal. A la separación conyugal se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una de las causas que pueden motivarla. El citado autor agrega, que en las legislaciones en que el divorcio lleva consigo la ruptura del vínculo, no se produce una mera separación, sino la disolución total del matrimonio; y de ahí que el concepto de separación esté más bien referido a las legislaciones que no admiten el divorcio vincular; en que queda subsistente el matrimonio e interrumpida tan sólo la convivencia y la cohabitación.[11]

En el caso del derecho guatemalteco, el Código Civil no contiene una definición sobre separación conyugal, las normas que expresamente hacen referencia a la figura jurídica de la separación son las siguientes:

[11] Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales.** Pág. 702

Artículo 153. El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.

Artículo 154. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse;...

Artículo 154. Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio: …

Artículo 159. Son efectos civiles comunes de la separación y del divorcio, los siguientes:

1. La liquidación del patrimonio conyugal

2. El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso; y

3. La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada.

Artículo 160. Son efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, los siguientes: 1. El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y 2. El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.

Artículo 155 numeral 15. Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

Como puede apreciarse con las normas transcritas, en el Código Civil se menciona el término separación, y únicamente en el Artículo 154 se menciona la frase separación de personas al referirse a la separación declarada judicialmente, ya sea por voluntad de ambos cónyuges o por causa determinada.

Aunque nada impide que la separación voluntaria de los cónyuges, pueda hacerse constar en escritura pública o en acta notarial, esos documentos no tienen la eficacia jurídica para que con fundamento en ellos pueda promoverse la demanda de divorcio. Esto es así porque el numeral 15 del Artículo 155 literalmente indica: Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme. Debe también tenerse presente, que cuando un notario facciona una escritura pública de separación y además se establezca en ella una pensión alimenticia, previamente a inscribir esa escritura en el Registro Civil de las Personas, del municipio en el que esté inscrito el matrimonio, debe homologarse dicha escritura, ante el Juez de Primera Instancia del ramo de Familia, de conformidad con lo que establece el numeral seis Artículo 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de las Personas.

Aunque escapa a la finalidad de la presente tesis, el análisis jurídico si es jurídicamente técnica o incluso constitucional que una norma reglamentaria establezca la mencionada homologación, personalmente considero que tal disposición, aunque sea de carácter reglamentario, es muy beneficiosa, pues representa el fundamento jurídico para que la separación se haga constar en escritura pública, fundamento que no existe expresamente ni en el Código Civil ni en el Código Procesal Civil. Además, interpretando a contrario sensu, tal norma reglamentaria, se concluye que cuando no se fija pensión alimenticia, no hay obligación de ninguna homologación por el juez de familia, y por tanto si más trámite, el testimonio puede presentarse al Registro Civil para la anotación de separación voluntaria.

Por otra parte, el Código Civil únicamente en el Artículo 142 hace referencia a la separación de hecho al indicar que: En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación.

Según lo ya apuntado e integrando la definición de Manuel Ossorio con las normas transcritas del Código Civil, y lo regulado en el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de las Personas, puedo concluir que en Guatemala, la separación, llamada también separación de cuerpos o separación de personas puede clasificarse de la siguiente forma:

a) Separación declarada judicialmente

Es la declaración judicial inscrita en el registro civil que modifica el matrimonio, eximiendo a los cónyuges de la obligación de vivir juntos dejando subsistente el vínculo matrimonial.

b) Separación declarada notarialmente

Es la declaración de separación voluntaria, que los cónyuges hacen constar en escritura pública e inscrita en el registro civil, modifica el matrimonio, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

c) Separación de hecho

Es el cese de la vida en común a que están obligados los cónyuges, existe cuando, sin mediar resolución judicial ni acuerdo ante notario, los cónyuges dejan de vivir juntos. En el Código Civil la separación de hecho no está expresamente regulada, debiéndose interpretar los Artículos correspondientes:

Artículo 141. 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. Al respecto debe recordarse que el los efectos de la comunidad de bienes, atendiendo al régimen económico que rija el matrimonio cesarán para el cónyuge que abandone el hogar, lo cual resulta justo. En este caso

existe el criterio forense abandono es sinónimo de separación. Debe tenerse presente además por una parte, que el abandono injustificado debe probarse, y por otra parte que la falta de derecho de la comunidad de bienes es para el cónyuge que haya abandonado el hogar conyugal, pero quien haya permanecido en el hogar, conserva su derecho a la comunidad de bienes.

Artículo 142 En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación. Esta norma deviene obligatoria, pues debe tener presente que cuando la separación es judicial, en la sentencia del proceso respectivo se han establecido las cuestiones relativas a los bienes, porque de conformidad con el Artículo 159 del Código Civil “Son efectos civiles comunes de la separación y del divorcio, los siguientes: 1o. La liquidación del patrimonio conyugal;…” pero en el caso de separación sin declaración judicial el justo que el cónyuge inculpable no tenga derecho gananciales.

Artículo 155 Son causas comunes para obtenerla separación o el divorcio:... 4o. La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.

Es de notarse en este caso la separación de hecho o abandono voluntario es una de las causas determinadas para que pueda demandarse judicialmente ya sea la

separación declarada judicialmente o bien en propio divorcio.

Como puede apreciarse, dentro del Código Civil Guatemalteco, la expresión separación de hecho no se encuentra regulada de manera que permita una interpretación exacta, y las escasas normas transcritas que se refieren a ella, se quedan cortas, pues en la realidad esa situación presenta varias modalidades que hacen surgir también distintas responsabilidades de los cónyuges involucrados. A continuación menciono cuatro formas de separación de hecho.

a) Por voluntad unilateral de un cónyuge

Esta forma de separación de hecho se presenta cuando un cónyuge unilateralmente se separa del otro; considero que es la separación de hecho regulada en el numeral cuarto del Artículo 155 ya relacionado. En este caso la potestad para demandar el divorcio le corresponde al cónyuge inculpable, es decir a quien permanece en el hogar.

b) Por motivos justificados

Esta modalidad de separación se presenta cuando un cónyuge se separa del otro por razón de hospitalización, trabajo o estudios; aunque en estos casos la separación en su inicio posee una causa justificada y consiguientemente no tiene relevancia como causal de divorcio; suele suceder que posteriormente surge el

abandono, porque cuando la separación tarda un tiempo considerable, por ejemplo un año, ha dejado de existir uno de los fines del matrimonio, que como vimos en el capítulo anterior, es el vivir juntos y auxiliarse entre sí.

c) Porque un cónyuge impide la convivencia conyugal

En este caso se configura la separación de hecho cuando uno de los cónyuges realiza una conducta que es causal de divorcio, contra el otro cónyuge, quien no obstante ser el ofendido, no opta por demandar el divorcio, sino por echar, botar, o sacar de la casa al cónyuge culpable, impidiendo la convivencia conyugal; aunque la separación de hecho se da por culpa del mismo que es echado fuera del hogar, la separación de hecho en si misma ya no es su responsabilidad, es decir que el cónyuge culpable pasará a ser víctima de la situación que el mismo provocó. Actualmente en Guatemala esta forma de separación de hecho tampoco posee fundamento legal para que el echado fuera del hogar pueda demandar el divorcio, por lo que se considera que la propuesta contenida en esta tesis, el reconocer la separación de mutuo acuerdo como causa de divorcio, puede ser aplicable a estos casos.

d) Por mutuo acuerdo de los cónyuges

Esta forma de separación de hecho consiste en que ambos cónyuges por mutuo acuerdo y por los motivos que sólo ellos saben, deciden cesar la vida en común.

En muchos de estos casos la separación de hecho se mantiene por muchos años; posteriormente sólo uno de ellos desea el divorcio mientras que el otro se niega a otorgarlo por la vía voluntaria.

Como pude darme cuenta las cuatro formas de separación de hecho incluyen y evocan inmediatamente la separación de cuerpos sin declaración judicial, y en lo referente a esta investigación, es esta última forma la que se propone sea reconocida como casual de divorcio, por ofrecer muchas ventajas en la solución de los problemas que ocasiona el mantener un vínculo conyugal que ya no existe en la realidad y que actualmente no tiene sustento legal para que algún cónyuge pida el divorcio.

Tanto la separación legal como el divorcio pueden obtenerse por mutuo acuerdo de los cónyuges. Desde el código de Napoleón, se ha considerado que esta forma de divorcio es conveniente para ocultar causas muy graves, que de conocerse serían escandalosas, que pueden originar la deshonra, el desprestigio o el descrédito; requiere que sea solicitado un año después de su celebración, ello tiene dos razones: evitar matrimonios simulados y dar la oportunidad de reconciliación.

Es importante tener presente que en la unión de hecho inscrita, no procede demandar la separación por las razones siguientes.

a) El cese de la unión inscrita puede obtenerse por mutuo acuerdo haciéndolo constar ante el juez de Primera Instancia del domicilio de los convivientes, o ante un notario pero para que se reconozca y se ordene la anotación respectiva en el Registro Civil debe cumplirse previamente con lo que dispone el Artículo 163 del Código Civil, con respecto al divorcio de los cónyuges, es decir debe presentarse un proyecto de convenio que establezca; 1) A quién quedan confiados los hijos; 2. en qué proporción contribuirá cada uno con los alimentos de hijos; 3 Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer; y 4. Garantía que se preste para el cumplimiento de esas obligaciones.

b) Cuando en la unión de hecho inscrita, uno de los convivientes incurre en alguna de las causales contenidas en el Artículo 155 del Código Civil, el conviviente inculpable puede demandar únicamente el cese de la unión de hecho, nunca la separación, según lo indica el Artículo 183 del Código Civil.

2.2. El divorcio

Como expuse en el capítulo primero tanto el matrimonio como la unión de hecho inscritos en el registro civil crean un vínculo jurídico familiar personalísimo entre cónyuges o entre convivientes respectivamente. Corresponde ahora analizar la forma contemplada en la ley para disolver ese vínculo familiar. Cabe aclarar que las

normas que regulan el divorcio son aplicables al cese de la unión de hecho inscrita cuando dicho cese no sea voluntario, pues de conformidad con el Artículo 183 del Código Civil la unión de hecho puede cesar... por cualquiera de las causas señaladas en el Artículo 155 para el divorcio y la separación, en cuyo caso la cesación deberá ser declarada judicialmente.

El diccionario de la lengua española de divorcio se refiere a que divorciar o divorciarse, es “disolver o separar el juez competente, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”. Esta definición resulta imprecisa pues incluye el término separación que como se sabe, es una figura diferente. Sin embargo también en algunas definiciones doctrinarias sobre divorcio, resulta difícil deslindar el divorcio de la separación. Manuel Ossorio por ejemplo señala "Divorcio: Acción y efecto de divorciar y divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio; separación que puede ser con disolución del vínculo verdadero divorcio, o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho. [12] Cabanellas refiere que el concepto divorcio deriva “del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado”. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. [13]

[12] **Ibíd.** Pág. 260
[13] Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental.** Pág. 132

Las definiciones transcritas indican que el divorcio es una separación, lo cual no es preciso porque según lo ya apuntado la separación es una situación jurídica distinta al divorcio.

Federico Puig Peña en cambio al referirse al divorcio le llama “divorcio vincular, divorcio absoluto, divorcio pleno, o divorcio perfecto, lo cual hace énfasis en la disolución del vínculo”; y al referirse a la separación le llama,” divorcio atenuado, divorcio parcial, o divorcio imperfecto”.[14]

En la legislación guatemalteca, el Código Civil tampoco da una definición de divorcio y de separación, estableciéndose las diferencias entre ambos por los efectos que cada uno produce; así, el Artículo 161 prescribe que es efecto propio del divorcio la disolución del vinculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio, lo que se complementa con el Artículo 153 que indica el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.

De lo escrito concluyo que divorcio es la finalización del vínculo conyugal, declarada judicialmente e inscrita en el registro Civil que deja a las personas en libertad de estado.

[14] Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 336

Esta definición posee los siguientes elementos:

a) Finaliza el vínculo conyugal;

b) Es mediante declaración judicial no importando si el divorcio se solicite de mutuo acuerdo por lo cónyuges o a solicitud de uno de ellos por causa imputable al otro

c) Inscrito el divorcio en el registro civil, las personas quedan en libertad de estado.

Originalmente el matrimonio era disuelto por la simple voluntad de los cónyuges, pues del mismo modo en que voluntariamente fue creado, voluntariamente podía ser disuelto, incluso el simple repudio de uno hacia el otro cónyuge era suficiente para disolverlo.[15]

Pero el desamparo en que quedaban los hijos, más la influencia del cristianismo le impregnó al matrimonio la característica de ser un sacramento indisoluble; sin embargo, la fuerza de la realidad que mostraba la existencia de matrimonios que en nada cumplían sus fines, empujó a la misma iglesia a permitir la separación de cuerpos con lo cual se dispensa a los cónyuges de la obligación de vivir juntos, pero el vínculo conyugal se mantiene. Ésta es la única forma de cese de la vida

[15] Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 336

matrimonial que permite la iglesia católica y su influencia ha sido tal que en algunos países sólo en tiempos muy recientes la legislación ha permitido la existencia del divorcio.

A lo largo de la historia se han contrapuesto dos criterios sobre el divorcio como disolución del vínculo conyugal; uno en contra y el otro a favor. Quienes se oponen al divorcio argumentan que al romperse el vínculo y poder los cónyuges contraer nuevo matrimonio, se suprime la estabilidad de la familia, base de la sociedad, lo que resulta nocivo para la educación de los hijos, que pueden sufrir con ello graves problemas psíquicos. [16] Federico Puig Peña al tratar el tema señala que es factible concebir alguna que otra ventaja del divorcio, considerada unilateralmente, teniendo, desde luego, alguna faceta aceptable; pero en el terreno de las realidades prácticas no resulta tan aceptable a aún cuando se ha llegado a llamar al divorcio conquista de la civilización, lo cierto es que sobre todo en la países en que se ha abusado de esta institución, una profunda corriente doctrinal tiende a hacerlo desaparecer, considerándolo como una causa evidente de la notable disminución de la natalidad y del aumento de la corrupción en general. A este respecto los tratadistas franceses, en su mayoría, ponen de manifiesto el error que supone desde el ángulo de la política legislativa la admisión franca del divorcio, y sostienen que es necesario

[16] Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 336

volver a la tesis de indisolubilidad del vínculo, atemperada siquiera con la doctrina de las nulidades matrimoniales.[17]

Sin embargo los argumentos de quienes están a favor del divorcio han ganado más adeptos al extremo que actualmente la mayoría de legislaciones admiten la disolución total del vínculo conyugal mediante el divorcio, pues estiman inútil y hasta perjudicial mantener la ficción que existe unión cuando realmente no hay tal; e incluso la situación de los hijos es peor por tener que ser involuntarios testigos de las desinteligencias, serias en general de sus padres.[18] El divorcio muchas veces es el único remedio a un hogar corroído por la pasión del odio, el desorden y la intensa y constante desarmonía. Disminuye la criminalidad, al impedir el adulterio. El divorcio facilita el número de casamientos, contribuye a la solicitud y miramientos recíprocos de los cónyuges, disminuye el número de los hijos ilegítimos, contribuye a la moralidad general, etc.[19]

El divorcio es una solución porque generalmente cuando las parejas entran en conflicto ya han procreado a los hijos quienes resultan ser víctimas inocentes de una situación que afectará su constitución psicológica, y su salud emocional; el divorcio es necesario, cuando la vida en común de los padres se torna insoportable, resultará mucho más dañino en la personalidad de los hijos crecer en un ambiente de

[17] **Ídem.** Pág. 353
[18] Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 261
[19] Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 336

desamor, agresividad, desprecio, y otras conductas que son la antítesis de la vida familiar. Ahora bien, en lo que atañe al tema objeto de estudio, cuando la separación de hecho sea de común acuerdo o por la conducta unilateral de uno de los cónyuges ha puesto fin a la vida en común de la pareja; ha separado a los hijos de uno de sus progenitores, y además esa separación se ha mantenido por un lapso de varios años, el divorcio en este caso deviene en obligatorio, pues mantener por ley un vínculo que sólo existe en papel, ocasiona mayores problemas jurídicos, según lo exponemos en el capítulo cuarto.

2.3. Diferencia entre la separación y el divorcio

El término divorcio tiene dos acepciones: por una parte significa divorcio vincular, también denominado como divorcio absoluto o divorcio pleno, por otra parte significa separación de personas y de bienes, también conocido como divorcio relativo, divorcio menos pleno, o sencillamente lo denominan separación.

En tiempos antiguos cuando se utilizaba el termino divorcio se entendía que se referiría solo a la separación de cuerpos en la cual subsistía el vinculo conyugal , por lo que fue necesario crear otro termino para describir el divorcio que tiene como efecto la ruptura del vinculo conyugal, a este le denominaron divorcio vincular.

En virtud de lo anterior considero el divorcio como la ruptura del vínculo conyugal, por voluntad de ambos esposos o de uno solo de ellos, con el efecto principal de quedar libres para contraer nuevas nupcias.

El párrafo anterior describe la característica más conocida y la diferencia más marcada que existe entre el divorcio y la separación, la cual consiste en la ruptura del vinculo conyugal, además abarca también las clases de divorcio, por mutuo acuerdo y por causa determinada, y la consecuencia del divorcio posterior a la ruptura del vinculo conyugal como lo es dejar libres a los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

El Código Civil regula el efecto propio del divorcio en el Articulo 161 y al respecto establece: “Es efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.”

Del concepto más generalizado de divorcio vincular se pueden estudiar algunas características:

a) La ruptura del vinculo conyugal, para que exista divorcio debe existir ruptura total del vinculo de otro modo estaríamos ante una simple separación la cual tiene efectos propios regulados en el Artículo 160 del Código Civil el que establece:

“Son efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, los siguientes: 1o. El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y 2o. El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.”

b) La disolución del vínculo conyugal debe ser en vida de ambos esposos, de no ser así sería una disolución del vínculo por muerte de uno de los cónyuges, pero esta figura es distinta al divorcio.

c) La ruptura del vinculo conyugal debe ser solicitada por voluntad de uno de los cónyuges por existir una causa determinada regulada expresamente en la ley, la cual se conoce como divorcio por causa determinada y se tramita en un juicio ordinario de divorcio, pero la disolución del vinculo conyugal también puede ser solicitado por la voluntad de ambos cónyuges, esta se denomina divorcio por mutuo acuerdo, y se tramita en un juicio voluntario de divorcio por mutuo acuerdo.

d) El vínculo conyugal que se rompe debe ser válido, pues de otra manera estaríamos ante una declaración de nulidad del matrimonio ya que no puede haber disolución del vínculo pues este no existió jamás, por existir impedimentos esenciales.

e) El efecto principal y posterior a la disolución del vinculo conyugal es dejar en libertad a los cónyuges para que puedan contraer matrimonio nuevamente, es de hacer notar que la libertad se otorga en igual manera a ambos cónyuges aunque existen algunas limitaciones para contraer nuevas nupcias que afectan a la mujer, así se establece en el inciso 3º. Del Artículo 89 del Código Civil el mismo establece: “No podrá ser autorizado el matrimonio: 3o. De la mujer, antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado.” La norma descrita tiene como finalidad evitar problemas que puedan surgir sobre el establecimiento de la filiación de los hijos.

Para entender mejor la figura de la separación es necesario de forma breve referirnos a su origen, como fue señalado anteriormente en la antigüedad cuando se referían simplemente al divorcio esta en realidad era una separación sin disolución del vínculo conyugal y resultaba de la sola voluntad de los esposos.

Posteriormente las leyes romanas y las costumbres germánicas permitían el divorcio vincular, ello fue visto de forma negativa por la iglesia católica, quienes lucharon contra estas leyes hasta suprimir esta figura, crean entonces el principio de la

indisolubilidad del matrimonio y adoptan la figura de la separación, con la finalidad de proteger la sagrada institución del matrimonio, enseñan que era posible la separación de los cónyuges sin disolución del vinculo y que esa separación era licita, además de atribuirse jurisdicción competente para declarar la separación lo cual lo diferencia de la separación de tiempos antiguos, establecen diversas causas para que la separación procediera, por ejemplo: por el caso de adulterio de uno de los cónyuges, el cónyuge afectado podía romper para siempre la vida en común sin romper el vinculo conyugal, salvo que haya consentido la causal, haya perdonado expresa o tácitamente al cónyuge culpable, o el cónyuge afectado también hubiere cometido adulterio o lo haya propiciado.

En virtud de lo anterior la mayoría de autores consideran a la separación como la suspensión de la vida en común declarada judicialmente, pero subsistiendo el vinculo conyugal en virtud de lo cual los cónyuges separados no pueden contraer nuevas nupcias.

Concluyo en que el divorcio vincular, disuelve el vinculo conyugal, mientras que la separación solo suspende la vida en común de los esposos. Otro aspecto de importancia que trato en el presente trabajo, se refiere al aspecto procesal de cada una de las figuras divorcio y separación, tanto la separación como el divorcio de las personas puede declararse de dos formas:

a) por mutuo acuerdo de los cónyuges y

b) por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

Tanto la separación como el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges solo puede solicitarse después de transcurrido un año, contado desde la fecha en que se celebro el matrimonio, disposición que pretende evitar los matrimonios simulados que pudieren disolverse rápidamente.

Así como la separación y el divorcio pueden solicitarse por mutuo acuerdo de los cónyuges, también puede solicitarlo solo uno de ellos alegando cualquiera de las causales expresamente reguladas en la ley, pero en este caso solo puede solicitar la separación y el divorcio el cónyuge que no haya dado causa a el, y dentro de los 6 meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funda la demanda.

Considero que el trámite del divorcio y separación podría darse por cuatro vías:

a) Juicio ordinario de divorcio por causa determinada

b) Juicio ordinario de separación por causa determinada

c) Juicio voluntario de divorcio por mutuo acuerdo

d) Juicio voluntario de separación por mutuo acuerdo

El divorcio y la separación por causa determinada se tramitan mediante un juicio ordinario, y el trámite es el mismo para ambas figuras.

El divorcio y la separación por mutuo acuerdo, se tramitan mediante el juicio voluntario de divorcio o separación por mutuo acuerdo, el cual tiene un procedimiento especial regulado a partir del Articulo 426 al Artículo 434 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Característica interesante consiste en que si los cónyuges han sido separados en sentencia firme, esta separación constituye una de las causales expresamente reguladas para poder solicitar uno de los cónyuges el divorcio por causa determinada.

2.4. Causas para solicitar el divorcio

Las causas para solicitar el divorcio son aplicables también para solicitar judicialmente la separación legal y el cese de la unión de hecho; estas causales se

encuentran enumeradas en el Artículo 155 del Código Civil, a continuación se enumeran y se hace un breve comentario sobre cada una de ellas.

a) La infidelidad de cualquiera de los cónyuges

Siendo la monogamia el fundamento principal de la existencia del matrimonio, cualquier relación sexual de un cónyuge con un tercero, atenta contra la esencia de esta institución social. Para invocar esta causal no era necesario que existiera sentencia condenatoria por los delitos de adulterio o concubinato, cuando teles delito se encontraban tipificados en el Código Penal, basta con probar la infidelidad por cualquier otro medio. Por ejemplo para el caso de infidelidad del varón, la certificación de nacimiento en que reconozca la paternidad de un hijo de otra mujer. Esta causal presenta el inconveniente de ser muy denigrante sobre todo cuando la demandada es la esposa, muchas veces el esposo recurre a esta casual con el propósito de estigmatizar a la demandada ante la sociedad y ante los hijos.

b) Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.

En esta causal se incluyen los supuestos siguientes:

b.1. los malos tratamientos de obra, que deben interpretarse como malos tratos físicos porque según el diccionario es obra es cosa hecha o producida por un agente es decir hacer algo.

b.2. Las riñas y disputas continuas; las desavenencias entre los cónyuges son normales y hasta cierto punto útil para el mejor conocimiento como pareja, pero cuando tales riñas o disputas con continuas, afectarán la armonía familiar.

b.3. Las injurias graves y ofensas al honor; del mismo modo que la integridad físicas de cada cónyuge debe ser respetada en el matrimonio, la integridad psicológica y el honor debe también ser respetada. No es extraño escuchar de las esposas que son víctimas de maltrato, que muchas veces es más rápido recuperarse, perdonar y olvidar los golpes físicos, que las injurias y ofensas verbales.

b.4. La conducta que haga insoportable la vida en común; puede incluirse en esta causal muchas conductas que, sin estar incluidas en los supuestos anteriores hacen insoportable la vida en común, como por ejemplo la incompatibilidad de caracteres; el distinto credo religioso, la indecisión, la inestabilidad emocional, la dependencia de los padres, etcétera.

Es obligado comentar aquí, con la promulgación de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer contenida en el Decreto Legislativo 22-2008, que los supuestos contenidos en la causal de divorcio recién comentada, pueden también tipificar el delito de violencia contra la mujer.

c) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos

El licenciado Alfonso Brañas, al comentar esta causal indica "que la naturaleza de estos hechos ponen de manifiesto la inconveniencia de mantener el vínculo conyugal, pues lesionan la propia base en que descansa el matrimonio, no siendo necesario que exista sentencia condenatoria por tales hechos delictivos.[20]

d) La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.

Esta causal es de suma importancia en el problema que se trata en la presente tesis, porque como se expuso en el capítulo primero, y así lo indica el Artículo 78 del Código Civil, entre los fines del matrimonio se encuentra el ánimo de permanencia, vivir juntos y auxiliarse entre si; pero cuando ese fin no se cumple, se configura esta causal de divorcio.

[20] Brañas Alfonso. **Ob Cit.** Pág. 181

La licenciada Ileana del Rosario Acuña Ordóñez, en su tesis de grado señala que esta causal, contiene ambigüedades en su redacción, al extremo que aún en los juzgados de familia no existe uniformidad de criterio en la interpretación; pues de los datos estadísticos que analizó, determinó que el noventa por ciento de los jueces consideran que esa causal contiene más de un supuesto jurídico, mientras que el nueve por ciento de los jueces consideran que esa causal posee un solo supuesto punto posee un sólo supuesto jurídico y un uno por ciento de los jueces no posee criterio al respecto. La diversa interpretación de esa casual causa serios problemas en la práctica tribunalicia, porque algunos jueces de familia dependiendo de su criterio declaran improcedente las demandas que se plantean invocando la totalidad de la causal, considerando a éste como un sólo supuesto, pues estiman que debe invocarse uno sólo de los supuestos contenidos en ella, en tanto que otros juzgadores aceptan que el citado numeral constituye un sólo supuesto, por lo que declaran la procedencia de las demandas de divorcio promovidas con fundamento en tal causal.[21]

En su investigación la licenciada Acuña estableció entre jueces y abogados, que los criterios en la interpretación de esa causal se agrupan en las tres formas siguientes:

a) Que el numeral contiene un sólo supuesto jurídico

[21] Acuña Ordóñez, Lleana Del Rosario. **Ambigüedad legal y contradicción práctica en la interpretación de la causal de divorcio o separación denominada: Separación voluntaria de la casa conyugal por más de un año.**

Según éste criterio la separación, el abandono y la ausencia son sinónimos, por lo que el numeral debe interpretarse así: separación, abandono o ausencia voluntaria de un cónyuge, de la casa conyugal por más de un año.

b) Que el numeral contiene dos supuestos jurídicos

Según éste criterio el numeral posee los siguientes dos supuestos:

Primer supuesto: La separación o abandono voluntario de un cónyuge de la casa conyugal por más de un año. En este caso separación o abandono son sinónimos.

Ausencia inmotivada de un cónyuge por más de un año.

c) Que el numeral contiene tres supuestos jurídicos

Según éste criterio ese numeral contiene los siguientes tres supuestos:

c.1. Separación voluntaria de un cónyuge, de la casa conyugal por más de un año.

c.2. Abandono voluntario de un cónyuge, de la casa conyugal por más de un año.

c.3. Ausencia inmotivada de un cónyuge por más de un año.

La licenciada Acuña indica que éste tercer criterio es el correcto, pues en reiteradas ocasiones así lo ha afirmado la Sala de Familia.

Paso ahora analizar cada uno de los tres supuestos que de conformidad con el último criterio mencionado contiene la causal de divorcio que estamos estudiando.

a) Separación voluntaria de un cónyuge, de la casa conyugal por más de un año. Obviamente ésta separación no puede referirse a la separación legal sino a la separación de hecho, que debe entenderse como, el alejamiento, apartamiento, división, pérdida del contacto o la proximidad entre los cónyuges. Aunque según lo analizado al respecto la separación, cuando se trata de separación de hecho ésta puede subdividirse en unilateral o por mutuo acuerdo, la separación contenida en el numeral cuarto del Artículo 155 comprende separación voluntaria del hogar conyugal realizada unilateralmente por un cónyuge, conducta que faculta al otro cónyuge a demandar el divorcio, porque de conformidad con el Artículo 158 el divorcio y la separación sólo pueden solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a él.

Sin embargo, la licenciada Acuña expone que pudo establecer tanto entre jueces como entre abogados, la existencia de un criterio por el cual la expresión separación voluntaria está constituida por la decisión de ambos cónyuges de ponerle fin a la

convivencia dentro del hogar conyugal y que ésta causal es la única en la que no hay cónyuge culpable y faculta a cualquiera a interponer la demanda de divorcio; criterio que no tiene fundamento legal. La misma autora expone que al inquirir a quienes participan de ese criterio sobre el fundamento legal del mismo, señalaron que no existe.

b) Abandono voluntario de un cónyuge, de la casa conyugal por más de un año

El supuesto recién analizado resulta difícil deslindarlo del abandono de la casa conyugal, porque el concepto abandonar en términos generales es dejar, desamparar a una persona o cosa. Dejar alguna cosa emprendida ya; como una ocupación, un intento, un derecho. Más estrictamente dentro del campo jurídico existe la figura del abandono del hogar conyugal, de la cual Manuel Ossorio refiere que la mujer casada se encuentra obligada a habitar con su marido en la residencia que éste fije; si falta a tal obligación, el marido puede solicitar las medidas judiciales necesarias para el regreso de la esposa al domicilio conyugal, además del derecho de negarle alimentos, salvo cuando de la convivencia pudiera resultar en peligro para la vida de la mujer. El marido está obligado a vivir en una misma casa con su mujer y a prestar a ésta los recursos necesarios. El abandono voluntario y malicioso por parte de cualquiera de los ccónyuges de la vida en común, es causa de divorcio. Como puede apreciarse el abandono del hogar imputable únicamente a la mujer ha sido superado, siendo actualmente

obligación de ambos cohabitar la casa conyugal, pero no existen parámetros legales para diferenciar la separación voluntaria del abandono voluntario como supuestos independientes de la causal comentada. Un aspecto que considero puede servir para diferenciarlas es el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, pues puede presentarse el caso en que un cónyuge se separe voluntariamente de la casa conyugal, pero puede seguir cumpliendo con la obligación de alimentar a los hijos y con el auxilio al cónyuge, y puede también presentarse el caso en que el cónyuge no se separe pero deje de proporcionar los alimentos para la familia, aunque tal supuesto está específicamente regulado como causa de divorcio en el numeral 7 del Artículo 155 del Código Civil.

c) Ausencia inmotivada de un cónyuge por más de un año

De conformidad con el segundo párrafo del Artículo 42 del Código Civil se considera ausente la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora, por consiguiente, para invocar la ausencia como causal de divorcio no es necesaria la declaración judicial de ausencia, sino sólo debe probarse que la misma es inmotivada, que ha existido por más de un año y que se ignora el paradero del cónyuge ausente.

Como puede apreciarse y así lo señala la licenciada Acuña en la tesis citada, existe ambigüedad en la redacción de la causal comentada, pues el sentido común indica

que la separación implica ausencia, y abandono de la casa conyugal, además resulta imprecisa la expresión separación, abandono o ausencia de la casa conyugal, pues la causal de mérito debió referirse a la separación o abandono del cónyuge o sea de la persona del cónyuge, en tanto que en la forma que está redactada, parece que es más importante la casa conyugal que la persona del cónyuge o que finalmente éste es lo mismo que aquella.

d) El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo, antes del matrimonio.

Esta causal, por ser muy clara no amerita ningún comentario.

e) La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.

Dado que el bien jurídico tutelado es la preservación de los principios morales dentro del ámbito familiar, debe interpretarse que esta causal también puede imputarse a la mujer.

f) La negativa Infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente

obligado.

Ya he mencionado que uno dentro de los fines del matrimonio se encuentra el de procrear, educar, alimentar a los hijos y auxiliarse entre sí, cuando uno de los cónyuges, sin justificación alguna incumple con la asistencia y alimentación de los hijos y del cónyuge, tal conducta atenta contra la subsistencia de ellos. Es por tal razón que además que dicha conducta constituye causa de separación o divorcio, también tipifica el delito de Negación de Asistencia Económica, por el cual si después del proceso ejecutivo el obligado no hace efectivo el pago, debe certificar lo conducente al Ministerio Público para que inicie la persecución penal respectiva. Esta causa no requiere que el incumplimiento con los deberes de alimentación sea incumplida por plazo alguno.

g) La disipación de la hacienda doméstica

Disipar es desperdiciar o malgastar los recursos económicos que constituyen ya sea el patrimonio conyugal o la fuente del sostenimiento económico de la familia, y es claro que puede ser imputable a cualquiera de los cónyuges.

h) Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan

un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Actualmente el abuso de drogas es similar al alcoholismo, y de igual manera afectan el bienestar familiar

i) La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.

En éste caso la acusación calumniosa debe haber sido declarada en sentencia penal firme.

j) La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión.

No se trata de delitos cometidos por un cónyuge contra el otro, sino de delitos cometidos contra cualquier persona, y cuando se trate de condena por un delito patrimonial no importa el tiempo de la pena.

k) La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.

Si bien puede interpretarse que con esta causal se protege al otro cónyuge y a los hijos de una enfermedad contagiosa e incurable, también resulta ser injusta porque atenta contra el fin del matrimonio varias veces repetido, que es el auxilio recíproco, se considera un tanto más justo que ésta causal sea sólo para obtener la separación de personas, pero no finalice el vínculo familiar y el enfermo no se vea abandonado cuando más lo necesita.

l) La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.

Cuando la impotencia sea anterior al matrimonio, dentro de los primeros seis meses de su celebración podrá invocarse como causa de anulabilidad por cualquiera de los cónyuges si se trata de impotencia relativa; y sólo por el cónyuge sano cuando la impotencia sea absoluta. Artículos 145 inciso 2o. y Artículo 148 del Código Civil.

m) La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges, que sea suficiente par declarar la interdicción.

Cuando la enfermedad se padece en el momento de la celebración del matrimonio da lugar a la anulabilidad Artículo 145 inciso 3o. del Código Civil; debe entenderse que cuando la enfermedad sea incurable y priva de discernimiento a uno de los

cónyuges, el otro cónyuge puede pedir la declaración de divorcio o de separación. Cabe aquí también el comentario hecho en la causal contenida en el numeral 12 anterior.

n) Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

Esta causal es exclusiva para obtener el divorcio, pues en este caso la separación ya ha sido declarada judicialmente y en el caso de la unión de hecho inscrita, la separación equivale a su finalización, pues de conformidad con el Artículo 186 la separación, una vez registrada, deja libres de estado a hombre y mujer, pero sin que esto perjudique las obligaciones que ambos tienen que cumplir con respecto a los hijos, quienes conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados, no obstante cualquier estipulación de los padres.

ñ) Existe una otra causal para solicitar el divorcio, contenida en la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar. Esta ley establece en el Artículo 1, que para los efectos de la misma debe entenderse por violencia intrafamiliar, cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta, causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes

o convivientes o ex conviviente, cónyuge o ex cónyuge, o con quien se haya procreado hijos o hijas. La referida ley señala además en el Artículo 9o. se debe entender como reiteración del agresor, quien haya agredido por más de una vez a su víctima o a otro integrante del grupo familiar. Este hecho podrá ser invocado como causal de divorcio. Aunque personalmente considero que este motivo de divorcio puede estar incluido en la causal del numeral segundo del Artículo 155 del Código Civil.

2.5. Requisitos para demandar el divorcio

Para que uno de los cónyuges pueda demandar del otro, el divorcio invocando una de las causas ya enumeradas, debe cumplir con los siguientes requisitos

a) No puede demandar el divorcio el cónyuge que haya dado causa a él

En rigor, sólo el cónyuge inocente puede instar la separación o el divorcio, porque ésta supone un privilegio otorgado a su favor, y jamás en beneficio del culpable. Establece el Código Civil en su Artículo 158 que el divorcio y la separación sólo pueden solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda.

b) Demandar en el momento oportuno

Señala el Artículo 158 recién transcrito, que el divorcio y la separación solo pueden solicitarse dentro de los seis meses de conocidos los hechos que los motiven, pero tal plazo no es aplicable a todas las causales, pues en el caso de la infidelidad, si el cónyuge ofendido inmediatamente continúa la vida marital, ha consentido el hecho y por tanto ya no puede invocar esa causal aunque aún se encuentre dentro del plazo de seis meses de ocurrida la infidelidad. Tampoco ese plazo es aplicable para los supuestos de separación, abandono o ausencia involuntaria por más de un año numeral 4º del Artículo 155 porque debe esperarse el plazo que la misma causal indica, y una vez transcurrido el año tampoco se tienen sólo seis meses para presentar la demanda, porque si la separación, el abandono o la ausencia tardan más de un año, consolidan aún más la causal de divorcio; ahora bien, ésta causal sólo puede invocarse después de un año y mientras exista el hecho, porque si el cónyuge regresa a cohabitar la casa conyugal, la causa desaparece; así lo establece el último párrafo del Artículo 156 del Código Civil a indicar que la acción respectiva debe promoverse durante la ausencia o abandono del cónyuge demandado.

Del análisis de las causales para obtener la declaración judicial del divorcio o la separación concluyo que resulta difícil su declaración porque la ley exige el cumplimiento de varios requisitos para proteger el matrimonio como institución

social, llegando al extremo de incluir en el Código Civil una disposición de tipo procesal, en el segundo párrafo del Artículo 158 se establece que no puede declararse el divorcio con el simple allanamiento de la parte demandada. Asimismo, no es suficiente prueba para declarar el divorcio la confesión de la parte demandada sobre la causa que lo motiva.

Por su parte, los legisladores en la exposición de motivos del Código Civil argumentan que la confesión de la mujer, al contestar la demanda con firma legalizada muchas veces es arrancada con amenazas de quitarle a los hijos, o de no darle pensión alimenticia, y en otras ocasiones es obtenida con engaño y ella no se da cuenta de lo que firma, sino hasta que se le notifica el fallo. Contradiciendo, pues aparentemente el valor de la confesión como prueba, lo que se hace es "garantizar los derechos e intereses de la esposa y los hijos, exigiendo que la prueba se produzca durante el término respectivo."[22]

Sin embargo la explicación que resulta ser más lógica, es la expuesta por el licenciado Horacio Humberto Zuchini Paiz, en su tesis de grado; expone el autor "que en el código procesal anterior el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba en tres audiencias, una por separado en la que cada cónyuge ratificaba la voluntad de divorciarse y una tercera para la junta conciliatoria, y si se toma en cuenta

[22] Zuchini Paiz, Horacio Humberto. **Conveniencia de suprimir la causal de divorcio en nuestro ordenamiento civil.** Pág. 51

cuantos meses requiere el juzgado para señalar audiencia, se concluye que éste procedimiento era mucho más tardado que demandar el divorcio por causal determinada, pues en ese procedimiento era aplicable la norma que prescribía si el demandado estuviere de acuerdo con la demanda, el juez, previa ratificación, fallará sin más trámite" Artículo 252 del Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil.[23]

Considero que en la disolución del matrimonio debe protegerse fundamentalmente a los hijos como la parte más vulnerable luego del divorcio y que para evitar que mediante coacción, intimidación o amenaza, la parte demandada, facilite la disolución del matrimonio con su allanamiento o confesión, tales actos deben ser ratificados personalmente ante el juez.

2.6. Evolución de la regulación del divorcio en Guatemala

No obstante que el derecho guatemalteco en una apreciación general, contiene varias disposiciones anacrónicas, como por ejemplo establecer el monto de doscientos quetzales mensuales de ingreso mensual mínimo para tener la obligatoriedad de celebrar capitulaciones matrimoniales, o establecer que corresponde exclusivamente a la mujer el menaje del hogar conyugal, exceptuándose únicamente los objetos de uso personal del marido; en lo referente al

[23] **Ibíd.**

divorcio éste ha sido regulado de una forma aceptable, si lo comparo con otros países en que sólo recientemente se ha reconocido el divorcio como la plena disolución del vínculo conyugal, tal el caso de las Repúblicas de España y Chile.

En la época colonial al divorcio le eran aplicables las leyes promulgadas en España para ser aplicadas en América Leyes de Indias, es hasta el 19 de agosto de 1837 durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, que se admitió el divorcio como la forma legal de disolver el vínculo matrimonial, ya sea por mutuo acuerdo o por causa determinada, permitiendo en forma expresa que los divorciados podían celebrar entre sí un segundo matrimonio pasado un año de pronunciado el divorcio.

En tal cuerpo de ley, no se reguló la separación de cuerpos. Sin embargo, como muestra de la influencia de las ideas religiosas imperantes y determinantes en las normas sociales de aquella época, al emitirse el Código Civil en 1877 se reguló que el matrimonio es un contrato civil solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente; y en consecuencia con tal concepto, el mismo Código estableció que el divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial. Con tal normativa, se pasó de un extremo a otro, pues si anteriormente no se reconocía la separación como la forma de dispensar a los cónyuges la obligación de vivir juntos, con ésta última regulación se establecía la

separación como una única forma de suspender la vida en común, pero dejando vigente el vínculo jurídico, es decir que de divorcio sólo existía el nombre.

Otras disposiciones importantes relativas al matrimonio lo constituyeron el Decreto Gubernativo 249 que en noviembre de 1879 dispuso que sólo el matrimonio civil celebrado con las formalidades de la ley, producía efectos civiles; y el Decreto Legislativo número 19, que el 27 de abril de 1881 que establecía la obligatoriedad de celebrar el matrimonio civil previamente a la celebración del matrimonio religioso.

Es en 1894 mediante el Decreto Gubernativo 484, durante el gobierno de José María Reina Barrios, en que se emitió la Ley de Divorcio, contemplando el divorcio como la disolución total del vínculo conyugal, y la separación de los cónyuges, ya sea por mutuo consentimiento o por causa determinada, disposiciones que casi en los mismos términos se han mantenido tanto en el Código Civil de 1933, como en el actual, vigente desde el uno de julio de 1964.

CAPITULO III

3. La separación de hecho en el derecho comparado

En el presente capítulo hago una comparación sobre lo que es la separación de hecho en los diferentes países latinoamericanos.

En el capítulo anterior la separación de hecho consiste en que los cónyuges cesan la vida en común, ya sea por voluntad de uno solo de ellos o de común acuerdo, sin que exista declaración judicial sobre tal separación. Conviene ahora exponer el tratamiento que se le da en otras legislaciones a la separación de hecho como casual de divorcio; también se aprovechará para apreciar algunas regulaciones muy peculiares que se presentan en otros países al legislar lo relativo al divorcio.

3.1. Código Civil de Estado de Veracruz de la República de México

Los Estados Unidos Mexicanos tienen algunos Códigos que son aplicables a un solo Estado, y el Código Civil vigente en el Estado de Veracruz,[24] contiene algunas peculiaridades que por innovadoras merecen su exposición en el presente capítulo.

[24] García Sánchez, Benito. **El Matrimonio.** http://WWW.universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/García%20Benito-El% 20Matrimonio.htm

Una de éstas peculiaridades es la existencia del Divorcio Administrativo el cual consiste en obtener el divorcio y consiguientemente el estado de libertad, únicamente mediante la comparecencia de los cónyuges ante el Registrador Civil de donde se encuentre inscrito el matrimonio. Para solicitar este divorcio administrativo, los cónyuges deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser civilmente capaces

b) No tener hijos.

c) Haber liquidado el patrimonio conyugal o haber contraído el matrimonio bajo régimen de separación absoluta de bienes.

d) Estar ambos de acuerdo en obtener el divorcio.

El procedimiento se desarrolla mediante la comparecencia en forma escrita de ambos cónyuges ante el Registrador Civil del lugar en que se encuentre inscrito el matrimonio; deben acreditar la existencia del matrimonio; su capacidad civil y solicitan el divorcio. El Registrador Civil dentro de los quince días siguientes, los convocará a una audiencia en la que ratificarán su solicitud; acto seguido en la misma acta de audiencia los declarará divorciados, y hará la anotación correspondiente en la partida del matrimonio disuelto.

Este divorcio deviene en nulo, y consiguientemente no surte efectos, si posteriormente se comprueba que no se cumplió con cualquiera de los tres primeros requisitos mencionados.

El mencionado Código contiene entre los motivos para demandar el divorcio, algunas causales que se refieren a la separación de hecho que a continuación se enumeran:

a) La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada. En este supuesto el cónyuge que se separa lo hace sin ninguna causa justificada y transcurridos seis meses corresponde la acción para solicitar el divorcio al cónyuge que permanece en la casa conyugal. La diferencia con el Código Civil guatemalteco, en que contiene un solo supuesto que es la separación sin causa justificada; y en el plazo más breve de seis meses ver el número cuarto del Artículo 155 del Código Civil.

b) La separación del hogar conyugal originada por una causal justificada en el código civil para solicitar el divorcio, si esta se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

En este supuesto el cónyuge que se separa del hogar conyugal, lo hace por una

causa que es suficiente para que pueda demandar el divorcio, sin embargo transcurre más de un año sin hacerlo y sin volver al hogar conyugal, por tanto la acción para demandar el divorcio le corresponde al cónyuge que ha permanecido en el hogar conyugal.

c) La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

Ésta causal no necesita ninguna aclaración y es de trascendental importancia en la presente investigación, porque en una forma por demás sencilla de la propuesta contenida en esta tesis. A continuación analizo los aspectos positivos de su regulación:

a) No tienen ninguna importancia los motivos que haya originado la separación de hecho; el divorcio tiene como fundamento suficiente el cese de la vida en común.

b) La separación de hecho debe haber existido por el plazo mínimo por dos años. Tiempo que se estima razonable.

c) Otorga a ambos cónyuges el derecho a demandar el divorcio. Esto elimina la limitación contenida en el Artículo 158 del Código Civil guatemalteco el cual establece que el divorcio y la separación sólo pueden solicitarse por el cónyuge

que no haya dado causa a él.

3.2. En la República de Chile[25]

Hasta hace pocos años, Chile era el único país en el mundo que en su legislación no admitía el divorcio. Desde una perspectiva histórica, mientras subsistió el reino de Chile, la regulación jurídica del matrimonio se encontraba sometida a las disposiciones del derecho canónico y del derecho civil de la Corona Española. La primera ley Chilena relativa al matrimonio civil fue promulgación apenas en 1884; ley que influenciada por el catolicismo de la época tampoco incluyó el divorcio.

La promulgación del 17 de mayo de 2004 se produjo un hecho jurídicamente histórico, de la Ley Nº 19.947 misma que por su novedad fue denominada "ley de divorcio."[26]

Cuando se discutía esta ley en la Cámara Legislativa la corriente antidivorcista presentó la propuesta que al momento de casarse los contrayentes pudieran elegir entre un matrimonio con disolución del vínculo o sin él, argumentando que una sociedad libertaria no puede obligar a quienes se casan a hacerlo bajo un régimen

[25] **Reformas al Código Civil de Chile.** http://WWW.copesa.cl/asos/Divorcio/Divorcio005.html#uno
[26] Pincheira Barrios, Marcos. **Influjo del derecho canónico en la Ley de Matrimonio Civil. http://www.duda legal.cl/influjo- derecho-canonico-matrimonio-civil.html 17-12-2010**

que los obliga a ejercer una acción que no desean, como es la de divorciarse vincular mente. A su vez, quienes se oponían señalaban que nadie se casa pensando que más adelante se va a divorciar y que la indicación sólo tenía por objetivo evitar que se diera la señal clara de que el país desea una ley de divorcio, además que una disposición de este tipo sólo serviría para que la iglesia católica presionara a las personas que desearan tener un matrimonio religioso a casarse sin disolución de vínculo.

a) Al ser aprobada la ley que permite el divorcio, las causales que se refieren a la separación se regularon de la siguiente manera:

b) Cuando la separación haya sido declarada judicialmente, será causal de divorcio después que hayan transcurrido más de dos años seguidos.

Noté que en este caso, ya ha transcurrido todo el tiempo que haya sido necesario en el proceso para la declaración de separación judicial; después de esa declaración debe esperarse dos años para promover la demanda de divorcio, cuyo juicio nuevamente llevará un tiempo adicional, por esas razones considero que el referido plazo de dos años es muy prolongado. En este sentido es más beneficiosa la ley guatemalteca, pues la separación judicial puede sustentar la demanda de divorcio, seis meses después de haber sido declarada.

Cuando la separación sea de hecho será causal de divorcio cuando haya transcurridos más de tres años continuos.

Esta causal tiene el beneficio de hacer expresa mención de la separación de hecho como causal de divorcio, la cual deberán probar los interesados para que sea declarado el divorcio. Considero que el plazo de tres años, es inapropiado por ser demasiado prolongado, además a ese plazo habrá que agregar el tiempo que lleve el trámite de divorcio para que los cónyuges queden en estado de libertad.

d) Cuando haya cese efectivo de la convivencia, por más de cinco años

Esta causal resulta un tanto confusa con relación a las causales anteriores, porque no diferencia el cese efectivo de la convivencia con la separación de hecho ni con la separación judicial.

Una peculiaridad presentada en Chile fue la retroactividad de la ley, disponiendo que quienes se casaron antes de aprobada la ley que permite el divorcio, pueden acogerse a ella para divorciarse vincularmente. Esta retroactividad es beneficiosa porque permite la solución de conflictos familiares que de otra manera no tendrían solución.

3.3 En la República de Uruguay[27]

En 1998, se introdujeron varias reformas al Código Civil de la República de Uruguay, entre ellas se modificaron algunas causales de divorcio de la forma siguiente:

Artículo 148. La separación de cuerpos sólo puede tener lugar: ...

8º. Por abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años.

Este supuesto difiere al contenido en el Código Civil guatemalteco, únicamente en el tiempo pues en el caso de Guatemala el plazo del abandono voluntario debe haber existido por más de un año, correspondiéndole la acción para demandar el divorcio al inculpable, es decir al cónyuge que permanece en el hogar conyugal.

9º. Por la separación de hecho ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.

[27] **Reformas al Código Civil de Uruguay.** http://WWW.parlamento.gub.uy/leyes/ley14766.html

En este no se indica en forma expresa si la acción para demandar el divorcio corresponde a ambos cónyuges, lo que puede dar lugar a interpretar que cualquier cónyuge se separe de hecho por su voluntad, se mantenga así por tres años y luego demande el divorcio, esto no es adecuado, la potestad a demandar sería un premio a su conducta irresponsable.

Artículo 187. El divorcio sólo puede pedirse:

1º. Por las causas enumeradas en el Artículo 148 de éste Código;

2º. Por mutuo consentimiento de los cónyuges y

3º. Por la sola voluntad de la mujer.

Esta causal merece atención especial, pues constituye una de las peculiaridades que presentan las distintas legislaciones en materia de divorcio. En éste caso, la solicitante debe comparecer personalmente ante el juez de su domicilio, exponiendo su deseo de disolver el matrimonio. El juez redactará acta de la solicitud y en la misma fijará audiencia para que comparezcan ambos cónyuges. En la audiencia se intentará la conciliación y se resolverá la situación de los hijos si los hubiere, se fijará la pensión

alimenticia que el marido debe suministrar a la mujer y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes. Si el marido no compareciere el juez resolverá provisionalmente sólo con las explicaciones de la compareciente, fijando una nueva audiencia dentro del plazo de seis meses para que comparezcan ambos cónyuges, si no compareciere el marido y la mujer ratificare su deseo de divorciarse el juez nuevamente redactará acta y fijará una nueva audiencia con un plazo de un año para que comparezca el marido. En esta tercera audiencia el juez intentará la conciliación y si la misma no es posible o el esposo no se presentare, el juez decretará el divorcio. La inasistencia de la mujer a cualquiera de las audiencias se tendrá por desistimiento. El divorcio por la sola voluntad de la mujer puede pedirse si han transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

3.4. En la República de Argentina

El Código Civil argentino en su Artículo 204 dispone que pueda decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando estos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años.

Esta norma regula la separación de hecho acordada voluntariamente por ambos cónyuges, que es interés en la propuesta de tesis, sin embargo, la deficiencia del Artículo del Código Civil Argentino, radica en que ésta forma de separación de hecho

por mutuo acuerdo, sólo es válida para demandar la separación judicial y no el divorcio, como disolución total del vínculo jurídico matrimonial.

3.5 En la República de Perú

En el año 2001 se reformaron varios Artículo del Código Civil del Perú mediante la Ley número 27495 llamada: Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio.

Las disposiciones más importantes de esa reforma son las siguientes:

Se modifica el Artículo 333 del Código Civil en los términos siguientes: Son causas de separación de cuerpos: ...

5º. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

Puede apreciarse que no es necesario que la separación sea continua.

6º. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Esta causal es muy amplia, su interpretación requiere estudiar la exposición de motivos de la ley.

7º. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuvieran hijos menores de edad.

Ha de notarse que no es necesario establecer el motivo de la separación de hecho, sino que la misma ha existido por dos años en forma ininterrumpida.

8º. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Esta separación convencional se refiere a la separación declarada judicialmente y realizada por mutuo acuerdo de los cónyuges, diferenciándose de la regulada en Guatemala, en que puede solicitarse solamente dos años después de la celebración de matrimonio.

Artículo 345 "A" Indemnización en caso de perjuicio

Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la

de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

De esta norma se desprenden dos aspectos relevantes: a) que independientemente de la separación de hecho, se ha establecido las obligaciones alimenticias a que hubiere lugar y b) que el mismo cónyuge culpable de la separación de hecho puede presentar la demanda de divorcio.

Artículo 349 Causales de divorcio

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.Es decir que las mismas causales de la separación legal, son causales para el divorcio.

Artículo 354 Plazo de conversión

Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Esto equivale a lo regulado en Guatemala, en que seis meses después de declarada la separación judicial, es causa para pedir la declaración de divorcio, por cualquiera de los cónyuges.

Disposiciones transitorias

Primera: La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; Esta retroactividad de la ley conlleva un beneficio a aquellos matrimonios que ya han vivido separados de hecho por más de dos años.

Tercera: Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

3.6. En la República de Colombia

El 17 de diciembre de 1992, el Congreso de la República de Colombia aprobó la ley número 25-1992 que contiene reformas al Código Civil; entre tales reformas se modificó el Artículo 154 que regula las causales de divorcio. A continuación transcribimos

únicamente la causal que contiene la causal relativa a la separación de hecho, que es la que interesa al tema que nos ocupa.

Artículo 154 Son causales de divorcio:

Numeral 8º La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.

La redacción de esta causal aparenta tener muchas bondades, pues facilita la obtención del divorcio por cualquiera de los cónyuges, quien debe limitarse a probar que la vida en común haya cesado por el plazo de dos años, no importando si la separación haya sido judicial o de hecho.

Por el contrario la reforma introducida en el Código Civil Colombiano, da lugar a que simplemente cualquiera de los cónyuges abandone el hogar, separándose de hecho, espere a que transcurran dos años, luego demande y obtenga la sentencia de divorcio.

Esa posibilidad dio lugar a que ante la Corte Constitucional Colombiana, fuera presentada la inconstitucionalidad de dicho Artículo, en la frase o de hecho,

inconstitucionalidad resuelta mediante el proceso 1495/00, en sentencia de fecha dos de noviembre de dos mil.

Los argumentos que fundamentaron la inconstitucionalidad son los siguientes:

a) La legislación colombiana le da al matrimonio la naturaliza jurídica de un contrato, su celebración impone obligaciones a los cónyuges, entre las que se encuentra la convivencia común y ayuda recíproca.

b) Cuando el divorcio es por causa contenciosa, equivale a una sanción. El divorcio sanción es contencioso, porque para acceder a la disolución del vínculo el actor debe probar que el demandado incurrió en la causal prevista en la ley y éste, como sujeto pasivo de la contienda, puede entrar a demostrar, con la plenitud de las formas procesales, que no incurrió en los hechos atribuidos o que no fue, el gestor de la conducta. En este caso el juez debe entrar a valorar lo probado y resolver si absuelve al demandado o si decreta la disolución, porque quien persigue una sanción, no puede obtenerla si no logra demostrar que el otro se hizo acreedor a ella.

c) Si la separación de hecho se entiende como interrupción de la vida conyugal, sin que se distingan modalidades ni responsabilidades; por tanto, afirma que es lo mismo,

para efectos de la disposición controvertida, que la interrupción de la vida conyugal se genere por acuerdo de los cónyuges, por la decisión unilateral de quien abandona el hogar conyugal o porque alguno de los consortes resuelve impedir la convivencia. También encuentra equivalente que la interrupción de la vida en común se origine en la imposibilidad física de convivir, como en los casos de secuestro, hospitalización, detención o residencia en otro lugar por razones de estudio o trabajo, de uno de los cónyuges.

d) El Artículo 2 de la Constitución de Colombia prescribe: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” Con la causal de divorcio ya transcrita se desconoce el 2º Artículo Constitucional, porque no se puede garantizar un orden justo cuando las autoridades autorizan a quien impidió la convivencia

instaurar la acción de divorcio, porque se protege al cónyuge incumplido y se desampara al consorte inocente, sin reparar en quién es la víctima y sin tener en cuenta que el culpable es el que se beneficia de la situación que el mismo provocó. De nada le sirve al cónyuge inocente demandar en reconvención, porque de todas maneras se declara el divorcio castigando injustamente a quien no dio lugar a los hechos y premiando al que incumplió sus obligaciones, sin entrar a considerar las pretensiones del demandado.

e) El Artículo 4 de la Constitución de Colombia indica “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.” La expresión demandada desconoce éste Artículo por cuanto que es deber de los nacionales y extranjeros residentes en Colombia acatar las leyes y, la disposición controvertida autoriza el desconocimiento de los Artículos 113 y 178 del código Civil colombiano que respectivamente indican “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” y que “salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro.”

Pero con la causal objetada, la convivencia de los cónyuges dejó de ser una obligación y el ser recibido en la casa del otro ya no es un derecho, en razón de que el consorte que no quiere convivir simplemente abandona el hogar conyugal o se rehúsa a recibir en el suyo a su cónyuge, sin que en su decisión incida el deseo conjunto de convivir o separarse, habida cuenta de que la norma comentada somete la convivencia a la potestad de cualquiera de ellos.

f) El Artículo 6º de la Constitución de Colombia establece: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” la expresión o de hecho impugnada de inconstitucional quebranta el citado Artículo 6° porque los particulares que infringen las leyes deben ser responsabilizados de su conducta y al permitirse el divorcio por el solo hecho de la separación, no solo se derogó la obligación de los esposos de vivir juntos, sino que se exoneró de responsabilidad al que abandonó el hogar conyugal o ha impedido la convivencia.

g) Por su parte el Artículo 29 de la Constitución colombiana señala que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante

juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. A este respecto la expresión o de hecho, quebranta el artículo 29 transcrito, porque basta que la separación de hecho hubiere perdurado por más de dos años para que el divorcio se decrete, sin que para el efecto importe la defensa esgrimida por el demandado. Que por lo anterior carecen de importancia el ejercicio del derecho de defensa de éste así pueda justificar su ausencia del hogar, por razones de salud, secuestro, pena privativa de la libertad, trabajo o estudio, porque la causal no admite modalidades, no considera imputaciones, ni permite establecer responsabilidades.

Que probada la interrupción de la vida en común durante dos años, el juez tiene que declarar el divorcio, sin que para el efecto interese lo que ha alegado el cónyuge

demandado, bien podría afirmarse que se trata de una contención sin opositor, porque no se puede afirmar que se reconoce el derecho de defensa de quien comparece, cuando su intervención no se tiene en cuenta.

h) Finalmente el Artículo Constitucional 42 prescribe que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán

efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

La expresión en estudio quebranta el citado Artículo porque, de conformidad con esta norma, “la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. Y que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto reciproco entre todos sus integrantes”; empero, conceptúa que la disposición demandada permite la terminación del matrimonio por la voluntad de uno de los cónyuges, autoriza a cada uno de los esposos para resolver qué obligaciones cumple y cuáles desconoce y confiere, a quien infringió la obligación de convivencia, la posibilidad de invocar, en compensación a su incumplimiento, la disolución del vínculo.

Además arguye que la norma demandada ha derogado implícitamente todas las demás causales de divorcio consagradas en la ley, puesto que con justa causa o sin ella, lo más sencillo es abandonar el hogar conyugal. Al cabo de dos años instaurar el proceso

de divorcio, el cual necesariamente, va a ser decretado y así se evitan problemas probatorios y situaciones engorrosas.

Es necesario comentar que el interponente en esta acción de inconstitucionalidad, expresamente solicitó que de no prosperar la pretensión de inconstitucionalidad, se mantenga la disposición acusada en el ordenamiento, empero que se condicione su constitucionalidad a que la expresión separación de hecho se entienda como interrupción de la vida conyugal por conformidad de las partes, sin que medie instancia judicial, siendo inexequible cualquiera otra interpretación.

En esta solicitud, me permito hacer tres observaciones: En primer lugar considero que con tal solicitud, el actor desvirtúa todos los argumentos jurídicos de su demanda, parece que ni el mismo, está convencido que la inconstitucionalidad exista. En segundo lugar pedir que la Corte Constitucional condicione la forma en que debe interpretarse la expresión o de hecho está fuera del lugar, porque la corte debe declarar que la expresión no contraviene la Constitución o, en caso contrario, declararla inconstitucional y expulsarla del ordenamiento jurídico, porque la interpretación auténtica de una norma corresponde al mismo legislador. En tercer lugar, pretender que la expresión separación de hecho se entienda como interrupción de la vida conyugal por conformidad de las partes, sin que medie instancia judicial, siendo inexequible

cualquiera otra interpretación está fuera de la realidad pues la separación de hecho puede ser tanto por mutuo acuerdo de ambos cónyuges o bien por el abandono unilateral de uno de ellos.

Dentro del proceso de Inconstitucionalidad estoy analizando, el representante del el Ministerio de Justicia y del Derecho expuso los siguientes argumentos:

a) El demandante tiene una concepción equivocada de lo que es el matrimonio en la Constitución Política, porque pretende que la ley imponga la convivencia, desconociendo que el vínculo matrimonial se forja por la decisión libre de la pareja y que esta libertad incluye la permanencia. Estima que si uno de los objetivos del matrimonio es la formación de la familia y que si ésta es considerada núcleo fundamental de la sociedad, debe ser objeto de la mayor atención, protección y cuidado por parte del Estado. Al respecto refiere que en la Asamblea Nacional Constituyente se hizo especial énfasis en la necesidad de mantener la armonía y la unidad familiar, como fundamento de la convivencia social y que esta necesidad ha sido reiterada por la Corte Constitucional en numerosas decisiones. En consecuencia afirma que el Estado puede interferir en el núcleo familiar, en aras de su protección integral y que esto es lo que hace cuando determina las causales de divorcio.

b) Considero que la causal controvertida debe mantenerse en el ordenamiento, porque de no existir se impediría a los cónyuges rehacer su vida conformando un nuevo hogar, distribuir sus bienes y decidir con respecto de la custodia de los hijos. La anterior afirmación la fundamenta en que, según apreciación de varios tratadistas colombianos, se trata de la causal de mayor invocación en las demandas de divorcio que se presentan actualmente en Colombia.

c) Cuando hay una separación de cuerpos de hecho, la relación matrimonial se rompe de facto, y no hay porqué forzar el mantenimiento de un vínculo jurídico materialmente inexistente, ya que dos años son suficientes para continuar esperando el restablecimiento de la unidad de los casados. El término de dos años, elegido para declarar el divorcio cuando se ha interrumpido la vida en común, demuestra la preocupación del Estado por la familia; no se puede imponer al cónyuge, contra su voluntad, el mantenimiento del vínculo matrimonial. De imponerse la convivencia no se conseguiría mantener la unión marital, empero se sacrificaría la armonía y la paz contrariando la obligación que la Constitución Política impone, en este sentido, al Estado.

d) No se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, porque no es posible hacer cambiar el fuero interno de una persona y mucho menos a través de un proceso

judicial que es lo que indica el demandante.

Dentro del proceso de inconstitucionalidad El Procurador General de la Nación, en su pronunciamiento solicitó que se declare la constitucionalidad de la expresión en controversia, con fundamento en los siguientes argumentos:

a) Inicialmente diferencia la separación de hecho como causal de divorcio, la separación de cuerpos y la separación de bienes afirmando: Ley 25/92 autorizó la cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico. El numeral 8° del artículo 154, dispuso que la separación de cuerpos judicialmente declarada, al igual que la separación de hecho, que hubiese perdurado por más de dos años, podían invocarse como causales, tanto para que se declare la disolución del matrimonio, como para que se autorice la separación definitiva de cuerpos.

b) Las posibilidades anteriores atienden los fines del matrimonio y la obligación de habitar y convivir que contraen los cónyuges, de tal suerte que si se incumple el deber de convivencia, durante el término previsto en la ley, cualquiera de los cónyuges puede instaurar una acción de divorcio, de cesación de efectos civiles, de separación de bienes o de cuerpos.

c) La separación de hecho, como causal de divorcio, fue introducida por la Ley 25 de 1992, porque, cuando una relación conyugal se rompe y ese rompimiento se manifiesta por varios años, no hay razón para forzar al mantenimiento de un vínculo materialmente inexistente. Además, la separación de hecho es la más numerosa en la realidad colombiana, sobre todo en los sectores medio y bajo y se hace necesario proveer legalmente a estos casos."

d) No se viola el Artículo 42 Constitucional, porque cuando la separación de hecho haya perdurado por más de dos años, es dable que cualquiera de los cónyuges demande la disolución del vínculo conyugal porque la realidad indica que cuando una pareja suspende la convivencia, por acuerdo mutuo o decisión de uno de los cónyuges, es porque no ha sido posible armonizarla. La separación de hecho lo que busca es mitigar la violencia que afecta la armonía y la unidad de la familia.

e) La disposición demandada establece una causal objetiva para invocar el divorcio, puesto que solo se requiere demostrar, por cualquier medio probatorio, que los cónyuges no han convivido durante el término previsto en la ley, sin que el demandante deba explicar los motivos que lo impulsaron a tomar la decisión.

Establecer una causal de esta clase no desconoce el derecho al debido proceso porque el cónyuge demandado puede oponerse a las pretensiones, e inclusive contrademandar.

En el proceso de inconstitucionalidad que se analiza, se escuchó a la ciudadana Julieta Urrego Caro quien interviene para coadyuvar la solicitud del actor. Si bien sus argumentaciones no son jurídicas, tienen como fundamento, la experiencia, la valoración de hechos y realidades de la práctica social.

Para el efecto que en un altísimo porcentaje, por no decir en la totalidad de los casos, quien decide abandonar el hogar conyugal es aquel de los esposos que prevalido de una capacidad económica, profesional y, por qué no decirlo, física, decide en un momento determinado y después de mucho años que su cónyuge no es la persona indicada para compartir su vida, olvidando de un solo tajo la dedicación, luchas y sacrificios de su otro compañero. Debo manifestar que casi siempre, quien decide abandonar el hogar, es el hombre. … El causante de la separación de hecho justifica la instauración de la acción de divorcio en el derecho que le asiste a rehacer su vida, sin que le importen las vidas que con su comportamiento ha destruido. … la separación de hecho que ha perdurado por más de dos años, que no es separación sino un vulgar abandono, al considerar que otra persona es más joven, más bonita, mejor preparada

que aquella otra persona que le dedicó su juventud, su belleza, y que en la mayoría de los casos sacrificó su profesión o las posibilidades de un estudio o trabajo por dedicar su tiempo a unos hijos y a un esposo, y para ayudar a este para que llegue al lugar en el cual se encuentra. No se debe olvidar el reconocido refrán popular que expresa que detrás de un gran hombre siempre hay una gran mujer

Se detiene en el trámite que se le debe dar a la demanda de divorcio, cuando se alega la causal en estudio y, en especial, a la situación de la parte demandada, para afirmar que se la trata como un delincuente, como si hubiera cometido alguna falta, puesto que se le da un término perentorio de presentación so pena de hacerse acreedora a las sanciones legales no se le permite hablar, ni alegar nada en su favor, pues con el dicho de que dura es la ley, pero es la ley, abogados, jueces y magistrados proceden sin fórmula de juicio a manifestar que no importan los derechos del inocente, que la ley establece que después de dos años de que uno de los dos haya abandonado el hogar conyugal, el que abandona tiene derecho a que se le conceda el divorcio, y que el otro, el cumplido, quien por quince, veinte o más años ha sido cumplido, quien aún frente al abandono sigue siendo una persona fiel, honesta y dedicada a su hogar, que ha perdonado el abandono de que ha sido objeto, no tiene derecho a nada, ni siquiera a defenderse.

Concepto que le asiste razón al actor al afirmar que, en un proceso de divorcio en el que la causal es la separación de hecho por más de dos años, se desconoce el derecho de defensa del cónyuge inocente, porque se lo cita al proceso para informarle no para ser oído, porque respecto a la solicitud del demandante solo se le permite tener resignación. Sometimiento que considera violatorio del artículo 29 de la Constitución Política que obliga a las autoridades judiciales y administrativas a respetar el derecho de defensa en todas sus actuaciones.

Me pregunto, por qué en este caso el Estado no actúa en defensa de quien cumple sus obligaciones, como si lo hace en otros contratos de menor importancia. Arguye que quien contrae matrimonio sometiendo a término o a condición la convivencia no debe celebrar el contrato matrimonial, porque el matrimonio que protege el artículo 42 de la Constitución Política, como una de las formas de constitución de la familia, genera obligaciones y confiere derechos que deben ser necesariamente cumplidos por los contratantes, como en cualquier contrato; por ello considera que como las modalidades contractuales son ajenas al contrato matrimonial, quien pretende imponerlas debe optar por conformar una familia natural, posibilidad reconocida en la Constitución Política que exime a la pareja del cumplimiento de formalidades y requisitos pero le permite conformar una familia.

Empero, afirma que si una pareja decide contraer matrimonio, contrato que como ya se dijo es reconocido por nuestra constitución, debe respetar y someterse a toda la reglamentación que la ley establece para dicho contrato y el estado de derecho debe proteger a aquel de los esposos que cumple con sus obligaciones y no como ahora, con la norma demandada que protege es a quien incumple con ellas.

Para concluir sostiene que la norma demandada debe retirarse del ordenamiento por permitir que el contrato matrimonial se termine por la decisión unilateral de uno de los cónyuges, porque esta decisión por ninguna razón puede ser atribuida a uno sólo de los consortes. Por esto y en razón a que a mi juicio la situación del cónyuge inocente no cuenta para nada en el proceso de divorcio que se permite instaurar cuando media la separación de hecho por más de dos años.

A este respecto comparto el criterio que no resulta lógico que el cónyuge que ha provocado la separación de hecho, invoque como causal de divorcio, la separación que el mismo ha causado, y con aún así se acoja su pretensión y se disuelva el vínculo, porque si su abandono era justificado, esos hechos que motivaron su separación eran los que debía invocar para obtener el divorcio.

Pero por otra parte, tampoco resulta lógico que si uno de los cónyuges ya no desea vivir junto a su cónyuge, y por eso se ha separado por más de dos años, el otro cónyuge este casado con un vínculo que solo existe en papel. Considero que aunque no es perfecta, hace bien la legislación colombiana con fundamento en la causal que analizo, declarar el divorcio, pero eso sí, considero que deben existir sanciones o responsabilidades para el cónyuge que se ha separado y funda la demanda en esa separación que él ha consumado. Las responsabilidades deben ser de compensación para el cónyuge que ha permanecido en el hogar, ya sea mediante, la adjudicación de bienes que formen el patrimonio conyugal así como en las pensiones alimenticias que procedan.

En la sentencia la Corte Constitucional resolvió de la siguiente forma:

Corresponde a la Corte determinar si le asiste razón al actor al pretender que se declare inconstitucional la expresión o de hecho, contenida en el numeral 8° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992 que reformó el artículo 154 del Código Civil, porque, a su decir, si se autoriza el ejercicio de la acción de divorcio al cónyuge culpable de la separación de hecho se quebrantan los artículos 2°, 4°, 6° y 42 de la Constitución Política. También debo analizar si resulta acorde con dicho ordenamiento declarar la disolución del

matrimonio, haciendo caso omiso de la defensa manejada por el demandado, porque el actor aduce que esta actuación, vulnera el artículo 29 de la Constitución Política.

Por consiguiente se debe estudiar si quebranta el ordenamiento constitucional decretar el divorcio, sin entrar en consideraciones subjetivas, cuando medie la interrupción de la vida en común por más de dos años, porque para el actor y la ciudadana coadyuvante conceder la acción de divorcio al cónyuge culpable, contraría un orden justo, faculta a los cónyuges para incumplir el deber de convivencia, sanciona al inocente, permite que un contrato bilateral se termine por la decisión de uno de los contratantes y desconoce el derecho al debido proceso, por cuanto el juez debe disolver el matrimonio sin que las razones de la defensa incidan en la decisión. Posibilidad de elegir una causal objetiva o subjetiva para invocar la disolución del vínculo matrimonial.

La Corte debe establecer si la expresión controvertida consagra una causal objetiva y, de ser así, analizar si prescindir del concepto de culpa, que el ordenamiento civil aplica siempre que se trata de establecer un incumplimiento contractual, para la declaración del divorcio, quebranta el ordenamiento constitucional, porque, al decir del actor y de la ciudadana interviniente, se desconoce la importancia que la Constitución Política le impone al matrimonio, como vínculo de la familia jurídica, al facultar al cónyuge culpable para demandar la disolución del vínculo. Maneja que el incumplimiento de la obligación

de convivir, impuesta a los cónyuges en la ley civil, no puede ser de menor entidad que dejar de cumplir las prestaciones propias de los contratos bilaterales Art. 1546 del Código Civil.-

Al respecto cabe afirmar que, acorde con el ordenamiento civil, el matrimonio es un contrato en virtud del cual" un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente"- artículo 113 Código Civil- y que de conformidad con la Constitución Política es el vínculo que da origen a la familia jurídica -Inc. 1° artículo 42 -, de tal suerte que el matrimonio es la única fuente obligacional que permite que los derechos y las obligaciones generadas recaigan sobre la persona misma de los contratantes, circunstancia que, de por sí, justifica plenamente que la ley separe los efectos de la interrupción de la vida en común de las consecuencias que le siguen al incumplimiento de las obligaciones pactadas en contratos de contenido patrimonial.

Aunque el matrimonio es un contrato, porque resulta esencial el consentimiento de los contratantes para su conformación, el incumplimiento de la obligación personalísima de entrega mutua, definitiva, personal y exclusiva, que los cónyuges hacen de sí mismos, no puede estar sujeta a la coacción de los operadores jurídicos como lo está el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Lo anterior en cuanto respecta al cumplimiento de la obligación de convivir surge el deber ineludible del

Estado de respetar la dignidad humana de la pareja, circunstancia que excluye la posibilidad de intervenir para imponer la convivencia, así existe vínculo matrimonial y tengan los cónyuges la obligación y el derecho a la entrega recíproca, incondicional y permanente, porque el matrimonio es la unión de dos seres en procura de su propia realización, no el simple cumplimiento de un compromiso legal, de tal suerte que, el Estado con el pretexto, loable por cierto, de conservar el vínculo matrimonial no puede irrespetar la dignidad de los integrantes de la familia, sean culpables o inocentes, coaccionando una convivencia que no es querida -artículos constitucionales 1, 2, 5 y 42.

Ahora bien, si no es posible coaccionar la convivencia, aunque no se discute que quienes contraen matrimonio adquieren la obligación de convivir, tampoco es dable mantener el vínculo en una clara transgresión y ambos, o uno de los cónyuges, así lo pide, de tal suerte que los ordenamientos han previsto causales subjetivas y objetivas, que permiten a los cónyuges acceder a la disolución extrínseca del vínculo cuando, como interpretes del rompimiento de la vida en común, consideren que su restablecimiento resulta imposible.

Las causales subjetivas conducen al llamado divorcio sanción porque el cónyuge inocente invoca la disolución del matrimonio como un castigo para el consorte culpable,

mientras que las causales objetivas llevan al divorcio como mejor remedio para las situaciones vividas.

El divorcio sanción es contencioso, porque para acceder a la disolución del vínculo el actor debe probar que el demandado incurrió en la causal prevista en la ley y éste, como sujeto pasivo de la contienda, puede entrar a demostrar, con la plenitud de las formas procesales, que no incurrió en los hechos atribuidos o que no fue el gestor de la conducta. En este caso el juez debe entrar a valorar lo probado y resolver si absuelve al demandado o si decreta la disolución, porque quien persigue una sanción, no puede obtenerla si no logra demostrar que el otro se hizo acreedor a ella.

Por el contrario, las causales objetivas pueden invocarse conjunta o separadamente por los cónyuges sin que el juez esté autorizado para valorar las conductas, porque éstos no solicitan una sanción sino decretar el divorcio para remedir su situación. En este caso la ley respeta el deseo de uno de los cónyuges, o de ambos, de evitar el desgaste emocional y las repercusiones respecto de los hijos, que implican, tanto para el demandante como para el demandado, la declaración de la culpabilidad del otro y el reconocimiento de la inocencia propia.

En consecuencia, la expresión en estudio en cuanto permite a uno de los cónyuges invocar la interrupción de la vida conyugal, por más de dos años, para obtener una sentencia de divorcio, no contraría sino que desarrolla debidamente la Constitución Política, porque los cónyuges que no logran convivir demuestran por este solo hecho el rompimiento del vínculo matrimonial y, si además eligen una causal objetiva para acceder al divorcio, están negando al Estado, estando en el derecho de hacerlo, una intervención innecesaria en su intimidad. De tal manera que al parecer de la Corte le asiste razón a la Vista Fiscal y al representante del Ministerio de Justicia cuando reclaman la constitucionalidad de la expresión controvertida, porque el artículo 15 de la Constitución consagra como derecho fundamental el impedir la intervención de terceros en los asuntos propios y el artículo 42 del mismo ordenamiento reclama del Estado su intervención para mantener y restablecer la unidad y armonía de la familia. Y, no se logra estabilidad manteniendo obligatoriamente unidos a quienes no lo desean.

Elegir una causal objetiva no obliga al otro a renunciar de los efectos patrimoniales propios de la disolución del vínculo matrimonial. Como la convivencia de la pareja que se une en vínculo matrimonial, no puede ser coaccionada -como dije- resulta constitucional que probada la interrupción de la vida en común se declare el divorcio, así el demandado se oponga, porque su condición de cónyuge inocente no le otorga el derecho a disponer de la vida del otro -artículo 5 de la Constitución. De tal manera que

cuando uno de los cónyuges demuestra la interrupción de la vida en común procede la declaración de divorcio porque un vínculo que objetivamente ha demostrado su inviabilidad, no puede, invocando el artículo 42 de la Constitución, mantenerse vigente debido a que es precisamente esta disposición la que promueve el respeto, la unidad y armonía de la familia y estas condiciones solo se presentan cuando a la pareja la une el vínculo estable de afecto mutuo.

Empero, el hecho de que uno de los cónyuges, en ejercicio de su derecho a la intimidad, invoque una causal objetiva para acceder al divorcio, no lo faculta para disponer de los efectos patrimoniales de la disolución, de tal manera que, cuando el demandado lo solicita, el juez debe evaluar la responsabilidad de las partes en el rompimiento de la vida en común, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales.

Lo anterior por cuanto es el inocente quien puede revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable; -artículo 162 del Código Civil- y a favor de aquel y a cargo de quien dio lugar al rompimiento subsiste la obligación alimentaria, de tal manera que no pronunciarse respecto de la demanda de reconvención que inculpa al demandante, como omitir decidir respecto de su defensa, cuando este pronunciamiento se demanda para establecer las consecuencias

patrimoniales de la disolución del vínculo, no solo resulta contrario al artículo 29 de la Constitución sino a los artículos 95 y 229 del mismo ordenamiento por cuanto, el primero obliga a todas las personas a respetar los derechos ajenos y a no abusar de los propios, y el segundo le garantiza a toda persona el acceso a un pronta y cumplida justicia.

La tenencia de los hijos, en cambio, no se encuentra vinculada a la culpabilidad o inocencia en la interrupción de la vida en común, porque los derechos y deberes de las partes respecto de los hijos comunes subsisten aún decretado el divorcio y el Juez deberá otorgar la custodia atendiendo, únicamente, los intereses de los hijos.

De tal manera que si la causa de divorcio tiene consecuencias patrimoniales, vinculadas con la culpabilidad de las partes, así el demandante opte por invocar una causal objetiva para acceder a la disolución del vínculo, el consorte demandado está en su derecho al exigir que se evalúe la responsabilidad del demandante en la interrupción de la vida en común. Empero, al parecer de la Corte este derecho no lo desconoce la norma que se comenta, puesto que no por el hecho de establecer una causal objetiva el juez debe hacer caso omiso de la culpabilidad alegada por el demandado, cuando otras disposiciones lo obligan a establecer los efectos patrimoniales de la disolución acorde con la culpabilidad de las partes y por cuanto el estatuto procesal civil diferencia, por el

trámite, la invocación del divorcio por mutuo acuerdo -jurisdicción voluntaria- y el divorcio por las otras causales sujeto al procedimiento abreviado -artículo 427 Código de Procedimientos Civiles-. Además cuando hay contención se admite la reconvención y el juez está obligado a resolver respecto de la disolución del vínculo y del monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro, asunto que -como se dijo-, se deriva de la culpabilidad de los cónyuges en la causa que dio origen al divorcio.

De tal manera que, como lo afirma el actor y lo corrobora la ciudadana coadyuvante, si en los asuntos de divorcio cuando media la separación de hecho por más de dos años, los jueces no se pronuncian respecto de la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, estos estarían incumpliendo su obligación constitucional de administrar justicia, si dicho pronunciamiento se requiere para determinar los efectos patrimoniales de la decisión, empero, las falencias en la aplicación de la ley no pueden ser esgrimidas como cargos de constitucionalidad, porque sabido es que a la Corte no le corresponde analizar la aplicación correcta de la ley sino confrontar las disposiciones controvertidas con el ordenamiento constitucional y, así valorada, la expresión o de hecho no debe ser retirada del ordenamiento por cuanto permite a uno de los cónyuges, en presencia de una objetiva ruptura de la comunidad de vida, invocar la disolución del vínculo y, conforme con las disposiciones que la complementan, autoriza al demandado, si así lo desea, para intervenir en el asunto y probar la culpa del actor, con miras a obtener una

sentencia que lo faculte para revocar las donaciones y disponga a su favor una pensión alimentaria.

En conclusión, la expresión o de hecho contenida en el numeral 8° del artículo 6 de la Ley 25 de 1992, que reformó el artículo 154 del Código Civil, no desconoce los artículos 4 y 6 de la Constitución Política por apartarse de las disposiciones que regulan el incumplimiento en los contratos patrimoniales, porque un contrato en el cual el objeto es la persona misma así lo exige,, tampoco se quebranta el artículo 42 del ordenamiento constitucional, cuando, ante la evidente ruptura que denota la interrupción de la vida en común, por más de dos años, se faculta a cualquiera de los cónyuges, sin reparar en la mayor o menor participación en el rompimiento, para instaurar la acción de divorcio, porque se vulnerarían los anteriores preceptos constitucionales si, olvidando los derechos inalienables de la persona y su dignidad, se impusieran medidas coactivas para obligar a los cónyuges a mantener, en contra de su voluntad y de la evidencia, un vínculo inexistente.

Tampoco procede la sentencia condicionada invocada por el actor, por cuanto la Corte considera que la expresión en estudio en cuanto permite al demandante invocar el divorcio sin demostrar la culpa del otro ni su inocencia, con miras a mantener en la intimidad las causas de la ruptura y conservar ante los hijos la imagen de los padres es

constitucional, con independencia de los hechos o circunstancias que motivaron o prolongaron la interrupción de la vida en común, de tal manera que no resulta necesario condicionar en ningún sentido la decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE la expresión o de hecho contenida en el numeral 8° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992 que reformó el artículo 154 del Código Civil.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Concluyo este capítulo anotando que personalmente comparto el criterio de la Corte Constitucional Colombiana, porque es inútil mantener el vínculo matrimonial cuando se ha mantenido una separación de hecho por más de dos años, y si bien resulta injusto que pueda obtener el divorcio el cónyuge que ha provocado la separación de hecho, resulta mucho más dañino mantener un vínculo que sólo existe en el ámbito legal pero

no en la realidad, la voluntad de tener una vida en común así como el auxilio recíproco, que son los fines del matrimonio no se cumplen.

No obstante, en virtud de esa lesión a los sentimientos, intereses o lealtad del cónyuge que permanece en el hogar conyugal, creo que la separación de hecho, debe ser admitida, solo en aquellos casos en que tal separación de hecho, ha sido voluntariamente acordada por ambos cónyuges.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges antes de un año de celebrado el matrimonio “articulo 154 último párrafo del Código Civil”

En este capítulo hago mención sobre el análisis jurídico que hice sobre el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges antes de un año de celebrado el matrimonio “articulo 154 último párrafo del Código Civil.

4.1. Análisis general

En los capítulos anteriores he analizado la forma de constituir y finalizar el vínculo conyugal; también se ha analizado la existencia de normas peculiares que son aplicables al divorcio y la forma en que la separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, podría pedirse antes del año de celebrado el matrimonio. Todo lo anterior sirve de fundamento para que, en el presente capítulo, se integre la propuesta fundamental de la presente tesis, que consiste en proponer la inclusión en la legislación civil guatemalteca, del divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges antes de un año de celebrado el matrimonio.

Ya que el divorcio y la separación son un mal necesario; y como consecuencia de no ceder a ello, en la mayoría de los casos, se propicia una serie de acciones inmorales por uno u otro cónyuge, como lo son el adulterio, los malos tratos de palabra y de obra para los hijos, ambiente hostil, etc., aspectos que provocan desequilibrio en la formación de los menores y que posteriormente influirán en su personalidad, sin tener la posibilidad de poder romper el círculo vicioso al cual fueron sometidos, razón por la que procede el divorcio en la vía voluntaria.

Como acertadamente indica el maestro Morgan Sanabria "La fuente objetiva más rica de problemas sociales es la actividad práctica social. De ella surgen necesidades que deben ser satisfechas. Se originan problemas de acción que deben ser resueltos primeramente a nivel de conocimiento, proporcionando la teoría científica adecuada, la cual se aplicará después en la acción."[28]

4.2. El divorcio voluntario por mutuo acuerdo

Existen dos formas de divorcio aceptadas por el Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil, a saber, por causa determinada y por mutuo consentimiento.

[28] Morgan Sanabria, Rolando. **Material de apoyo para el curso de planeación del proceso de la investigación científica.** Pág. 16

a) Del divorcio por muto consentimiento, no se encuentra ninguna definición mediante el cual se obtiene el divorcio, así el Código Civil estableces en el Artículo 154, último párrafo: “La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contando desde la fecha en que se celebró el matrimonio”. Asimismo el Código Procesal Civil y Mercantil en el Artículo 426, establece en la misma forma con el mismo sentido. No existe pues, en nuestra legislación, una definición o concepto de carácter doctrinario sobre el divorcio por mutuo consentimiento, sino sencillamente habla del procedimiento.

b) El divorcio por mutuo acuerdo, como una de las formas de disolución del matrimonio, se encuentra regulado tanto en el Código Civil, en sus Artículos 154, inciso 2º y último párrafo, 163 y 165 como en el Código Procesal Civil y Mercantil, en sus Artículos del 426 al 433. Como ocurre en varias instituciones de nuestro derecho vigente, hay normas procesales en el Código Civil, que a veces son una repetición de normas contenidas en el Código Procesal y otras veces no es repetición, si no complemento de las contenidas en este último. En el caso en estudio, el Artículo 163 del Código Civil, es una repetición de lo contenido en el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El Artículo 154 del Código Civil establece el mutuo acuerdo de los cónyuges como una de las dos formas en que se puede obtener el divorcio, la otra es por voluntad de uno de ellos, mediante causa determinada.

4.3. Preceptos legales

El último párrafo del Artículo 154 del citado Código Civil, determina que el trámite del divorcio mediante mutuo acuerdo, requiere como requisito indispensable de un año de vida conyugal, de lo cual la autora de esta tesis difiere ya que considera innecesario el transcurso del año ya que se puede crear un ambiente de violencia familiar mientras se cumple dicho plazo. Este mismo requisito se encuentra establecido en el primer párrafo del Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil. Esto 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.

4.4. Proceso

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 sólo 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 nos 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:

Decretar la suspensión de la vida en común.

Determinará, provisionalmente, quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos.

La pensión alimenticia que le corresponderá a la mujer, si fuese el caso.

Cualquier otra medida que estime conveniente para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. El modo y la forma en que los padres pueden relacionarse con los hijos que no se encuentran en su poder.

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.

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.

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.

a) 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.

b) 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.

c) 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.

d) 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 e 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.

e) 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 re suceso, 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.

Sólo 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 práctica varios días después.

f) 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.

g) Reconciliación:

g.1) En cualquier estado del proceso de separación y/o divorcio, puede los cónyuges reconciliarse.

g.2.) Aún después de la sentencia de separación, pueden reconciliarse quedando sin efecto la sentencia.

g.3. 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.

a) Inscripción en los registros civil y de la propiedad, si fuere el caso.

b) La sentencia de separación.

c) La reconciliación posterior a la sentencia de separación.

d) La sentencia de divorcio.

4.5. Propuesta concreta

A lo largo de la vigencia del Código Civil se han hecho varias reformas, algunas casi intrascendentes como la contenida en el Decreto Legislativo número 8-2007 referente hacer obligatorio también para la mujer la presentación del certificado médico previo a

la celebración del matrimonio, con la reforma el Artículo 97 del Código Civil quedó de la siguiente manera: Constancia de Sanidad. La Constancia de sanidad es obligatoria para ambos contrayentes. Será extendida por en los centros de atención médica públicos, o por un médico y cirujano colegiado activo, haciendo constar que la persona examinada no padece de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o que no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación. No están obligadas a presentar certificado de Sanidad las personas que residan en lugares que carecen de médico y cirujano colegiado activo, o de centros de atención médica públicos y las que, ya hubieren tenido relaciones de hecho que haga innecesario dicho certificado. Considero que la reforma de tal Artículo es intrascendente porque en la actualidad, extender la constancia en los términos lo que el Artículo exige, requiere de exámenes de un costo elevado, por lo que los médicos se limitan dar una constancia de buena salud, o bien las parejas optan por declarar que ya han tenido relaciones de hecho para verse exonerados de la presentación de tales certificados, aunque esa no sea la realidad.

En cambio, mi propuesta va encaminada a solucionar los problemas que afrontan muchos matrimonios que han por mutuo acuerdo han decidido poner fin a la vida conyugal ambos cónyuges antes de trascurrido un año de celebrado el matrimonio y no encuentra fundamento legal para sustentar su demanda, problema que ya se ha

expuesto en forma detallada y cuya solución es sobre lo que trata la presente tesis; consiguientemente deviene ahora en imperativo presentar la propuesta concreta, lo cual hago a continuación.

Por lo que considero que es necesario derogar totalmente el último párrafo de Artículo 154 del Código Civil,

CONCLUSIONES

1. La separación voluntaria de los conyugues, puede hacerse constar en escritura pública o en acta notarial, realizada por un notario, pero estos documentos no tienen eficacia Jurídica, que es necesaria para solicitar el divorcio.

2. Divorcio, separación y violencia intrafamiliar constituyen el cese de la vida en común de los cónyuges, separación que se obtiene de forma legal o de hecho, pues se estima inútil y perjudicial mantener la ficción, siendo los hijos testigos de desinteligencias por parte de los cónyuges.

3. En el derecho comparado, en los Estados Unidos Mexicanos se aplican en el Código Civil vigente en Veracruz, es el Divorcio Administrativo, el cual se obtiene con la sola comparecencia de los cónyuges ante el Registrador Civil, en donde se encuentre inscrito el matrimonio siempre que se cumpla con los requisitos establecidos.

4. Al incumplir con enviar los avisos de matrimonio o de unión inscrita, al Registro Nacional de las Personas, en el tiempo que establece la ley que es de quince días, se viola y pone en riesgo la seguridad jurídica de los cónyuges y los hijos.

5. El divorcio como está regulado actualmente, no responde a las necesidades modernas en cuanto a resolver o dar una solución rápida para evitar situaciones que se podría poner en riesgo vidas, tanto de cónyuges como los hijos.

RECOMENDACIONES

1. Que la Universidad de San Carlos de Guatemala, proponga al Congreso de la República de Guatemala, reforma al Código Civil de Guatemala en cuanto al acta notarial o escritura pública de separación de personas, fraccionada por notario pueda promoverse la demanda de divorcio y que este tenga eficacia Jurídica.

2. A través del Ministerio Público y el Organismo Judicial realizarse estudios minuciosos y acordes a la realidad nacional sobre las diferentes causas de violencia intra familiar, basándose en el plazo de un año a partir de la fecha del contraído el matrimonio entre los cónyuges para obtener el divorcio, evitando problemas físicos y de tipo psicológicos tanto de los cónyuges e hijos.

3. El Congreso de la República de Guatemala, proponga reformas al Código Civil en cuanto a los plazos más cortos, para poder proponer soluciones más rápidas, y se pueda solicitar el divorcio, en cualquier momento, con la aceptación de ambas partes, pero cumpliendo con los requisitos que la ley establece.

4. Que el Congreso de la República de Guatemala, proponga una reforma al

Código Civil en cuanto a la multa establecida por el incumplimiento del aviso, luego de celebrado el matrimonio o la unión de hecho en el plazo establecido en la ley, de quince días.

5. Que el Congreso de la República de Guatemala reforme el último párrafo del artículo 154 del Código Civil Decreto Ley 106, en el sentido de establecer un plazo menor al establecido para poder optar al divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

ACU RECINOS, Carmen Lucía. **Los principios procesales de celeridad y economía dentro de un nuevo trámite de la separación y el divorcio por mutuo consentimiento en nuestra legislación guatemalteca.** Tesis de grado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004.

ACUÑA ORDÓÑEZ, lleana del Rosario. **Ambigüedad legal y contradicción práctica en la interpretación de la causal de divorcio o separación denominada: Separación voluntaria de la casa conyugal por más de un año**. Tesis de grado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1984.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil. Parte 1 y 2 Guatemala.** Ed. Universitaria, 1987.

CERVO, Amado Luis y Pedro ALCINO BERVIÁN. **Metodología científica.** Traducido y adaptado por Juan Guevara Rodríguez. 2a ed. Bogotá, Colombia: Osprey Impresiones, Ltda, 1982.

GONZÁLES SOTO, Walter Rafael. **La separación por mutuo acuerdo y su incorporación en la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria.** Tesis de grado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 2003.

HERNÁNDEZ RECINOS, Elsa Marina. **La figura de la separación conyugal y la necesidad de su adecuación a la realidad jurídico social guatemalteco.** Tesis de grado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 2003.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil.** Tomo V 3ra. ed. Madrid, España. Ed. Pirámide, 1976.

SOTO HERNÁNDEZ, Eddy Jeannette. **Necesidad de adicionar la causal de separación de hecho, por más de un año al artículo 155 del código civil decreto ley 106, para obtener la separación o el divorcio.** Tesis de grado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 2003.

ZUCHINI PAIZ, Horacio Humberto. **Conveniencia de suprimir las causales de divorcio en nuestro derecho civil.** Tesis de grado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1973.

Constitución Política de la República de Guatemala. Promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985.

Código Civil Guatemalteco. Decreto Ley 106 17-73 promulgado el 14 de septiembre de 1963.

Código Penal Guatemalteco Decreto Legislativo 17-73 promulgado el 27 de julio de 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil Guatemalteco. Decreto Ley 107 17-73 promulgado el 14 de septiembre de 1963.

Decreto Legislativo 8-2007. Reforma el Artículo 97 del Código Civil Guatemalteco. Publicado en el Diario Oficial el 15 de marzo de 2007.

Ley de Tribunales de Familia de Guatemala. Decreto Ley 206 promulgado el siete de mayo de 1974.

Código Civil de la República de Colombia.

Código Civil de la República de Perú.

Constitución Política de la República de Colombia

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Edición Electrónica versión 21.1.0 Espasa Calpe, S.A. 1995.

GARCÍ SÁNCHEZ, Benito. **El Matrimonio. http:/AAAA/W.universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/García%20Benito-El%20Matrimonio.htm.**

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 9a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1985.

PALÉS, Marisol. **Diccionario jurídico Espasa.** 1a ed. electrónica. Madrid, España. Ed. Espasa Calpe, S.A. 2001.

Reformas al Código Civil de Chile.**http://WWW.copesa.cl/Casos/Divorcio/Divorcio005html#uno**

Reformas al Código Civil de Uruguay. **http://WWW.parlamento.gub.uy/leyes/ley14766.ht**