

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO TÁCITO

JULIA EMPERATRIZ POLANCO CATALÁN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO TÁCITO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JULIA EMPERATRIZ POLANCO CATALÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2013

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIO:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Edgar Manfredo Roca Canet
Vocal:	Licda. Irma Leticia Mexicanos Jol
Secretaria:	Licda. Jaqueline Ziomara Archila Chávez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Jorge Eduardo Avilés Salazar
Vocal:	Lic. Pablo Xitumul de Paz
Secretario:	Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos

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



Licda. Miriam Alicia Santelíz
Abogada y Notaria
Col 5957
Av. Elena C 15-65 zona 1 Guatemala, ciudad.
Tels. 22515482 - 22530995 - 58991000

Guatemala, 16 de septiembre de 2009

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



Respetable Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para dar cumplimiento a la resolución emanada por su digno cargo, a través de la cual se me designó asesora de la tesis de la Bachiller JULIA EMPERATRIZ POLANCO CATALÁN, con el intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO TÁCITO" del cual al respecto me permito manifestar:

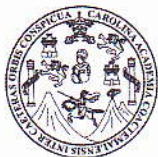
- 1) El contenido de trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos desarrollando correctamente los pasos del proceso investigativo.
- 2) La metodología inductiva, deductiva y analítica así como las técnicas de investigación de carácter documental y bibliográfico que han sido utilizadas, han sido las correctas ya que se ha visto en el resultado de la investigación el correcto desempeño y utilización de estas.
- 3) La redacción en el trabajo de investigación ha sido empleada de manera correcta, ya que se enmarca una buena calidad de trabajo en cuanto a ella y que esa información ha contribuido científicamente a enriquecer las ciencias jurídicas y sociales.
- 4) El trabajo de investigación presenta una temática especial e importante sobre el tema desarrollado, puesto que la investigación realizada sirve de apoyo para aquellos profesionales que se interesen en el estudio del Derecho Civil.



- 5) Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de tal forma que constituyen supuestos validos relacionados con el divorcio tácito.
- 6) Con la estudiante, sostuvimos varias sesiones de trabajo durante las cuales fue sugerida la bibliografía que en el desarrollo de la investigación se considera la más adecuada al tema, habiéndose consultado textos doctrinarios de autores extranjeros y nacionales que refieren en forma precisa a la temática contenida en la investigación realizada. En concordancia al plan de investigación con base al cual se desarrollo el presente trabajo de tesis, se comprobó suficientemente la hipótesis planteada.
- 7) En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público.
- 8) Por lo anteriormente expuesto, estimo que el trabajo en cuestión debe ser aprobado, por lo que resulta procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE, debiendo en consecuencia nombrar al revisor de tesis a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido posteriormente en el examen publico correspondiente.

Licda. Miriam Alicia Santeliz
Abogada y Notaria

Licda. Miriam Alicia Santeliz
Abogada y Notaria
Colegiado 5957
Asesor de Tesis




FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiocho de septiembre de dos mil
once.**

Atentamente pase al (a la) LICENCIADO (A) MANUEL ROLANDO CALVILLO DE LEÓN, en sustitución del (de la) revisor (a) propuesto (a) con anterioridad LICENCIADO (A) LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JULIA EMPERATRIZ POLANCO CATALÁN intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO TÁCITO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a la) estudiante, si así lo estima conveniente la modificación del bosquejo preliminar de temas y de las fuentes de consulta originalmente contempladas, asimismo, el título del punto de tesis propuesto. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


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



c.c. Unidad de Tesis
CMCM/jrvch.



MANUEL ROLANDO CALVILLO DE LEON

ABOGADO Y NOTARIO

Col. 6511

10ª. Calle 7-43 zona 1, Of. 31 Edificio Torín

TEL. 2253-4335 / 5203-5643



Guatemala, 24 de octubre de 2011.

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

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el veintiocho de septiembre del año dos mil once, en el que se me faculta para que como Revisor pueda realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de tesis de grado académico del bachiller Julia Emperatriz Polanco Catalán, intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO TÁCITO”**, en relación al mismo procedo a emitir dictamen favorable aprobando el trabajo.

1. Se establece que el trabajo de tesis realizado contribuye grandemente y de una manera técnica y científica con los estudios del derecho civil. Así mismo para una mejor certeza de la misma manera tengo el agrado de manifestarle que procedí conforme al requerimiento antes indicado, habiendo determinado que el tema propuesto es de significativa importancia ya que la hipótesis planteada fue comprobada en el desarrollo del trabajo realizado.
2. Tengo el agrado de manifestarle que el contenido del trabajo de tesis en civil se refiere al divorcio, siendo que una de las características del matrimonio es la permanencia, y al ya no estarlo, estamos hablando de un divorcio tácito, lo cual es una alternativa para las personas que por una u otra razón ya no quieren ni pueden vivir como pareja.
3. He realizado la revisión del trabajo de tesis y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que considere en su momento necesarias para mejor comprensión de los temas, las cuales fueron debidamente atendidas por la bachiller Julia Emperatriz Polanco Catalán.
4. En la estructura formal de la tesis se aprecia la utilización de los métodos científicos utilizados; inductivos y deductivos, y la técnica de la investigación bibliográfica lo cual comprueba que se hizo la recolección de información con la bibliografía actualizada; por lo que puedo establecer que en el presente trabajo de tesis se observaron todas las exigencias reglamentarias.

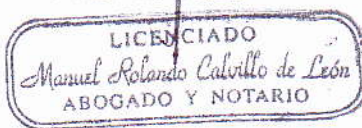


5. Las conclusiones emitidas por la bachiller son el resultado del estudio e investigación realizado, además derivan del desarrollo del mismo ya que se fue comprobando la hipótesis planteada en el trabajo.
6. Así como las recomendaciones son una contribución científica para el ordenamiento jurídico de Guatemala; siendo que el trabajo reúne los requisitos requeridos y cumple especialmente lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
7. La bibliografía consultada es actualizada, adecuada y suficiente, ya que tiene relación con el fondo de la investigación realizada por la Bachiller.

Con base en lo anteriormente citado; emito dictamen favorable para que se autorice la impresión de la tesis: **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO TÁCITO”** que presento la bachiller Julia Emperatriz Polanco Catalán, para que sea discutida y defendida en su examen público de graduación profesional.

Sin otro particular, me suscribo
Atentamente,

Colegiado 6511
Revisor de Tesis





USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
 Guatemala, Guatemala



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante JULIA EMPERATRIZ POLANCO CATALÁN, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO TÁCITO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh.

Handwritten signature

Handwritten signature
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO



Handwritten signature



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo de quien proviene la sabiduría, gracias por permitir este logro en mi vida, a ti sea toda la honra y la gloria.
- A MIS PADRES:** Pedro Polanco (Q.E.P.D), gracias porque siempre me motivó a alcanzar mis metas, Carmen Catalán, por todo el apoyo que he recibido de usted en los proyectos que emprendo en mi vida. Por ser ese ejemplo de lucha, perseverancia y valentía, gracias por enseñarme a no darme por vencida ante las adversidades de la vida.
- A MIS HERMANOS:** María del Carmen, Mirna Susana, América del Pilar, Rudy Alejandro, Pedro de Jesús, con todo mi amor, especialmente a mis hermanas que siempre me han apoyado en lo económico como en lo espiritual.
- A MIS SOBRINOS:** Gabriela, Alejandra, Josué, Daniela, que la meta que Dios me ha permitido alcanzar hoy sea un ejemplo de lucha y perseverancia para ellos y porque sé que he sembrado en tierra fértil.
- A MIS AMIGOS:** Que son todos aquellos que hoy están presentes o que a través de la distancia celebran este triunfo conmigo, gracias Dios por bendecirme con lindas amistades, especialmente a Norma Pérez, Blanca Aguirre, Claudia Hernández y Jeremías Lutín, y a todos aquellos que han sido parte importante de mi vida, gracias por su amistad sincera.



A:

La tres veces gloriosa, grande entre las grandes, Universidad de San Carlos de Guatemala, y especialmente a la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales; prometo honrar tu nombre en el ejercicio de mi profesión.

ESPECIALMENTE:

A los esposos Castellanos Gemmell, Licda. Blanca Elizabeth Estrada y Lic. Mario Alexander Florián, por su apoyo incondicional



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El matrimonio.....	1
1.1. Consideraciones preliminares sobre la familia.....	1
1.2. Definición del matrimonio.....	2
1.3. Antecedentes del matrimonio.....	3
1.4. Efectos jurídicos.....	6
1.5. Características y elementos	7
1.6. Derecho de familia en sentido amplio.....	8
1.7. Importancia de la familia.....	10
1.8. Etimología de la palabra matrimonio.....	12
1.9. Evolución de la institución de la familia.....	12
CAPITULO II	
2. El divorcio y la separación.....	17
2.1. Definición de divorcio.....	17
2.2. Antecedentes históricos.....	18
2.3. El divorcio en Guatemala.....	25
2.4. Clasificación de divorcio.....	26
2.5. De la separación y su clasificación.....	26
2.6. Antecedentes históricos de Guatemala.....	27
2.7. Efectos de la separación y el divorcio.....	30
2.8. Efectos de la separación y el divorcio sobre la patria potestad.....	31
2.9. Efectos de la separación y el divorcio sobre el régimen de bienes.....	32
2.10. El divorcio en el derecho comparado español.....	33
2.11. El régimen dual por la vía concordatoria del divorcio en distintas legislaciones.....	40



	Pág.
2.12. El divorcio express.....	51
2.13. Divorcio vincular.....	52
2.14. Divorcio tácito.....	52

CAPÍTULO III

3. Diferencias entre separación y divorcio tácito.....	53
3.1. Efectos.....	53
3.2. Aspectos sobre la separación y el divorcio en Guatemala.....	55
3.3. Principios del orden jurídico en relación al divorcio.....	59

CAPÍTULO IV

4. Formas de solventar el vacío legal referente al divorcio tácito.....	67
4.1. La reforma a las leyes sustantivas que regulan el divorcio.....	67
4.2. Reformas a la ley procesal que regula el divorcio.....	68
4.3. Creación de la figura jurídica del divorcio tácito.....	69
4.4. Aspectos a regular en el divorcio.....	69
4.5. El divorcio tácito dentro del derecho comparado.....	72
4.6. Efectos de la separación matrimonial sobre la herencia.....	75
4.7. Causas de la separación en España.....	75
4.8. Efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio.....	76
4.9. Asuntos referentes a la capacitación de jueces y auxiliares judiciales en Guatemala.....	77
4.9.1. Antecedentes.....	77
4.9.2. Diagnóstico del problema.....	81
4.9.3. Desafíos.....	84



	Pág.
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
ANEXO.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

Existen diversidad de situaciones en donde ocurre que las personas unidas en matrimonio, sea por mutuo consentimiento o no, desvirtúan uno de los elementos principales del matrimonio: el ánimo de permanencia, lo cual se produce por la separación física de tantos años, esto hace que realmente este vínculo deje de ser un matrimonio en esencia.

El objetivo de la investigación fue establecer la necesidad de dar a conocer las razones por las cuales existe el divorcio tácito, y la falta de regulación legal al respecto, dando a conocer la necesidad de la creación de leyes que regulen el divorcio tácito.

La hipótesis planteada para este trabajo fue: La falta de permanencia en un matrimonio desvirtúa dicha figura de tal forma que no se puede seguir hablando de matrimonio aunque en muchos casos el vínculo subsista en teoría.

El propósito del trabajo radica en demostrar que mediante una reforma o creación de normas que regulan al divorcio, encaminadas o acopladas a la realidad de muchas situaciones entre cónyuges ha de solucionar muchos problemas de carácter jurídico en la actualidad.

La investigación se dividió en cuatro capítulos: El primer capítulo relativo al matrimonio partiendo de las definiciones, los antecedentes históricos, los efectos jurídicos y las características y elementos del mismo; el segundo capítulo establece lo relativo al

divorcio dando la clasificación y las diferencias entre el divorcio y la separación, así como los efectos de ambos en la legislación guatemalteca; el tercer capítulo lo conforman las diferencias entre separación y divorcio tácito y de su clasificación en Guatemala, analizando los principios y generalidades del divorcio para los interesados; y el capítulo cuarto contempla lo concerniente a las formas de solucionar el vacío legal referente al divorcio tácito, teniendo como análisis de derecho comparado el español y fortaleciendo la teoría de la necesidad de reformar la legislación respecto al objeto de estudio.

En el proceso de la investigación se utilizó los métodos del análisis, por medio del estudio de la legislación respectiva, la síntesis referente a la problemática del tema en mención, inducción por medio del estudio de los conceptos generales, la deducción a través del resultado del trabajo de campo y científico en forma indagadora, demostrativa y expositiva desde el inicio la investigación a la culminación de la misma, así como la aplicación de técnicas bibliográficas, entrevista, encuesta, jurídica y estadística. Finalmente se incluyen las conclusiones y recomendaciones, con la expectativa de que el presente trabajo contribuya a la discusión científica de tan importante materia.

CAPÍTULO I

1. El matrimonio

1.1. Consideraciones preliminares sobre la familia

La familia como célula natural, primitiva y fundamental de la sociedad, responde a diversos conceptos. Se entiende por familia todas aquellas personas unidas por el parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil, y que se extiende a diversos grados y generaciones. La familia en un sentido limitado abarca sólo a las personas que viven bajo el mismo techo, es decir, padres, hijos, posiblemente nietos.

Existen desde luego familias que descansan solo sobre la base falsa que constituye la unión sexual, sin formalizarse con la institución del matrimonio, por lo que a dicha familia se le puede llamar natural. A través de las complejas formas que adopta el grupo familiar, en virtud de múltiples factores, cabe destacar dos características que precisan el concepto de familia: a) unión de individuos ligados por el origen de la sangre y otras relaciones análogas, y b) la prestación de medios de común dirección.

Participando de esos caracteres, se pueden señalar las siguientes significaciones de la familia:

a) Una acepción popular, que hace relación a un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como punto localizado de sus actividades y su vida, de acuerdo con esto los sirvientes forman parte de la

familia;

b) Una acepción que busca los fundamentos naturales de ella: el vínculo de sangre, de donde la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre.

De lo anterior puedo decir que: la familia es aquella institución que, asentada generalmente sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total a los padres y sus descendientes, para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y el respeto, se dé la satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida, como génesis única de la especie humana.

Así mismo en la Constitución Política de la República de Guatemala su Artículo 47 establece:

“Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”. Nótese el carácter protector que el Estado le garantiza a la familia, iniciando desde la base del matrimonio.

1.2. Definición de matrimonio

La palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y del derecho romano. El origen etimológico del término es la expresión

matrimonium, es decir, el derecho que adquiere la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad.

La concepción romana tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad que la naturaleza da a la mujer de ser madre quedaba subordinada a la exigencia de un marido al que ella quedaría sujeta al salir de la tutela de su padre y de que sus hijos tendrían así un padre legítimo al que estaban sometidos hasta su plena capacidad legal: es la figura del paterfamilias.¹

El matrimonio “es la unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante ritos o formalidades legales. Del latín (matre), formado a partir de patrimonio”.²

1.3. Antecedentes del matrimonio

La forma tradicional de matrimonio es entre un hombre y una mujer, con la finalidad de constituir una familia. Esa definición ortodoxa ha sido cuestionada, de una parte, porque se ha otorgado reconocimiento a las uniones entre un hombre y una mujer con finalidades prácticamente idénticas al matrimonio, pero que adoptan formas y denominaciones distintas. Por otro lado, el desarrollo de nuevos modelos de familia (parejas no casadas con hijos, madres solteras) va desvinculando la función reproductiva del matrimonio. Finalmente, en varios países y estados se ha producido una ampliación de derechos que ha dado reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo.

¹ <http://www.elergonomista.com/derechoromano/familia.htm> (26 de abril 2013).

² Osorio Sandoval, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 583.

En esos casos el matrimonio se realiza, generalmente, por la forma civil o de Estado, porque las normas de muchas religiones no permiten este tipo de uniones en su seno. Con todo, en distintos tiempos y lugares se han reconocido otras variedades de matrimonio. En términos porcentuales, las sociedades que permiten la poligamia como variedad aceptada de matrimonio son más frecuentes que las que solo permiten la monogamia. Sin embargo, la monogamia es la práctica más común incluso en las primeras.

El matrimonio se considera una institución importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas (generalmente) no cercanas en línea de sangre (al respecto, recordemos que también hay comunidades en las que se acostumbra el matrimonio entre primos o entre parientes de distintos grados; acerca de la endogamia y el incesto). “Una de sus funciones ampliamente reconocidas es la procreación y socialización de los hijos (si bien no es absolutamente necesario casarse para tener hijos), así como la de regular el nexo entre los individuos y la descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus”.³

En las sociedades de influencia occidental suele distinguirse entre matrimonio religioso y matrimonio civil, siendo el primero una institución cultural derivada de los preceptos de una religión, y el segundo una forma jurídica que implica un reconocimiento y un conjunto de deberes y derechos legal y culturalmente definidos.

³ Peri, Andrés. **Dimensiones ideológicas del cambio familiar**. Pág. 65.

Las características generales de la institución del matrimonio incluidas en algunos ordenamientos jurídicos son la dualidad, la heterosexualidad y el contenido en cuanto a derechos y deberes. A partir del siglo XX, en las sociedades de influencia occidental y procedente del liberalismo se recoge también el principio de igualdad, con un peso creciente en las regulaciones derivadas.

“La dualidad del matrimonio es el principio por el que la institución está prevista, en principio, para unir a dos personas y vincularlas para su convivencia y procreación. Una excepción muy importante a este principio se encuentra en algunos ordenamientos (en especial los de base islámica), que reconocen la posibilidad de que un hombre contraiga matrimonio con más de una mujer. Pero incluso en este caso la institución vincula a una persona con otra, pues las diversas mujeres que un musulmán pueda tener no están unidas, en principio, por ningún nexo jurídico ni tienen derechos y obligaciones entre sí”.⁴

Tradicionalmente el matrimonio exige la pertenencia de cada contrayente a uno de ambos sexos, de manera que un hombre y una mujer son los únicos que, en principio, pueden contraer matrimonio. Este principio está siendo modificado en algunos países en favor del principio de igualdad, a fin de reconocer la paridad de derechos y obligaciones entre hombre y mujer y extender los beneficios que implica la institución del matrimonio a parejas formadas por personas del mismo sexo (matrimonio homosexual).

⁴ *Ibíd.* Pág. 69

Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica y Noruega, así como los estados de Massachusetts y California en Estados Unidos, han admitido el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

Estos países modificaron la anterior definición legal del matrimonio al concebirlo únicamente como la unión de dos personas.

El contenido en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges varía en función del ordenamiento jurídico de cada país, pero por lo general todos les imponen la obligación de vivir juntos y guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente, de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y de ejercer conjuntamente la potestad doméstica y la patria potestad sobre los hijos, que se presumen comunes salvo prueba en contrario.

Las singularidades del contenido del matrimonio en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges derivan en cada país de su propia concepción cultural de la institución, que ha dado forma a la misma en su legislación positiva y en su práctica jurídica.

1.4. Efectos jurídicos

"El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, la adquisición de derechos sucesores entre los cónyuges y

el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades en los diferentes países. Además, en varios países produce de derecho la emancipación del contrayente menor de edad, con lo cual este queda libre de la patria potestad de sus padres y podrá en adelante actuar como si fuera mayor, aunque posteriormente se divorcie”.⁵

1.5. Características y elementos

El divorcio como figura jurídica tiene ciertas características que determinan su naturaleza jurídica muy particular y que se evidencia al ejercitar la acción principalmente de divorcio necesario, siendo:

- a) Personalísima.- Es decir que solo la pueden ejercitar los interesados, siendo caso de excepción cuando se trate de menores de edad, fundándose esto en que de cualquier manera un menor de edad no tiene la capacidad de ejercicio plena;
- b) Se extingue por reconciliación y perdón;
- c) Puede haber renuncia o desistimiento y
- d) Se extingue por la muerte de cualquiera de ellos. Esto es antes o durante el procedimiento, pero invariablemente antes de que cause ejecutoria”.⁶

La unión de dos personas es un capítulo muy importante, solemne y muy serio en la vida de estas, el cual muchas veces no se toma con la responsabilidad y seriedad adecuadas. En la actualidad el afrontar un compromiso matrimonial llega a ser muy

⁵ Vázquez de Castro, Luis Martínez. **El concepto de matrimonio en el Código Civil.** Pág. 54.

⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia,** Pág. 105.

difícil debido a que no existen los cimientos de una buena relación de pareja, puede ser por causas externas que provocan un enlace matrimonial precoz y prematura o causas o diferencias que van surgiendo a lo largo de este enlace, así como al incumplimiento de algunos deberes que van deteriorando y haciendo cada vez más difícil la relación y convivencia de la pareja, lo cual nos hace tomar decisiones que nos llevan a la separación del enlace matrimonial, surgiendo así la figura del divorcio.

Atendiendo a una definición más apegada a términos conceptuales podemos decir que "El divorcio es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno de los esposos (divorcio necesario) o de ambos (divorcio por mutuo consentimiento y divorcio administrativo), sanción resultante de una acción encaminada a obtener la disolución del matrimonio".⁷

En nuestro entorno social muchas veces vemos la figura del divorcio como algo malo, que es imposible que nos pase a nosotros, porque es un temor o un tabú que ha existido a lo largo de los tiempos, tal como surgió esta figura en el derecho romano, que se condenaba a la persona que terminaba una relación matrimonial y se juzgaba por la sociedad.⁸

El divorcio se puede dar de diferentes formas y características, las clases de divorcio que existen son:

⁷ Bonnacase, Julián. **Elementos de derecho civil**, Pág. 59.

⁸ **Ob. Cit.** (26 de abril 2013).

- Divorcio necesario: Cuando es motivado por alguna de las causales del divorcio que señala la ley.
- Divorcio voluntario: Cuando hay mutuo acuerdo entre los cónyuges. El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse, sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

1.6. Derecho de familia en sentido amplio

Se entiende en este caso por derecho de familia, el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia. De esta manera se da al derecho de familia un alcance muy amplio, que debe explicarse. En primer lugar, con esta definición se comprende en el derecho de familia, reglas de orden personal y reglas de orden patrimonial. Repito que es evidente que, en el lenguaje usual, y bajo la influencia inconsciente del orden y del plan del Código Civil, se tiende a no ver en el derecho de familia, sino reglas de orden personal.

Hay que tomar en cuenta que durante siglos la familia se ha revelado como una realidad orgánica, constituida por la unión íntima y jerarquizada, de un grupo extenso de personas, y también como una comunidad de los bienes pertenecientes a ella, dotada de una vida específica de alcance colectivo, en la cual se absorbía casi totalmente la actividad particular de los individuos así reunidos.⁹ En otros términos, la familia constituía, bajo esta forma, una fusión de personas y de bienes, absorbiéndose en un

⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_familia (26 de abril 2013).

todo, reglas de orden personal y de orden patrimonial. Empero la ley de la evolución ha operado en el dominio de la familia, como en todos los demás. Primeramente, se redujo el círculo de la familia; por último, fue limitada, según el orden natural de las cosas, a los padres e hijos.

En esta forma se ha reducido la vida de la familia a las relaciones entre ascendientes y descendientes, lo cual significa que, aún en el terreno legal, ya no constituyan los colaterales un elemento de la familia, pero forman únicamente, si podemos expresarnos así, una zona de protección de la familia, indispensable, podríamos añadir, no solamente en ciertos casos, para la asistencia de la familia, ante las inevitables desgracias de toda existencia, sino también, y esto en todo tiempo, para el mantenimiento de la cohesión misma de la familia.

1.7. Importancia de la familia

Si el Estado debe proteger a la familia mediante la legislación prudente y la creación de organismos adecuados, es necesario saber por qué debe protegerse, o en otras palabras qué importancia tiene en la vida de cada Estado. Parecería superfluo referirme a esta importancia, por ser una noción, que creo todos intuimos, si no fuera por la circunstancia de que siendo la familia antes que una institución jurídica, es una institución natural y espontánea, se presenta el problema de si conviene o no la intervención del Estado en el santuario del hogar.



No se trata, de poner en duda la importancia de la familia, ya que dada esa importancia, se justifica en alguna forma la tutela del Estado en el desarrollo de ella. El hombre cuando mira a Dios, es un todo completo, porque es un ente capaz de dirigirse a sí mismo y encaminarse hacia el más allá, pero cuando mira hacia la naturaleza, es decir, a la satisfacción de sus necesidades para subsistir y perpetuarse, es un ser imperfecto, siendo dos causas fundamentales, aparte de otras de carácter relativo, las que determinan esta imperfección:

- a) El sexo: ya que por sí solo no se puede perpetuar la especie; y
- b) La edad: ya que en sus primeros años no puede bastarse a sí mismo para subsistir.

Y en todas estas deficiencias, no puede el hombre remediarlas sino en ese núcleo que se llama familia. Puede, pues concluirse que en lo individual la importancia de la familia radica en que sin ella el hombre no puede cumplir su destino, de conservarse y perpetuarse. En lo colectivo, la familia es como dicen algunas comparaciones: la célula que da vida al Estado, lo anterior ha quedado debidamente fundamentado en el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya citado.

Por eso, en la actualidad, casi todos los Estados, se preocupan en estimular y fortalecer a la familia, con el tino que su naturaleza por un lado, privada e íntima, reclama, cuidado en orientarla y ayudarla en la realización de sus fines.

1.8. Etimología de la palabra matrimonio

“La palabra matrimonio proviene de las voces matriz y munium (madre o gravamen) dando a entender que por esta institución se pone en relieve la carga, el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos. Con otro sentido expresa que la palabra matrimonio tomó el nombre de las palabras latinas matriz munium que significan oficio de madre y que no se le da el nombre de patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y la lactancia”.¹⁰

1.9. Evolución de la institución del matrimonio

Rica es la literatura existente en cuanto a la evolución histórica del matrimonio, especialmente la expuesta por Rafael Rojina Villegas, quien cita a varios autores al abordar el tema, lo que permite tener una panorámica de la misma y un esquema que se aprovecha para configurar su evolución histórica y que abarca cinco etapas.

- a) Promiscuidad;
- b) Matrimonio por grupos;
- c) Matrimonio por raptó;
- d) Matrimonio por compra; y
- e) Matrimonio consensual”.¹¹

¹⁰ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, Pág. 78.

¹¹ Rojina, Rafael, **Derecho civil de familia**, Pág. 7.

a) Promiscuidad

Se entiende por promiscuidad un sistema de relaciones sexuales consistente en la práctica indiferente entre los miembros de los dos sexos de un grupo social. "Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia, se reguló siempre en relación a la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella dando así lugar al matriarcado".¹²

b) Matrimonio por grupos

"En este sistema la organización del matrimonio se fundamentaba en el totem (ente natural animal, planta, fenómeno o material) mediante el cual un grupo se identificaba colectivamente frente a otros, lo que originó el sistema de totemismo, que consiste en un sistema de creencias y prácticas rituales, cuya regulación sirve, en muchas tribus primitivas, de código de clasificación social de grupos complementarios (sexuales de ascendencia)".¹³

c) Matrimonio por raptó

Figura antropológica por la que un hombre se hace con una mujer, con o sin consentimiento de sus allegados ni de la víctima, constituyendo una forma prematrimonial, tal y como lo expone Rafael Rojina Villegas, el cual dice: "que en esa

¹² Brañas, **Ob. Cit.** Pág. 120.

¹³ **Ibíd.** Pág. 76.

institución, la mujer fue considerada parte del botín de guerra y por lo tanto los vencedores adquirirían en propiedad a las mujeres que lograban arrebatarse al enemigo, al igual que se apropiaban de sus bienes”.¹⁴

d) Matrimonio por compra

“En esta forma de matrimonio aún cuando no aparece el elemento consensual, es decir, la voluntad manifiesta de un hombre y una mujer de unirse por el vínculo matrimonial, constituye el fin de la promiscuidad y de la figura preponderante de la madre (matriarcado) surgiendo la organización del matrimonio sobre la base del paterfamilias”.¹⁵

“En este matrimonio se consolidó la monogamia, el marido adquirió el derecho de la propiedad sobre la mujer y la familia se organizó jurídicamente, reconociendo la potestad del esposo y padre, además se admitió un poder ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar”.¹⁶

e) Matrimonio consensual

Rafael Rojina Villegas, dice: “El matrimonio consensual se da cuando el matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre el hombre y la mujer que se

¹⁴ Rojina, Rafael, **Ob. Cit.**; Pág. 270.

¹⁵ Aguilar Guerra, **Ob. Cit.** Pág. 275.

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 277.



unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es un concepto del matrimonio moderno, en el cual se encuentra influenciado por ideas religiosas como un sacramento como se admite en el Derecho Canónico o bien como un contrato como se considera por distintos derechos positivos¹⁷.

¹⁷ Rojina, Rafael, **Ob. Cit.**; (26 de abril 2013).



CAPÍTULO II

2. El divorcio y la separación

2.1. Definición de divorcio

Antes de definir, características e historia del divorcio, es necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado matrimonio, el cual es considerado como la institución social más importante en la que a través de esta se establece la integración de una familia, derivada de la ley biológica que exige la perpetuidad de una especie, en este caso la humana. “El matrimonio se podría definir como: contrato civil (porque tiene la presencia del Estado) y solemne (porque necesita requisitos para que tenga validez), celebrado entre dos personas de sexo diferente (hombre y mujer), con el objetivo de perpetuar la especie. En el aspecto civil, es considerado como un contrato el cual solo será válido si se cinea a las normas establecidas por nuestra ley, como contrato este reviste una serie de formas solemnes sancionadas por una autoridad civil en tal carácter contractual podemos asumir que este reviste un carácter de disolubilidad, y es en tal caso que se puede recurrir ante la autoridad para solicitar tal disolución del vínculo no sin que la autoridad procure garantizar los intereses de los hijos, y de ambos cónyuges, por lo que es de importancia el conocimiento de sus derechos con respecto de su persona, bienes e hijos”.¹⁸

¹⁸ Rojina, Rafael, **Ob. Cit.**; Pág. 148.

2.2. Antecedentes históricos

En realidad, en las sociedades primitivas un matrimonio no era posible que se disolviese por lo que una ruptura corresponde al hombre ordinario. Esto se sabe debido a diferentes estudios etnográficos en donde se ha confirmado acerca de la existencia de diferentes causales de divorcio que tienen una naturaleza muy diversa como por ejemplo adulterio (tal vez la más común), la embriaguez o la esterilidad (y es que para muchas culturas, un hijo en la pareja le daba a está un sinónimo de indisolubilidad). “Así a la par de estas razones también aparece la figura de la repudiación, que consistente en tener una conducta de rechazo hacia el cónyuge debido a que se sabe que este es culpable; así esta era una conducta prácticamente adquirida por la mujer ya que el hombre era siempre el culpable”.¹⁹

“En la antigua Babilonia, encontraremos que el divorcio podía ser pedido bien por un hombre o por una mujer, aunque habría que aclarar que si esta última era quien había cometido adulterio el hecho se encontraba penado con la muerte”.²⁰

De otro lado en la cultura hebrea había un reconocimiento de que la esposa podía repudiar a la esposa sin tener una causa alguna, así como también se aceptaba sin problemas, el divorcio por mutuo acuerdo sin que se necesario que se acredite ninguna circunstancia especial; además, lo podía requerir cualquiera de las dos partes sin embargo, en el caso de la mujer esto era más inquisitivo.

¹⁹ <http://www.elergonomista.com/derechoromano/familia.htm> (26 de abril 2013).

²⁰ *Ibid.* (26 de abril 2013).

En el caso de la antigua Grecia también se admitía el divorcio, tanto por iniciativa del hombre como de la mujer, además, si se daba el caso que la mujer hubiera sido la culpable de la separación, el hombre debería ser recompensado con la dote de esta. De otro lado, un marido que tenía una esposa adúltera tenía la obligación de repudiar a su mujer ya que de no hacerlo, a este se le quitarían sus derechos civiles.

En Roma, la idea del divorcio no estuvo masificada hasta que llegó el siglo II A.C., y esto se debía a que el acto del matrimonio estaba basado en el affectus maritalis, por lo que cuando desaparecía esta unión este también debería desaparecer, así cuando ambas partes decidan disolver su unión por mutuo acuerdo, entonces, no tenía que haber ninguna causa en especial. "Todo esto era llamado divortium, mientras que cuando solo uno de ellos era el que pedía dicha separación se llamaba repudium, por lo que la actual palabra divorcio deriva de ambas. Sin embargo, cabe aclarar que cuando una de las partes fallecía o debido a alguna nulidad en el matrimonio, no se podía hablar de divortium. En Roma, había dos tipos de matrimonio, el sine manu, donde la mujer tenía una menor dependencia con respecto al marido, y el cum manu, por el que solo el marido podía tener derecho a repudiar de la esposa".²¹

Durante las primeras épocas del cristianismo se mantuvo esta práctica aunque fue la iglesia quien lo fuera penalizándolo con el tiempo. Así, si recordamos al derecho germánico encontramos que este lo podía admitir de manera amplia, donde la mujer o el marido podían pedirlo de mutuo acuerdo o unilateralmente. Si bien no está concedido

²¹ Núñez Paz, María Isabel. **Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma.** Pág. 115.

a la mujer en una primera etapa, durante la época de los francos si se le permitió solicitarlo en algunos casos.²²

Fue a raíz del gobierno de Carlomagno que se empezó a hacerse más evidente una influencia canónica, y ya para el siglo X fueron los tribunales eclesiásticos quienes se comenzaron a encargar de las causas de divorcio que presentaban las parejas. Así, se hizo un debate sobre la indisolubilidad del matrimonio que se prolongo hasta que se celebro el concilio de Trento (1563), donde se llegó a imponer definitivamente la teoría agustiniana que habla sobre el carácter total de rechazo a la disolución, así el derecho canónico llegó a admitir la que se conoce como separación de cuerpos pero debía ser decretada de manera judicial.

“Con la reforma de Lutero se uso un principio totalmente diferente ya que se admitió una ruptura del vinculo matrimonial en ciertos casos que fuesen graves, como por ejemplo: adulterio y abandono sin justificación del hogar, las que también eran causas para una disolución en el ámbito de la Iglesia ortodoxa”.²³

Esta determinación hizo que las diferentes naciones que también practicaban el protestantismo, también pudieran abrazar esta forma de disolución del matrimonio. Así, con las teorías acerca de la naturaleza contractual del matrimonio, que se dieron en el siglo XVIII y que fueron propugnadas por los filósofos racionalistas, fueron abriendo camino a diferentes legislaciones en otros países que eran tradicionalmente católicos. Por ejemplo, en Prusia se llegó a admitir ampliamente en 1794 y en Francia dos años

²² Núñez, María. **Ob. Cit.** Pág. 118.

²³ Becher, Gary. **Tratado sobre la familia**, Pág. 265.

después donde se diera el principal antecedente para el sistema de anulación de matrimonio actual, ya que es sus textos se fundamenta que el divorcio es una necesidad para proteger el derecho a la libertad individual de cada uno de los cónyuges, y debe existir tanto para establecer un vínculo como para romperlo. Luego, con Napoleón se da una regulación que influyo de manera decisiva en el resto de Europa y por lo tanto, la idea de la indisolubilidad del matrimonio se mantuvo vigente donde la doctrina católica estaba presente.

De otro lado, con la Revolución Rusa y su triunfo aparecieron nuevas leyes soviéticas acerca de la regulación del divorcio, lo que también paso a ser parte de los países socialistas.

Hoy en día, el divorcio es totalmente aceptado en la legislación de la mayoría de países, con excepción de los mantienen sus leyes en afinidad a las católicas. La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

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

Generalmente, el motivo más común de divorcio era el adulterio, aunque en muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia,

donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

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

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

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

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación. En Roma no se tenía el divorcio sino hasta el siglo II a. C. y tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su padre y

descontentas con sus esposos, sol fan abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes.

“En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos”.²⁴

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

En España el “Fuero Juzgo (Código visigodo o compilación de leyes establecidas en España por los reyes godos).Lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta”.²⁵ Posteriormente las siete partidas lo prohibieron.

Italia en 1970 y España en 1981 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente. En 1796, Francia incorporo la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las

²⁴ **Ibid.** Pág. 285.

²⁵ Osorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 425.

legislaciones vigentes. El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia católica no considera posible el divorcio de las personas.

Dentro de algunas legislaciones que tienen antecedentes del divorcio se encuentran las siguientes:

a. Hebreos:

- Repudio, cuando al marido no le agradare su mujer o le encontrare alguna cosa torpe.
- Debía fundarse en casos de grave infidelidad.

b. India

- Tanto el hombre como la mujer podían repudiar a su pareja:
- Las mujeres cuando sus esposos tenían: vagancia, vicio, abandono de hogar.
- Los hombres por razones como: adulterio, enfermedad, malas costumbres, por alumbrar solo mujeres por 12 años, por esterilidad por más de 8 años.

c. Egipto

- Existía el repudio, pero la mujer tenía la oportunidad de evitarlo por medio de garantías, multas, compensaciones pecuniarias.

d. Atenas y Esparta

- El marido podía repudiar a su mujer (generalmente por esterilidad). Además existía una modalidad contenciosa de divorcio, así como una de mutuo consentimiento.

e. Roma

- El repudio dependía de la modalidad adoptada para el matrimonio:
- En los matrimonios por usucapión, el marido vendía a su mujer a un tercero y era liberada mediante manumisión. - En los matrimonios libres o sine manus, se utilizaba procedimientos consensuales o contenciosos con causales.
- En la época imperial se notificaba a la mujer por medio de un libreto con 7 testigos para entregarle el libellumdivorti.

f. Germanos

- Existía repudio (solo para el marido en casos de esterilidad y adulterio; si no había una causa justificada debía pagar una compensación) y divorcio por mutuo consentimiento.

2.3. El divorcio en Guatemala

En el ordenamiento jurídico guatemalteco el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve, por el divorcio. Las clases de divorcio según la legislación guatemalteca son: el voluntario y el judicial los cuales se encuentran regulados desde el Artículo 153 en Adelante; del Código Civil, Decreto Ley 106. Una figura jurídica parecida al divorcio es la separación la cual es necesario saber diferenciar una de la otra.

Es la institución por medio de la cual se rompe y disuelve en absoluto el matrimonio legítimamente contraído y deja a los cónyuges en libertad de contraer nuevo matrimonio.

2.4. Clasificación del divorcio

El divorcio de puede dar en dos formas las cuales están reconocidas por la legislación guatemalteca, siendo estas:

- 1. Por mutuo acuerdo de los cónyuges:** Es aquel en el que interviene la voluntad de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, fijando ellos mismos las bases de su divorcio y únicamente el juez velara porque no se viole la ley.
- 2. Por voluntad de uno de los cónyuges:** Es el que se decreta a partir de la existencia y comprobación de las causales determinadas por la ley para la disolución del matrimonio.

2.5. De la separación y su clasificación

Es la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial. “Se considera que separar es considerar aisladamente cosas que estaban juntas o fundidas”.²⁶

Se encuentra la siguiente clasificación:

- 1. Separación de hecho:** Cuando uno de los cónyuges abandona el hogar por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto de cesar la vida común, sin mediar resolución judicial.

²⁶ Océano. **Diccionario enciclopédico**. Pág. 861.

2. Separación por mutuo acuerdo entre los cónyuges: La cual no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebren el matrimonio, y concurre el consentimiento de ambos cónyuges.

3. Por voluntad de uno de los cónyuges por causa determinada: Es la declarada judicialmente y modifica el matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia y de la vida en común.

2.6. Antecedentes históricos en Guatemala

El Código Civil de Guatemala se ha inclinado expresamente por mantener el criterio doctrinario que considera al matrimonio como una institución. El Artículo 78 lo define así: "Artículo 78. El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar; y educar' a sus hijos y, auxiliarse entre si."

"Para el primer Código Civil de Guatemala, promulgado en 1877, el matrimonio era un contrato civil. El siguiente código, de 1933, ya considero el matrimonio como una institución social; en el mismo cuerpo legal se regula lo referente al divorcio tal como hoy en día se encuentra regulado".²⁷

El Código Civil dispone que el matrimonio se, modifica por la separación y se disuelve por el divorcio (Art. 153): Tanto, la separación de personas como el divorcio pueden ser

²⁷ Wanda, Cabella. **La evolución del divorcio**, Pág. 66.

solicitados ante el juez del domicilio conyugal y deben ser declarados judicialmente, en sentencia (Artículos. 426 y 434 del Código Procesal Civil y Mercantil) virtud de que el Código Civil trata conjuntamente de la separación de personas y del divorcio (libro 1, capítulo 1, párrafo VII), estableciendo las mismas causas para que proceda , uno u otro, debe tenerse presente que solo diferencia ambas figuras en cuanto a su efecto principal: por la separación, el matrimonio se modifica, quedando vigente el vínculo matrimonial por el divorcio, el, matrimonio se disuelve, rompiéndose dicho vínculo.

Separación de personas, así como divorcio, podrán declararse por mutuo acuerdo de los cónyuges, y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada (Art. 154 del Código Civil).

Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio:

- 1 °. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- 2°. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al horror y, en general, la conducta que, haga insoportable la vida en común;
- 3°. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de;
- 4°. La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
- 5°. El hecho de, que la mujer de a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de su celebración; siempre que; el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- 6°. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;

7°. La negativa infundada de uno de los cónyuges, a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a la que esta legalmente obligado;

8°. La disipación de la hacienda domestica;

9°. Los hábitos de juego de embriaguez o el uso indebido y constante, de estupefacientes, cuando amenazaren, causar la ruina de la familia o constituyan un continúe motivo de desavenencia conyugal;

10°. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;

11°. La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común, que merezca pena mayor de cinco años de prisión;

12°. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial el otro cónyuge, a la descendencia;

13°. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;

14°. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción; y

15°. Asimismo es causa para obtener el divorcio, la separación de personar declarada en sentencia firme. (Artículo 156 del Código Civil).

No son causa de separación ni de divorcio, los actos de infidelidad cometidos en convivencia o con el consentimiento del otro cónyuge, o cuando después de consumados y conocidos por el otro, han continuado los cónyuges conviviendo (Artículo 157 del mismo Código).

La separación o el divorcio por mutuo acuerdo, no podrán, solicitarse si no después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio (Artículos 154 del Código Civil y 426 del Código Procesal Civil y Mercantil). La separación y el divorcio por causa determinada, solo pueden solicitarse por el cónyuge inculpable, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos, en que se funde, la demanda. (Artículo 158 del Código Civil).

Tanto la, separación de personas como el divorcio, han de ser solicitados ante el juez competente del domicilio conyugal, y deben ser declarados, en sentencia (Artículos. 433 y 434 del Código Procesal Civil y Mercantil).

2.7. Efectos de la separación y del divorcio

Si la separación o el divorcio, se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán convenir a quien quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio, y por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educados y en su caso, en que proporción contribuirá cada uno de ellos con ese objeto (Artículo 163, incisos 1o. y 2o. Código Civil). El convenio debe ser aprobado por el juez que conoce del divorcio.

Si la separación o el divorcio se demandaran por causa determinada el juez deberá; resolver sobre los extremos indicados en el párrafo que antecede (Artículo 165). Tanto si se tratara de divorcio por mutuo acuerdo, como de divorcio, por causa determinada, no podrá: declararse la separación o el divorcio tras no estén suficientemente garantizadas la alimentación, y la educación de los hijos (Artículo 165). Esta previsto en la ley que los

padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos; pero, el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos: Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, el juez cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con los hijos (Artículo 166).

Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos; también, vigilar su educación (Artículo 167 Código Civil).

2.8. Efectos de la separación y el divorcio sobre la patria potestad

En virtud de la separación o del divorcio, la patria potestad normalmente ejercida en el matrimonio por el padre y la madre, conjuntamente, se ejercerá por el padre o, la madre, en cuyo poder este el hijo (Artículo 252 Código Civil).

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, son efectos comunes de la declaración y del divorcio (Artículo 158). Se entenderá realizado ese su puesto legal, cuando la causa de la separación o del divorcio este basada en un hecho

atentatorio a la moral o a las buenas costumbres o en un hecho delictuoso, cometido por el cónyuge culpable. (Artículos 155, 159, 273 y 274 Código Civil).

2.9. Efectos de la separación y del divorcio sobre el régimen de bienes

La liquidación del patrimonio conyugal es un efecto común de la separación y del divorcio (Artículo 159, Inc. 1o. del Código Civil).

Al estar firme la sentencia que declare la separación o el divorcio, se procederá a liquidar el patrimonio conyugal en los términos prescritos las capitulaciones, por la ley o por las convenciones que hubiera celebrado los cónyuges (Artículo 170 Código Civil).

Por supuesto, si el régimen adoptado en el matrimonio es el de la declaración absoluta de bienes, los efectos patrimoniales de la separación o del divorcio resultan sumamente atenuados.

En cambio, si se adoptó el régimen de comunidad absoluta de bienes o el régimen de comunidad de gananciales, dichos efectos son relevantes. En todo caso, al procederse a la partición del patrimonio conyugal debe tenerse presente lo que la ley dispone en relación a los bienes propios de cada cónyuge y al manejo del hogar (Artículos 127 y 129 Código Civil).

2.10. El divorcio en el derecho comparado español

Para los españoles "El divorcio es una de las formas mediante las que puede disolverse el vínculo matrimonial; se da por roto el vínculo que una a los cónyuges de un matrimonio válidamente celebrado. Las otras formas de disolución de ese vínculo matrimonial son, la muerte y la declaración de fallecimiento".²⁸

Las características esenciales del proceso de divorcio en España son: la no necesidad de fundar la decisión de romper el vínculo matrimonial en causa alguna; la necesidad de intervención judicial para deshacer el vínculo matrimonial; basta con que hubiese transcurrido un mínimo de 3 meses desde la celebración del matrimonio. No cabe el divorcio de hecho, es necesaria una sentencia que declare el matrimonio disuelto.

El divorcio, puede ser solicitado en España por ambos cónyuges o uno de ellos con el consentimiento del otro. Junto a la demanda de separación habrá de presentarse una propuesta de convenio regulador. En este caso, nos encontraríamos ante un supuesto de divorcio de mutuo acuerdo. También puede ser solicitada por uno de los cónyuges, de forma unilateral. En este caso, nos encontraríamos ante un supuesto de divorcio contencioso.

En cuanto al convenio regulador y su contenido es necesario que existan determinadas cuestiones al respecto de las cuales es necesario establecer un marco de actuación en un proceso de separación, nulidad o divorcio. Habrá que determinar la manera en que

²⁸ Arguello, Luís Rodolfo. **Manual de Derecho Romano, Historia e instituciones**. Pág. 421.

se regularan asuntos tan relevantes como la custodia de los hijos comunes o el uso de la vivienda familiar, etc., dada la importancia de los mismos. El convenio regulador es una de las vías a través de las que se regulan estos aspectos puesto que permite establecer el marco mediante el que se regularan las relaciones de los cónyuges tras la separación, nulidad o divorcio. Las normas civiles permiten bastante autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones de las partes tras la nueva situación. Por ello, antes o durante la tramitación del procedimiento pueden pactar la mayoría de los aspectos de la misma. Los cónyuges pueden acordar cual es la pensión a pagar, con quien se quedan los niños, cual es el régimen de visitas, quien seguirá disfrutando de la vivienda familiar, etc.

En los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo el convenio regulador se convierte en un requisito imprescindible que debe acompañar a la presentación de la demanda. Este convenio permite una cierta libertad de pacto entre los cónyuges, pero solo llegara a ser vinculante si el Juez, una vez comprobada su legalidad, lo incluye en la sentencia. De lo contrario, el Juez suplirá las carencias del convenio presentado por los cónyuges, tras ofrecerles la posibilidad de modificarlo.

En los casos en que no se realiza la aportación de un convenio regulador, (separación y divorcios contenciosos y nulidad) será el Juez, en la sentencia, el que establezca todas las normas que regularan la relación entre los cónyuges (con quien se quedan los niños, cual es el régimen de visitas, quien seguirá disfrutando de la vivienda familiar, etc.), si bien ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que los cónyuges, en los procedimientos contenciosos de separación y divorcio y en el de nulidad matrimonial,

en la propia celebración del juicio, sometan a la aprobación del Juez los acuerdos a los que hubieren llegado sobre las consecuencias que tendrá la nulidad, separación o divorcio, en la propia celebración del juicio.

El contenido debe referirse, al menos, a los siguientes aspectos:

- Quien disfrutara del uso de la vivienda y del ajuar familiar;
- Quien se quedara a cargo de los hijos comunes, como se desarrollara el ejercicio de la patria potestad (conjunto de derechos y deberes de los padres para con los hijos), el régimen de visitas y las comunicaciones y estancias con los hijos;
- El régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, si el establecimiento de dicho régimen se considera necesario;
- Como se contribuirá a las cargas del matrimonio (Pensiones de alimentos para los hijos menores de edad; para los mayores de edad; los gastos derivados de la vivienda familiar, etc.);
- La liquidación, si precede, del régimen económico del matrimonio; y
- La pensión que, en su caso deberá pagar un cónyuge a otro.

El convenio regulador, o las medidas adoptadas por el Juez en su defecto, podrán ser modificados judicialmente con posterioridad si cambian las circunstancias que fueron determinantes a la hora de su adopción, a través del denominado incidente de modificación de medidas.

La forma en que se puede plantear un divorcio en España es de mutuo acuerdo, por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y de forma contenciosa por uno de los cónyuges unilateralmente.

Los requisitos necesarios para solicitar el divorcio de mutuo acuerdo o consensual es que para proceder a este tipo de divorcio es que ambos cónyuges estén de acuerdo en deshacer el vínculo que los une y que así lo soliciten al Juzgado y que hubiesen transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. Esa solicitud, denominada demanda de divorcio, es un escrito dirigido al Juzgado en el que solicitan la ruptura del vínculo matrimonial los dos cónyuges conjuntamente o solamente uno, y el otro se adhiere posteriormente a esa petición. Como ya se ha señalado. Otro requisito imprescindible consiste en que se presente junto con la demanda de divorcio una propuesta de convenio regulador.

El divorcio en España se halla condicionado, en la mayoría de los supuestos, a la existencia de un previo cese efectivo de convivencia durante un periodo de tiempo que oscila entre uno y cinco años en función de las circunstancias (salvo en el caso de condena firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes). "No existe la posibilidad de divorcio por mutuo acuerdo si no concurren dichas circunstancias. Si concurren, los cónyuges pueden presentar una demanda conjunta y un convenio regulador que recoja los acuerdos que hayan alcanzado sobre las medidas que han de ser adoptadas en relación con el domicilio conyugal, el cuidado

y el sostenimiento de los hijos, la división de los bienes comunes, y las eventuales pensiones entre los esposos”.²⁹

En cuanto a las causas de divorcio en España la regulación del divorcio en España se halla inspirada en la doctrina del divorcio remedio y pretende poner solución legal a una situación de cese efectivo de convivencia previo que se entiende irreparable o definitiva dado el tiempo durante la que se prolongo y las circunstancias en que se produjo.

Son causas de divorcio para la legislación española:

1. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año interrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.
2. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año interrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.
3. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años interrumpidos:

²⁹ Parades, Mariana. **Los cambios en la familia española.** Pág. 65.

a. Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos;

b. cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Quedan excluidos, por tanto, la idea de la culpabilidad de uno de los cónyuges y el mutuo acuerdo como causas de divorcio invocarlos ante los tribunales, salvo el supuesto de atentado contra la vida del otro cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Los efectos que provoca el divorcio en la legislación española son:

a) La relación personal entre los cónyuges: El primer efecto del divorcio es la disolución del vínculo matrimonial. En consecuencia, produce la extinción de la obligación de convivencia y socorro mutuo que se deriva de el, y los esposos vuelven a ser libres para contraer nuevo matrimonio. Como quiera que el matrimonio no provoque en España la pérdida del nombre de ninguno de los esposos, el divorcio tampoco da lugar a alteración alguna en el. La única alteración de la condición personal de los esposos que

provoca es el cambio de estado civil, pasando de tener la condición de casado a la de divorciado.

b) El reparto de los bienes entre los esposos: El divorcio da lugar a la disolución del régimen económico matrimonial y abre la liquidación del haber común que pudieran haber formado, que culmina con la distribución entre ellos de los bienes comunes, proceso que vendrá determinado por el régimen económico que haya regido el matrimonio.

c) Los hijos menores del matrimonio: La sentencia de divorcio no altera las relaciones paterno filiales para con los hijos comunes, salvo en lo que se refiere a la potestad de guarda, sobre la que ha de pronunciarse el tribunal que declare el divorcio, bien atribuyéndola a uno de los cónyuges con el establecimiento de un régimen de visitas para el otro, bien estatuyendo un régimen de guarda y custodia compartida por ambos esposos, si bien esta última posibilidad es en la actualidad raramente acogida en las resoluciones de los tribunales.

Las reformas más importantes al Código Civil español abarca casi los 50 primeros años, solo se cambia el Código para facilitar el uso del testamento ológrafo, suprimiendo el requisito del papel sellado; acordando acomodar la sucesión del abintestato a la realidad social de la familia, y reducir el grado de suceder al cuarto grado. Desde entonces las principales modificaciones han sido las siguientes:

- En mayo de 1978 se modificaron diversos Artículos como consecuencia de la despenalización del adulterio y del amancebamiento.

- En noviembre de 1978 se modificaron también algunos Artículos para recoger el establecimiento de la mayoría de edad a los 18 años.
- En 1990 se hacen desaparecer cualquier discriminación por razón de sexo.
- “En 2005 se modifico su Artículo 90 para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción de niños por dichas parejas. Entre las reformas introducidas por la Ley 15/2005 de 8 de julio se encuentra la eliminación de las causas legales para la separación y el divorcio, así como permitiéndose lo que coloquialmente se ha denominado divorcio Express, es decir, poder ejercer la acción de divorcio pasados tres meses después de la celebración del matrimonio sin tener que pasar previamente por la institución de la separación; así como también lo referente al divorcio tácito es decir aquel que surge luego de la ausencia de uno de los cónyuges por más de seis años, lo cual provoca la libertad de estado para ambos cónyuges, libres para contraer nuevas nupcias”.³⁰

2.11. El régimen dual por la vía concordataria del divorcio en distintas legislaciones

En estos últimos cincuenta años, caracterizados por la progresiva secularización del matrimonio en las legislaciones civiles, la única moderación ha sido lograda por la Iglesia Católica, a través de algunos Concordatos, que han permitido que los ciudadanos católicos -en el contexto de un sistema de matrimonio civil facultativo- pudieran contraer matrimonio de acuerdo con sus convicciones y sus usos sociales, con

³⁰ **Ibíd.** Pág. 69.

la garantía civil de la indisolubilidad de su unión. De tal modo quedo establecido en el ordenamiento de los respectivos Estados un régimen dual respecto del divorcio.

"Es el caso de Portugal, que revisa su sistema de matrimonio civil obligatorio y su régimen divorcista, vigentes desde 1910, al suscribir con la Santa Sede un Concordato, el 7 mayo de 1940. En su Artículo XXIV quedaba convenido: En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio católico, se entiende que por el solo hecho de la celebración del matrimonio canónico, los cónyuges renunciaran a la facultad civil de solicitar el divorcio, por lo que no podrá ser aplicado por los tribunales civiles a los matrimonios católicos. Una cláusula prácticamente idéntica se establece en el Artículo XV del Concordato con la República Dominicana, de 6 agosto 1954. Los dos textos solo se distinguen en que el portugués dice: los cónyuges renunciaran»; mientras que, a tenor del dominicano, «los cónyuges renuncian. Esta variante tal vez sea el origen de la formulación que el sistema adopta, al revisarse el Código Civil, portugués en 1966, cuyo Artículo 1.790 abandona la presunción iuris et de lure para decir: No pueden disolverse por divorcio los matrimonios católicos celebrados desde 1 agosto 1940, ni tampoco los matrimonios civiles cuando, a partir de esta fecha, haya sido celebrado el matrimonio católico entre los mismos cónyuges".³¹

La introducción del divorcio en la legislación italiana, mediante la ley de 1 diciembre 1970, que lo aplica también al matrimonio canónico -si bien con el eufemismo de cesar en tal caso los efectos civiles va a tener gran influencia en el derecho concordatario. Con los Pactos de Letrán, al sistema de matrimonio civil obligatorio sucedió el

³¹Ibíd. Pág. 69.

matrimonio civil facultativo comúnmente llamado de tipo latino o católico; y fue conservada para todo matrimonio también para el civil la indisolubilidad, que había sido un principio básico del régimen anterior.

El mismo día en que el Parlamento italiano aprueba la ley de divorcio, se publica un mensaje dirigido a los italianos suscritos por 20 personalidades de la cultura y de la ciencia -encabezados por el Prof. GABRIO LOMBARDI- en el que anuncian su propósito de promover un referéndum para la abrogación de la ley. Han de transcurrir las de tres años hasta su celebración, que tiene lugar el 12 mayo 1974.

Durante este periodo, y por influencia sin duda del acto del Parlamento y del referéndum convocado, se producen varios hechos de interés para nuestro tema. Uno de ellos de marcada significación es el régimen establecido en Colombia como consecuencia del Concordato suscrito con la Santa Sede el 12 julio 1973. Aquí se parte de una situación diferente de la que existía en Italia y en Portugal al tiempo de concertarse los respectivos acuerdos con la Iglesia, en 1929 y en 1940.

En Colombia venía rigiendo un sistema semejante al español de aquella época de matrimonio civil subsidiario. Con el Concordato de 1973 se introduce el matrimonio civil facultativo de tipo latino o católico. La Conferencia episcopal lo explica en un comunicado con ocasión de la firma del Concordato: El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio católico con sus esenciales características de unidad e indisolubilidad, pero ni lo impone a quienes no aceptan la naturaleza y consecuencias

del matrimonio sacramental, ni exige declaración formal de haber abandonado la fe como condición previa a los católicos que contraigan matrimonio civil.

La expresa referencia a la indisolubilidad como característica esencial del matrimonio católico, viene a ser una clara toma de postura de la autoridad eclesiástica frente al criterio mantenido por el Gobierno italiano en la negociación diplomática con la Santa Sede durante la tramitación parlamentaria de la ley de divorcio de 1970. En Colombia, el criterio del Concordato de 1973 -que no entra en vigor hasta el 2 julio 1975- queda acogido, con el adecuado respeto en el ordenamiento civil de la indisolubilidad del matrimonio canónico, en la ley de 19 enero 1976, por la que se excluye el divorcio para el matrimonio concordatario, mientras se introduce para el matrimonio civil, incluso para los contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.

Se había llegado así a una fórmula análoga a la que había acogido el Concordato portugués de 1940. Pero este logro se alcanzaba, paradójicamente, cuando dejaba de tener vigencia el sistema que había servido de modelo.

En Portugal, la campaña para la aplicación del divorcio al matrimonio canónico llega a su punto culminante a raíz de aprobarse la ley italiana el 1 diciembre 1970. Poco después, se hace eco de esa campaña, en enero 1971, ante la Asamblea Nacional, en un largo discurso para pedir que sin demora la Iglesia o el Estado portugués tomen la iniciativa para poner termino a la situación creada por el Artículo XXIV del Concordato de 1940. Habrán de transcurrir cuatro años durante los cuales se habrá celebrado en Italia el referéndum para la abrogación de la ley de divorcio hasta llegar, el 15 febrero

1975, a la firma de un Protocolo adicional, por el que se modifica el Artículo XXIV del Concordato de 1940 en los términos siguientes:

“Al celebrar el matrimonio católico, los cónyuges asumen por este mismo hecho, ante la Iglesia, la obligación de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar sus propiedades esenciales”.³²

Es de notar que, en términos semejantes, la Santa Sede reafirma el valor permanente de la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio, en los sucesivos Acuerdos con el Estado español y con Italia; bien entendido que la Iglesia no defiende solo la indisolubilidad del matrimonio sacramento, sino también del matrimonio natural. Esa fue la razón de que los promotores del referéndum para la abrogación de la ley italiana formularan la cuestión objeto de la consulta con referendo al matrimonio civil, lo que, por lo demás, alcanzaba también a los efectos civiles del matrimonio canónico transcrito.

Gabrio Lombardi ha escrito recientemente que en el otoño-invierno 1973-1974 se le pregunto reservadamente, desde distintos sectores, si los promotores del referéndum estarían dispuestos a no oponerse a una ley que conservase el divorcio para el matrimonio civil y restableciese la indisolubilidad para los efectos civiles del matrimonio canónico transcrito, propuesta que fue rechazada. En 1987, Augusto del Noce recordaba que, después de aprobarse la ley en 1970, había defendido en numerosos Artículos de prensa la posibilidad legal de dos tipos de uniones, fundada una sobre la

³² Ruben, Katzman, *Integración y marginalidad en el Uruguay*. Pág. 566.

indisolubilidad, y otra distinta, a la que sería de aplicación el divorcio; y añadía que esta modificación de la Ley Fortuna-Baslini habría sido aceptada por el ala más moderada de los divorcistas, incluso por los mismos comunistas. En parecidos términos se había pronunciado Andreotti, en varios Artículos publicados en la revista *Concretezza*, en los que proponía -para modificar la ley y evitar el referéndum- un doble estatuto: para el matrimonio civil, con la posibilidad de divorcio; y para el matrimonio concordatario, del que se excluiría esa posibilidad. En uno de estos Artículos aludía también a la sugerencia de quienes opinaban que, para todo tipo de matrimonio, debería sancionarse la facultad de elegir entre el régimen de divorcio o la insolubilidad; doctrina defendida desde hacia tiempo por juristas de otros países.

“La doctrina a que se refiere distinta del sistema dual por vía concordataria se formula en Francia, principalmente por los hermanos León y Henri Mazeaud, profesores ambos de la Facultad de Derecho de París, que tienen como precursores a otros eminentes juristas franceses. Se trata de reconocer legalmente la alternativa de los cónyuges por un matrimonio indisoluble, a partir de un régimen divorcista en un sistema de matrimonio civil obligatorio”.³³

Defendida por juristas de inspiración católica, la solución propuesta no se funda en razones confesionales. La tutela de la ley civil se pide para cuantos pretenden contraer un matrimonio indisoluble, por razones o no de carácter religiosa. El argumento central de la propuesta gira en torno a la existencia de dos concepciones distintas del matrimonio que corresponded respectivamente, a los que defienden el divorcio y a

³³ *Ibíd.* Pág. 570.

quienes lo rechazan. La propuesta responde a un planteamiento realista, que da por descontada la inviabilidad, en las circunstancias actuales, de una reforma de la ley civil que consagrara la indisolubilidad para todo matrimonio. Se acepta el pluralismo, pero con la congruencia que exige la obligada observancia del principio de igualdad, que pide amparar civilmente a los contrayentes que, en uso de su libertad, solo quieren la unión conyugal con el compromiso de no ejercitar la facultad de divorcio que la ley reconoce como régimen general.

Francia ha sido de los países en que el debate en torno al divorcio vincular ha alcanzado, durante mucho tiempo, mayor virulencia, enfrentando con particular viveza a sus partidarios y detractores. En el plano legislativo se han sucedido las etapas de admisión y de abolición, siempre con criterio de uniformidad, es decir, aplicando a todo matrimonio el régimen de disolubilidad o su contrario.

Estos son los datos de que parte León Mazeaud al publicar en 1945 un artículo en el que propone una solución al problema del divorcio. Es posible -escribe-entenderse, en la libertad, por la libertad. Unos quieren un matrimonio que sea disuelto por el divorcio; los otros, un matrimonio indisoluble. Nuestras leyes han decretado sucesivamente el matrimonio indisoluble, luego, disoluble. Que lo decreten disoluble e indisoluble a elección de los futuros esposos.

Aquí reside la originalidad del nuevo parlamentario. El legislador ha de tutelar simultáneamente una y otra concepción del matrimonio, consagrando en un texto legal la correspondiente opción de los contrayentes. La propuesta acoge la opción dentro del



régimen común del que se parte, es decir, del matrimonio civilmente disoluble. Por ser este el régimen común, el silencio guardado por los esposos será el signo de que optan por el matrimonio disoluble. Quienes prefieran el matrimonio indisoluble tendrán que reclamarlo ante el Oficial de estado civil.

En este mismo año de 1945 se instituye, por Decreto de 7 junio, dependiente del Ministerio de Justicia, una Comisión encargada de revisar el Código Civil francés. Corresponde a la Subcomisión Personas y Familias el estudio del problema de una posible reforma del divorcio. De esta Subcomisión es miembro el Profesor Henri Mazeaud, que presenta la formula ya propuesta por su hermano León. La defenderá ante el pleno de la Comisión, en la sesión de 5 diciembre 1947, en la que se entabla un amplio debate sobre el tema; a su término, el presidente somete a votación el proyecto MAZEAUD: La cuestión dice esta en saber si ustedes permiten que pueda haber dos matrimonios diferentes según la declaración de los esposos: un matrimonio disoluble y un matrimonio indisoluble. El proyecto es rechazado por nueve votos contra dos. Una sucinta refrenda al tema se encuentra en la exposición de motivos del anteproyecto de Código elaborado por la Comisión de Reforma, que resume el debate en los términos siguientes:

En el momento de empezar el estudio del anteproyecto cuyo título es del divorcio y de la separación de cónyuges presentado por la subcomisión, la Comisión fue interpelada por uno de sus miembros, el Prof. M. Henri Mazeaud, con una proposición que limitaba la concesión del divorcio a los supuestos en que los esposos no hubieran declarado, durante la celebración, querer contraer un matrimonio indisoluble. Esta propuesta

ofrecía a los contrayentes, en el momento de la celebración del matrimonio, una opción entre un matrimonio indisoluble y otro susceptible de ser disuelto por divorcio.

“Según el autor, el sistema preconizado hubiera tenido el merito de permitir a los futuros esposos elegir libremente y de común acuerdo el tipo de matrimonio que mejor responda a sus convicciones religiosas; hubiera evitado todo engaño por parte de uno de los esposos en cuanto al alcance de los compromisos que se adquieren; hubiera podido, finalmente, reducir en cierta manera el numero de divorcios”.³⁴

La Comisión no ha considerado oportuno adoptar la sugerencia que le fue presentada. En efecto, le ha parecido de una parte que el compromiso de no divorciarse, tornado quizá inconsideradamente en el momento de la celebración, tenía el riesgo de revelarse de hecho imposible de cumplir en el momento en que surgieran motivos de divorcio.

En el texto transcrito se contienen -aunque con una formulación intencionadamente de poco relieve- los dos principales argumentos, tradicionales en la doctrina de los divorcistas, que se oponen frontalmente a la reforma propugnada por Mazeaud. Se habla de las convicciones religiosas como motivo para elegir el matrimonio indisoluble. Con estas palabras se quiere decir que la indisolubilidad matrimonial queda limitada al piano de la conciencia, por lo que no puede ser objeto de tutela por parte de la ley civil. El otro decisivo argumento es la afirmación de la imposibilidad que existe de hecho para cumplir el compromiso de no divorciarse; imposibilidad que se aduce como consecuencia de un determinado concepto de la libertad, que no admite la validez

³⁴ Svarer, Michael. **Causas Determinantes del divorcio en Dinamarca**, pág. 654.

jurídica de los compromisos personales asumidos de por vida, y niega, por tanto, la admisibilidad de un pacto conyugal irrevocable.

La tesis del matrimonio civil civilmente indisoluble a elección de los contrayentes, será defendida también, en octubre de 1953, por el Prof. Henri Mazeaud en el Congreso Internacional de Juristas Católicos, organizado por Pax Romana, que tuvo lugar en territorio francés, en Royaumont, para tratar de la familia en el orden jurídico.

Por lo que a mi tema se refiere, merecen subrayarse algunas consideraciones de interés. Ante todo, es de notar el fundamento con que se presenta la propuesta, que no arguye en favor de la opción razones confesionales: el derecho al matrimonio indisoluble-se sostiene- es de carácter universal y debe ser reconocido a todos los contrayentes que lo deseen, por lo que no se trata de obtener una norma especial para católicos. Se examina también en el seno del congreso la conformidad del sistema de divorcio opcional con la doctrina de la Iglesia Católica.

El Congreso aprueba por unanimidad la formula del Prof. Henri Mazeaud, con estas palabras: "El Congreso considera que el único remedio verdaderamente eficaz, en conformidad con la Ley de la Iglesia, es la supresión del divorcio, proclama esta supresión, y si no es posible, invoca al menos la prohibición del divorcio para todos aquellos esposos que se han unido indisolublemente conforme a la ley que ha presidido la formación de su vínculo".³⁵

³⁵ Mazeaud, Henri, *Derecho Civil I. Obligaciones Tomo I*, Pág. 4.

En 1956 el Prof. Henri Mazeaud expuso las características y el alcance de su formula en una conferencia sobre: Los proyectos de reforma en materia de divorcio, pronunciada en el Instituto Católico de Paris, en la Tercera Sesión de estudios de Derecho Canónico. Hará particular referencia a las ventajas que su propuesta -aplicable a todo matrimonio- representa para los cónyuges católicos.

Afirma que, con el régimen de divorcio establecido, se ha prohibido a los católicos contraer un matrimonio indisoluble, y se pregunta: No son libres, cuando se casan, de hacerlo para toda la vida. Tal compromiso, es contrario al orden público o a la moral. La ley civil, al permitir el divorcio, concede a los católicos la posibilidad de violar la ley religiosa, pues los somete a la tentación de volverse a casar. Frente a dos nociones distintas de matrimonio, se propone una formula legal que respeta ambas; lo cual es viable, como se comprueba en los países donde está vigente la opción como consecuencia de haber concordado tal régimen con la Iglesia Católica.

La fórmula alternativa u opcional ha tenido importantes repercusiones en la doctrina científica en varios países. También ha sido objeto de consideración, aunque sin resultados positivos en las asambleas legislativas de España y Argentina.

Durante el debate parlamentario de la ley española 30/81 de 7 julio, por la que se introduciría el divorcio, fue defendido por parte de algunos diputados o de algún grupo parlamentario un régimen legal que permitiera a los cónyuges optar por un matrimonio disoluble o indisoluble. Esto se hizo con dos tipos de propuestas: unas, con invocación del concordato vigente, para conseguir la tutela de la indisolubilidad del matrimonio

contraído en forma canónica; otras, para amparar la indisolubilidad, cualquiera que fuera la forma de celebración, siempre que los cónyuges, en el momento de contraer, hubieran realizado un pacto de indisolubilidad inscribible en el registro.

“El sistema de divorcio opcional fue también objeto de debate en las cámaras argentinas con motivo de la reforma del régimen de la familia llevada a cabo por la ley 23.515, sancionada el 3 junio 1987. Esta ley introduce en el sistema matrimonial argentino de matrimonio civil obligatorio el divorcio vincular, y rechaza expresamente la opción de los cónyuges que deseen contraer un matrimonio indisoluble. Uno de los comentaristas de la reforma dice de modo muy expresivo: Hemos pasado de un sistema de divorcio vincular prohibido a otro de matrimonio indisoluble prohibido. En un tema como este en el que están en juego las convicciones más íntimas de las personas, considero que hubiera sido preferible que la ley diera cabida a ambos regímenes, a opción de los contrayentes”.³⁶

2.12. El divorcio express

Esta clase de divorcio consiste en que eliminada la necesidad de la separación previa para pedir el divorcio: las parejas que quieran divorciarse podrán hacerlo una vez que hayan transcurrido tres meses (según la legislación española), desde el día en que se casaron, sin tener que haberse separado primero.

³⁶ *Ibíd.* Pág. 570.

2.13. Divorcio vincular

"Antes de que se reconociera esta modalidad de divorcio, era necesario invocar un motivo justificante de divorcio, generalmente mala conducta por parte de alguno de los esposos. El así llamado divorcio sin culpa o vincular, pensado para suavizar la ruptura, no ha traído las ventajas esperadas y ha tenido otras consecuencias más graves, es decir que en la actualidad no es necesario una causal que provoque el divorcio o la disolución del matrimonio".³⁷

2.14. El divorcio tácito

Es aquel en el cual uno de los cónyuges abandona otro por más de tres años consecutivos sin hacerse responsable de sus obligaciones o cargas familiares, lo cual conlleva la facultad del cónyuge inculpable de solicitar el divorcio sin más trámite, solo con hacer costar la ausencia definitiva del cónyuge culpable.

³⁷ Maggie Gallagher. **Institute for American Values**, en la revista First Things. Pág. 36.

CAPÍTULO III

3. Diferencias entre separación y divorcio tácito

La separación solo modifica el matrimonio, y el divorcio lo disuelve. En la separación se produce solamente la interrupción o suspensión de la vida conyugal, en el divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevas nupcias.

La separación matrimonial es una situación jurídica intermedia entre el matrimonio y el divorcio. En muchos ordenamientos jurídicos, la ley no contempla la posibilidad del divorcio, por motivos principalmente religiosos o culturales (el caso emblemático es el del derecho canónico, que ha influido en muchos ordenamientos jurídicos de países de mayoría cristiana). Por ese motivo, se ha creado un sistema a medio camino entre el matrimonio y el divorcio, que permite que siga existiendo el vínculo matrimonial, mientras que se terminan muchos de los derechos y obligaciones existentes para una pareja casada.

3.1. Efectos

Lo más habitual en un régimen de separación matrimonial, aunque puede variar en función del ordenamiento jurídico, es que existan las siguientes diferencias con el vínculo matrimonial:

- Desaparece la obligación de vivir en el domicilio conyugal (en las legislaciones donde esta obligación existe). Este es un requisito esencial en la separación.

- Se debe liquidar el régimen económico matrimonial. A partir de la separación, las partes liquidan la comunidad de bienes (en el caso de que existiese), y pasan a regirse por separación de bienes como si no estuviesen casados.
- Se precede a repartir la custodia legal de los hijos, el régimen de visitas y la pensión de alimentos en favor de los hijos en su caso.
- Si la legislación lo contempla y si existe desequilibrio económico entre los cónyuges, se puede establecer la pensión compensatoria (también denominada en algunos casos pensión de alimentos) de un cónyuge al otro.
- Los separados pierden los derechos hereditarios que corresponden a los cónyuges. La principal diferencia entre la separación y el divorcio es que el matrimonio sigue existiendo. Por este motivo:
 - Una persona separada no puede volver a contraer matrimonio, porque incurriría en bigamia.
 - Una persona separada, puede divorciarse posteriormente.

La separación de hecho y separación judicial se diferencia habitualmente entre la situación de separación de hecho y la de separación judicial. En ambos casos se da la situación fáctica de separación de la pareja, y ruptura de la convivencia. Sin embargo, la separación judicial (que es a la que aludimos normalmente cuando hablamos de

separación matrimonial) es la establecida mediante una sentencia judicial e implica un mayor número de efectos jurídicos que la separación de hecho. La liquidación del régimen económico matrimonial, las pensiones y custodias correspondientes, por ejemplo, las dicta necesariamente el juez.

La separación de hecho, por lo tanto, es una situación fáctica, aunque a veces se le reconoce algún efecto jurídico. Por ejemplo, la separación de hecho puede ser una causa para solicitar la declaración de divorcio, como así sucede en Chile y España.

3.2. Aspectos sobre el divorcio y separación en Guatemala

En Guatemala, como quedo apuntado, existen tan solo dos clases de divorcio que son: el contencioso y el voluntario. El primero es aquel que es declarado por el juez en virtud del desarrollo de un juicio que se puede par por que uno de los cónyuges se rehúsa al divorcio o por alguna de las causales mencionadas en el Artículo 155 del Código Civil, Decreto Ley 106; otra de las formas como quedo establecido es por mutuo consentimiento, que como su nombre lo indica, ambas partes se encuentran de acuerdo con la disolución matrimonial.

Las diferencias entre separación y divorcio tácito, es que la separación consiste en una autorización que da el juez a los cónyuges para que puedan vivir separados de cuerpos y bienes, pero sin que se posibilite con ella que los cónyuges vuelvan a contraer nuevo matrimonio. Con el divorcio, el vínculo matrimonial se disuelve, y los cónyuges pueden volver a contraer matrimonio.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve, por el divorcio. En cuanto a la separación se debe de indicar que es la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial.

Hace tres décadas se afirmaba que el tema referido a los principios generales del derecho era uno de los más discutidos. Hoy puede continuar siendo discutido y discutible, aunque estimamos que poca atención se ha puesto al respecto.

Se afirmaba también que fue poco estudiado y difundido. No parece haber acuerdo, no porque se hayan creado los ámbitos y las posibilidades de discusión, sino porque aisladamente cada cual ha dado su opinión, no pocas veces de un modo parcial.

Se había estimado que los principios generales del derecho son máximas o axiomas jurídicos recopilados históricamente; o son los dictados de la razón admitidos legalmente, como fundamento inmediato de sus disposiciones. Según puede observarse, en estos dos puntos de vista, el primero se vincula más a la historia, sin establecer jerarquía ni vinculación con los diversos ordenamientos nacionales; y, en el segundo, se trataría solo de su admisión legal como fundamento inmediato de la ley, sin considerar los principios fijados en ella.

Se ha presentado al reconocimiento de los principios generales del derecho como una autorización o invitación de la ley para la libre creación del derecho por el juez. En este caso la ley le dice a los jueces: Pueden crear derecho mediante los principios

generales. En otro punto de vista, constituyen el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante. Es decir, no considera, tampoco, la posible inserción legal del principio, y es producto de la creación doctrinaria para actualizar la ley según la opinión jurídica dominante, por lo cual sobreestima el papel de la doctrina.

Asimismo se los ha conceptualizado como normas generales del derecho, expresión concreta del derecho natural, reglas universales de que la razón especulativa se sirve para encontrar soluciones particulares justas y equitativas cual los preceptos del derecho.

Igualmente, se los considera un derecho universal común, general por su naturaleza y subsidiario por su función, aplicando como supletorio a las lagunas del derecho. Según el Código Civil Español, relimado en 1974, los principios generales del derecho se aplican a falta de costumbre o ley, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

No se alcanza todavía a conceptualizar cabalmente y de modo óptimo a los principios generales del derecho; con los elementos anotados líneas arriba podría componerse congruentemente una idea aproximada, pero no una definición, categoría rígida que excluye componentes y que, por tal, se enerva con los cambios dinámicos que se producen en el ordenamiento jurídico-legal.

Carlos Santiago Nino ve, en los principios generales del derecho, una técnica dogmática para justificar soluciones originales. En nuestra opinión, los principios pueden señalar contradicciones en el ordenamiento legal, llenar lagunas, perfeccionar el derecho, o crearlo, introducir en este contenidos mayores de justicia, interpretar con más precisión al derecho, sustituir normas inaplicables o ineficaces, etcétera.

Empero, según dicho autor, la dogmática muestra con los principios su compatibilidad con el derecho legislado y su función de reformulación, salvando sus imperfecciones formales y adecuándolo a los estándares valorativos vigentes.

Los juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar.

Los principios no tienen que pretenderse siempre como equivalentes a las normas pues si fuese así serían superfluos o discutibles, a no ser que se los utilice solo por lo que es, en una opinión filosófica, esto es causa o fundamento.

Estos conceptos y algunos otros, ya citados, crean el convencimiento de que el juez tiene legitimación para crear derecho, bajo ciertas circunstancias y con razonables condicionamientos. Y, en todo caso, debería tratarse de los principios generales o específicos, en su caso correspondiente al orden jurídico nacional, al ser de una nación y a la conciencia jurídica del pueblo.

Esto último no excluye la posibilidad de considerar como principio jurídico general a cualquier principio que sea congruente con los presupuestos mencionados. De otro modo: un principio general del derecho extranjero puede ser coincidente con el espíritu de nuestro pueblo y con nuestro ordenamiento jurídico. La filosofía jurídica brinda ejemplos, al respecto.

3.3. Principios del orden jurídico en relación al divorcio

Se debe considerar principios, de un modo general, rescatando opiniones de la filosofía jurídica y de la ciencia del derecho, de un modo comparado y, entonces, sin limitar la exposición a nuestro país; algunos de estos principios han gozado de general aceptación.

Podrá verse como algunos nos resultan comunes y como es posible su creación, razón mediante; como pueden confundirse o fundirse con valores; o como se nutren en los distintos orbes del saber, del sentimiento y la conciencia.

Dentro de los principios están:

3.3.1. Principio Ontológico

La libertad es lo primero: todo lo que no está prohibido está permitido. Denominado principio de clausura.

No requiere que este legislado, es un principio necesario de todo orden jurídico. Pero sucede que este principio no llena las lagunas normativas, pudiendo haber conductas que no estén prohibidas ni estén permitidas y que interesan por sus consecuencias respecto a terceros o a la sociedad y no tienen una solución adecuada en el mundo normativo, de una sociedad jurídicamente organizada. Recuérdese que para Kelsen no puede haber lagunas en el derecho y el principio de clausura armoniza con la teoría kelseniana.

3.3.2. Principio de respeto

Desenvuelto por Rudolf Stammler, partidario del neokantismo de la Escuela de Marburgo. Para Stammler, el derecho no puede estar vinculado a contenidos empíricos determinados, pues entonces sus normas carecerían de validez universal. Ello no significa que el derecho sea independiente de la sociedad. El derecho ostenta universalidad y formalidad (el derecho es la condición lógica de la ciencia social), lo que se hace patente especialmente en lo que Stammler llama el derecho justo, esto es, el derecho que posee propiedades objetivas no basadas en condiciones históricas dadas o en propósitos que tiene una comunidad con respecto al futuro. Según Stammler (ver Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía), dicha idea del derecho es la única que puede hacer posible la unidad jurídica de una comunidad y aun la visión de todas las comunidades sociales como un todo sometido a normas objetivamente validas. Sobre este cimiento, menciona dos principios: el de respeto y el de solidaridad.

El primero, como principio de un derecho justo tiene dos facetas:

- a) Una voluntad no debe quedar a merced de lo que otro arbitrariamente disponga; y
- b) Toda exigencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado se siga viendo al prójimo.

3.3.3. Principio de solidaridad

Contiene dos reglas:

- a) Un individuo jurídicamente vinculado no debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro; y
- b) Todo poder de disposición otorgado por el derecho solo podrá excluir a los demás del tal modo que en el excluido se siga viendo al prójimo.

3.3.4. Principio de efectividad

Se refiere al curso del ser, coincidente con el deber ser que la norma expresa. Toda norma tiene un máximo de cumplimiento en la comunidad (principio de efectividad) para que sea una norma verdadera.

3.3.5. Principio de la inviolabilidad de la persona humana

No se puede imponer cargas no compensables sin el consentimiento. Es un principio individualista. Se basa en Kant: Las personas son fines en si mismas y no pueden ser utilizadas como medios para beneficio de otros; los individuos son separables e

independientes, lo que hace que no se puedan tratar los deseos e intereses de diferentes personas como si fuera los de una misma persona, aunque se deban sacrificar intereses en aras de otros, más importantes.

En mi opinión, tal interpretación es aceptable, pero no debe separarse el bien individual del bien común y la prevalencia es del bien común, pero esto no implica que invariablemente en aras del bien común se impongan cargas no compensables; a veces coinciden el bien individual con el bien común y existen derechos que no pueden ser afectados: vida, libertad, integridad, honor, objeción de conciencia. No hay principios puros, todos se rozan o pueden graficarse con círculos o esferas que se superponen parcialmente y que han de entenderse dinámicamente, en movimiento constante, por lo que puede cambiar el alcance o la jerarquía. Con respecto a la impureza, *verbi gratia*, el principio ontológico presenta una zona común con el principio de la inviolabilidad de la persona humana.

3.3.6. Principio de la autonomía de la persona humana

Pertenece a la filosofía liberal. El estado diseña instituciones y es neutral respecto a los planes individuales, pero puede facilitar estos planes. La persona tiene el derecho de realizar actos que no perjudiquen a terceros.

3.3.7. Principio de la dignidad de la persona

Una de las formulaciones posibles, dice Nino, expresa que las personas deben ser tratadas para ciertos fines, sobre la base de sus acciones voluntarias y no según otras circunstancias, como raza, nacionalidad, sexo, clase social, creencias, etcétera.

“La dignidad se describe como calidades merecedoras de respeto, buen concepto, decoro, excelencia, normas de conducta recta y proba, buena fe y, en fin, una suma de condiciones y calidades personales”.³⁸

3.3.8. Principio de diferencia

a) Cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra decisiones arbitrarias, de voto, etcétera), que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

b) Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan dos condiciones:

- Ellas deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentren en la posición social menos aventajada (este es el llamado principio de diferencia), y

- Ellas deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

³⁸ Giorlandini, Juan Carlos. **Derecho de familia**, Pág. 232.

La prioridad de la libertad garantiza que nadie pueda ser privado de sus derechos básicos, en aras de un supuesto beneficio colectivo, si esa privación no es aceptable para el y no le es compensada con la ampliación de otras libertades de que el pueda gozar.

Este presunto principio es ajeno a nuestra historia, a nuestra cultura jurídica y a los contenidos de justicia aun vigentes en nuestro orden jurídico y, por lo poco que sabemos, si no se nos demuestra fundadamente, debería impugnarse por lo que sigue:

- Parte de la legitimación de desigualdades, que son profundas y que por su propia constitución y naturaleza profundiza la injusticia social nacional e internacional.
- Las desigualdades son dispuestas, es decir, consolidadas por el orden jurídico.
- No se explica como si están dispuestas y como si la economía ha generado semejantes brechas, la realidad (historia) no demuestra que los socialmente menos aventajados hayan tenido mejor movilidad social ascendente.
- El concepto de equitativa igualdad introduce un elemento de confusión en el concepto, porque la igualdad es contenido de la justicia, y puede resultar que la equidad, en este caso, sirva a las desigualdades dispuestas, lo que es también una contradicción y un absurdo.

3.3.9. Principio de mayor felicidad

Tiene basamento utilitarista, hedonista, pertenece a una teoría ética normativa que defiende este solo principio: La corrección moral de un acto está determinada por la contribución de sus consecuencias a la felicidad (entendida como suma de placeres, o satisfacción de deseos, intereses, etcétera), de todos quienes están afectados por tales consecuencias.



CAPÍTULO IV

4. Formas de solucionar el vacío legal referente al divorcio

4.1. La reforma a las leyes sustantivas que regulan el divorcio

En Guatemala el divorcio se encuentra regulado, en el Código Civil, Decreto Ley 106; el cual en el Artículo 153 establece: “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio”.

De la forma como podrá declararse el mismo cuerpo legal establece en el Artículo 154:

“La separación de personas como el divorcio, podrán declararse:

- Por mutuo acuerdo entre los cónyuges;
- Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio”.

Según lo que establece la norma, para poder obtener la disolución del matrimonio o su modificación es necesario que, si es por mutuo consentimiento, deba haber transcurrido por lo menos un año a partir de la fecha en la que se contrajo matrimonio y de seis meses si es por alguna de las causales invocadas por alguno de los contrayentes de conformidad con el Artículo 155 del mismo cuerpo legal.

El Artículo 158 del Código Civil establece, haciendo refrenda al plazo de seis meses mencionado anteriormente: “El divorcio y la separación sólo puede solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa de él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su conocimiento los hechos en que se funde su demanda”.

De todo lo anteriormente establecido es posible contemplar que no existe norma sustantiva alguna que se refiera al divorcio tácito, es decir, aquel que consiste que después de tres años de separación de uno de los cónyuges automáticamente el vínculo matrimonial quede disuelto salvo oposición de alguno de los cónyuges luego de haber sido solicitada por el otro. Dicha reforma llevaría aunado la libertad de estado de una forma más fácil para el cónyuge que ha sido abandonado de alguna forma, sin necesidad de solicitar primero la ausencia del mismo y luego el divorcio en su caso o de solicitar el divorcio contencioso, el cual es engorroso en la actualidad en cuanto a su trámite.

4.2. Reformas a la ley procesal que regula el divorcio

En Guatemala, la norma que adjetiva reguladora del divorcio es el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual regula lo referente a dicha figura jurídica a partir del Artículo 426, el cual establece: “El divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrá pedirse ante le juez del domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio; como es evidente en ninguna apartado del cuerpo legal en mención existe algo que se refiera al divorcio tácito en virtud de que nuestra legislación no lo contempla”.

Es necesario que una reforma posterior al cuerpo legal en mención contemple el divorcio tácito, es decir que cualquiera de los cónyuges pueda hacer la solicitud de divorcio al concurrir las causales que motivan dicha figura jurídica, o sea, el abandono de uno para con el otro cónyuge y que pueda pedirla dentro del año posterior a los tres años de separación de los cónyuges.

4.3. Creación de la figura jurídica del divorcio tácito

La creación de la figura jurídica referente al divorcio tácito en Guatemala es de vital importancia en virtud de que existen muchos matrimonios en los cuales uno de los cónyuges abandona el hogar (sin necesidad que se encuentre ausente) sin que la otra persona pueda obtener su libertad de estado de la forma más rápida posible, es decir, sin tanto trámite al respecto.

4.4. Aspectos a regular en el divorcio tácito

Los aspectos a tomar en cuenta respecto del divorcio tácito, a la luz de lo que establece la legislación española son:

Un divorcio más rápido y con menos costes es el objetivo de la reforma del divorcio que aprobó el congreso español. La ley que legalice el divorcio fue aprobada en 1981 y esta

es su primera reforma. Desde entonces, se han presentado más de millón y medio de demandas de separación o divorcio.

Estas son las claves de la reforma:

a. Divorcio sin separación

Ahora: Se elimina la necesidad de la separación previa para pedir el divorcio: las parejas que quieran divorciarse podrán hacerlo una vez que hayan transcurrido tres meses desde el día en que se casaron, sin tener que haberse separado primero. Se pretende agilizar el proceso de disolución del matrimonio y aliviar la carga de trabajo de los tribunales. La figura de la separación se mantiene para quien la desee (en ese caso es imposible contraer nuevo matrimonio).

Antes los matrimonios que quieren divorciarse han de esperar un año desde la celebración de la boda para pedir primero la separación y una vez que la han obtenido, iniciar un segundo proceso para conseguir el divorcio.

b. Sin alegar causas para divorciarse

Ahora: Suprime las causas para disolver o suspender el matrimonio.

Antes: Con la ley vigente, quien desea divorciarse debe alegar motivos en su demanda.

El primero es el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde que se presentó la demanda de separación, otras son el alcoholismo o la infidelidad.

c. Custodia compartida

Ahora: Esta fórmula permite que los niños vivan alternativamente con el padre y la madre. Tras varios cambios, se establece que cuando los progenitores acuerden compartir la guarda y custodia, el juez deberá concederla tras recabar en todo caso el informe del fiscal, que no será vinculante. También podrá escuchar la opinión de los hijos si lo considera oportuno o si lo piden el fiscal, las partes o los niños. Se prohíbe la custodia compartida si existe violencia familiar. El mayor punto de controversia es que el juez podrá concederla aunque no haya acuerdo entre los dos cónyuges: si la solicita solo uno de ellos, el juez podrá acordarla excepcionalmente tras analizar el del Ministerio Fiscal y un estudio de un equipo de especialistas.

Antes: Estaba admitida pero sin regular.

d. Fondo de garantía de los impagos

Ahora: Si un padre no paga el alimento de sus hijos menores, tal y como se acuerda en la resolución de divorcio, el Estado se hará cargo de los gastos. Este fondo de garantía de pensiones.

Antes: La morosidad del progenitor se puede perseguir por la vía civil o por la penal y la primera es la más frecuente. Esta situación está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según las asociaciones de separados, las demandas por incumplimiento de pensiones de alimentos ascienden a un 80% cuando el padre tiene una profesión liberal, y al 68% cuando tiene nómina.

e. Tareas compartidas

Ahora: Existe una enmienda que obliga a los cónyuges a compartir las tareas domésticas. Las parejas que se casen deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. No habrá inspectores en las parejas, pero no compartir las tareas podrá ser relevante ante situaciones de ruptura.

Antes: El Artículo 68 del Código Civil establecía que los cónyuges solo están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

4.5. El divorcio tácito dentro del derecho comparado

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, tres meses ininterrumpido desde la celebración del matrimonio. Cuando concurren los requisitos del artículo 81, dará lugar a la solicitud de divorcio:

1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme el Artículo 90 del Código Civil.
2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del

cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta del convenio regulador de sus efectos.

4.5.1. Divorcio de mutuo acuerdo

Este tipo de divorcio es, sin duda, el más aconsejable. Las principales ventajas son las siguientes:

Mayor rapidez y sencillez en los trámites;

Menor coste económico; Aunque será necesario alegar una causa de divorcio, esta será bastante sencilla de probar puesto que bastará con alegar el transcurso de un año desde la fecha de la sentencia de separación o el de dos años desde la separación de hecho libremente consentida, para que el divorcio prospere.

“El divorcio de mutuo acuerdo es el procedimiento más rápido y menos traumático de obtener el fin perseguido por las partes en los procesos matrimoniales. Las formalidades son mínimas y el eje fundamental de los mismos radica en el convenio regulador”.³⁹

³⁹ Santander, José. *España y el divorcio*. Pág. 123.

4.5.2. Divorcio contencioso

Esta vía de divorcio es menos recomendable que la del divorcio de mutuo acuerdo. Las dificultades se traducen en una duplicidad de trámites, gastos y duración del proceso, debido a la existencia de dos partes confrontadas tratando de dirimir sus diferencias y, en consecuencia, debiendo de practicar pruebas para corroborar sus alegaciones. Además, los divorcios contenciosos suelen derivar en confrontaciones directas que es conveniente evitar en la medida de lo posible.

4.5.3. La separación conyugal

Separación y divorcio son conceptos jurídicos distintos, con efectos diferentes en cada caso, y referidos a matrimonios válidamente celebrados.

La separación de hecho supone el cese efectivo de la convivencia conyugal. La sentencia de separación pone fin a la convivencia matrimonial y regula la situación provisional que se produce hasta que se dicta la sentencia de divorcio, que disuelve el matrimonio. Los separados siguen estando casados mientras no se produzca la disolución del matrimonio mediante la sentencia de divorcio.

4.5.4. La separación y sus causas

Cualquiera que fuera la forma de celebración del matrimonio, puede decretarse judicialmente la separación a petición de:

Ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. En este caso deberá necesariamente acompañarse la demanda a la propuesta del convenio regulador de la separación. No será necesario el transcurso de ese plazo para la interposición de la demanda, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexuales del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. Uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

4.6. Efectos de la separación matrimonial sobre la herencia

El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. No existiendo descendientes, pero si ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.

Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos solo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

4.7. Causas de separación en España

- El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No

podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

- Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.
- La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.
- El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.
- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido.
- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.
- Otras causas: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años, en determinados supuestos (por ejemplo, tras sentencia por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes), etc.

4.8. Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio

El convenio regulador deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

- La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.
- La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar
- La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso

- La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio
- La pensión que correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.
- Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo sin son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

El juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

4.9. Asuntos referentes a la capacitación a jueces y auxiliares judiciales en Guatemala

La capacitación tanto para jueces y auxiliares judiciales deberá ser cuidadosa en virtud de que el divorcio tácito es una figura totalmente diferente a un divorcio común; para ello es necesaria una breve reseña de como los jueces y auxiliares judiciales son capacitados y los antecedentes al respecto.

4.9.1. Antecedentes

El enfrentamiento armado interno de casi cuatro décadas culminó en noviembre de 1996, luego de un proceso por el cual se logró el entendimiento entre el gobierno de

Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, URNG, que conllevó la suscripción de diversos acuerdos para una efectiva paz firme y duradera. En materia de compromisos relacionados con la administración de justicia, resalta el acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y la función del ejército en una sociedad democrática, que pone de manifiesto que una de las grandes debilidades estructurales del estado guatemalteco reside en el sistema de administración de justicia, resaltando la obsolescencia de los procedimientos legales, lentitud de los tramites, la ausencia de sistemas modernos para la administración de los despachos y la falta de control sobre los funcionarios y empleados judiciales, que propician corrupción e ineficiencia.

Asimismo, el citado acuerdo contempla que la reforma y modernización de justicia debe dirigirse a impedir que esta genere y encubra un sistema de impunidad y corrupción. Por ello se convierte en prioridad la reforma judicial, de manera que se revierta la ineficacia, se erradique la corrupción, se garantice el libre acceso a la justicia, la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autoridad ética, la probidad del sistema en su conjunto y su modernización

En ese contexto y por autodeterminación, a finales de 1996 se inicia el proceso de modernización del Organismo Judicial, con la preparación de un diagnóstico altamente participativo e inclusivo con los diferentes sectores del sector justicia y de la sociedad guatemalteca a través de talleres de consulta y varios estudios técnicos, el cual extrajo conclusiones que permitieron diseñar un ambicioso plan de modernización, formulado con cinco componentes o áreas estratégicas, a saber:

- Mejorar el funcionamiento de los tribunales:

- Fortalecer el acceso a la justicia;
- Combatir la corrupción:
- Fortalecer la gestión institucional; y
- Mejorar la comunicación social e imagen.

Dentro de este contexto y para aportar datos sobre los actores de justicia en Guatemala, es interesante resaltar que el sistema de justicia tiene una organización. Por su autonomía como poder judicial, realiza su actividad presupuestaria en forma independiente aunque afectado si le recortan el presupuesto tal como está sucediendo en los últimos años. El ente nominador para ocupar una judicatura en el caso de los jueces es la Corte Suprema de Justicia y a los magistrados de Corte de Apelaciones y Corte Suprema los nombra el Congreso de la República.

Adicionalmente, no esta contemplada en la organización del poder judicial una cámara constitucional, ya que para ello existe una Corte de Constitucionalidad que funciona en forma independiente. Tampoco forma parte de este el Ministerio Público que goza de autonomía funcional. Es por ello que en nuestro país hablar del sistema de justicia es amplio y está conformado por varios actores, a saber, y que le agrega complejidad al proceso de reforma:

- El Organismo Judicial, que incluye a la Corte Suprema, los tribunales de apelaciones y otros órganos colegiados de igual categoría como la magistratura de menores, los tribunales de primera instancia y los juzgados de paz. La Corte Suprema de Justicia es el tribunal de mayor rango y tiene la responsabilidad de la

administración total del Organismo Judicial, incluyendo el presupuesto y los recursos humanos, salvo las competencias establecidas en la Ley de la Carrera Judicial y la Ley del Servicio Civil y sus reglamentos.

- La Corte de Constitucionalidad, que es el máximo ente en materia constitucional.
- El Ministerio Público (dirigido por un Fiscal General de la Nación) que ejercita la acción penal con exclusividad y dirige la investigación penal.
- El Procurador General de la Nación quien es el representante y asesor jurídico del Estado.
- El Procurador de Derechos Humanos que es delegado del Congreso de la República y su función es promover y velar por el respeto y defensa de los derechos humanos. Tiene independencia en sus actuaciones.
- El Ministerio de Gobernación es el responsable de la seguridad ciudadana, la administración del sistema penitenciario y de la Policía Nacional Civil.
- El Instituto de Defensa Pública Penal (IDPP) apoya a la ciudadanía proporcionando asistencia legal en forma gratuita.
- Otras entidades vinculadas al sector justicia son el Colegio de Abogados y Notarios, y las facultades de derecho de las universidades del país.

Las leyes y los procedimientos que son el núcleo del funcionamiento del sistema judicial están incorporados en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Judicial y los Códigos Civil, Procesal Civil, Procesal Penal y el Código Penal, entre otros.

4.9.2. Diagnóstico del problema

Las evaluaciones participativas que realiza el Organismo Judicial a finales de 1996 y primer semestre de 1997, para conocer el estado de la situación del sistema de justicia y que culminaron en el diagnóstico que generó la base de su plan de modernización, indicaron que existe la necesidad de mejorar el desempeño del sistema formal de tribunales, luchar contra la corrupción, crear confianza, simplificar las reglas, mejorar el acceso a la justicia, implementar un sistema para generar información confiable sobre la justicia, mejorar las comunicaciones, descentralizar los servicios y reorientar el rumbo del poder judicial para atender las necesidades de la población marginada y, especialmente, implementar el acuerdo de paz relacionado con el tema de justicia.

Ese diagnóstico, obtenido después de diversos estudios así como a través de consultas efectuadas a sectores importantes de la sociedad guatemalteca y al propio personal de la Institución, reportó como problemas a encarar los siguientes:

- La capacidad administrativa e institucional altamente centralizada e inadecuada del sistema de tribunales. Un 88% de los usuarios perciben que la administración de justicia es inadecuada y el 26% que es corrupta y el costo del litigio es elevado;
- Desconfianza del ciudadano en la independencia del Organismo Judicial;
- Coordinación, participación y comunicación endebles entre las instituciones;
- Falta de acceso a los tribunales;
- Limitación en hacer cumplir los reglamentos contra la corrupción o a la conducta contraria a la ética por medio del sistema de supervisión de los jueces y del personal y débiles mecanismos para el seguimiento y la resolución de quejas;

- Escasez aguda de jueces, de recursos financieros y de otro tipo;
- Deficiencias en la gestión de casos y carencia de información estadística para la adopción de decisiones;
- Ausencia de normas de carrera profesional, así como políticas y prácticas de personal que no fomentan el desarrollo y la competencia del personal;
- Ineficiente sistema de administración financiera;
- Capacitación deficiente de los jueces, el personal auxiliar judicial, y los funcionarios y empleados administrativos;
- Costo elevado del acceso público a los tribunales y la carencia de asistencia jurídica a los habitantes de menores ingresos y a otros grupos menos afortunados tales como las mujeres, los jóvenes y las empresas pequeñas;
- Limitado uso de alternativas a las decisiones formales de tribunal que suministren justicia y promuevan la confianza del usuario, tales como la mediación, el arbitraje y la conciliación y poco uso de los mecanismos tradicionales de resolución alternativa de conflictos en oposición al sistema formal;
- Falta de conocimiento apropiado de las diversas culturas que coexisten en el país, su sensibilidad y sus necesidades en particular, lo que se refleja en la ausencia de una política institucional sobre esta materia; y
- Procedimientos jurídicos inapropiados.

Durante el proceso de consulta y preparación del diagnóstico de la situación del poder judicial, se evidenció que el sistema de justicia estaba inmerso en una problemática en donde la sociedad guatemalteca reclamaba corregir la ineficiencia de este. Los tribunales serán vistos como una alternativa agotada, por su ineficiencia, inoperancia y

desorganización, que se traducía en extrema lentitud, a la cual se suman los vicios en los procesos principalmente la corrupción, así como una legislación procesal que necesita ser actualizada para mejorar el sistema de justicia en su conjunto. La falta de oralidad en los procesos y ausencia de la inmediación procesal, se consideraban como puntos clave de la ineficiencia y de la corrupción. Adicionalmente la ausencia de una carrera judicial no promovía la excelencia profesional y una formación y capacitación adecuada a los operadores de justicia.

Esa situación crítica del sistema y el sentimiento de la falta de respuesta han llegado incluso a que la población tome la mal llamada justicia por mano propia que ha cobrado vidas por actos de linchamientos, de cuyo fenómeno se ha señalado que la falta de respuesta y no credibilidad del sistema judicial son causales, entre otras, de estos hechos delictivos.

Se determina además que la crisis de la justicia, adicional a la participación ineficiente de sus diferentes actores estatales, tiene otros elementos que se suman y que no han decrecido con la ejecución de las acciones de modernización, porque van más allá del ámbito de la administración de justicia, tales como las condiciones socioeconómicas que prevalecen en el país, que no facilitan el acceso a la justicia.

“Aunado a ello, la conformación multilingüe (además del español, 23 idiomas mayas) multiétnica y pluricultural de la población, así como su conformación geográfica, presentan un esquema difícil de resolver para el estado guatemalteco, en el cual

conviven esos factores interrelacionados de pobreza, violencia, geografía y tradiciones culturales”.⁴⁰

4.9.3. Desafíos

Dentro del combate a la corrupción, hay acciones que se están realizando que tienen obstáculos y retos que debemos superar para mejorar el Organismo Judicial, dentro de estos se encuentra el proyecto de agilización de procesos que tiene una fase en la cual no se requiere cambio de leyes para modificarlos y eliminar prácticas judiciales enraizadas por la costumbre, y es sobre la base que se está trabajando.

Sin embargo, hay pasos innecesarios que no es posible eliminar sin modificar la legislación vigente y es ahí donde se presenta un obstáculo a salvar, debido a que no obstante el Organismo Judicial tiene iniciativa de ley, nuestras propuestas tienen que pasar por el Congreso de la República para obtener su aprobación; de tal manera que, no obstante que las propuestas están en proceso avanzado, el cambio será posible hasta que el Congreso apruebe la nueva legislación, situación que escapa del control de la Corte Suprema de Justicia por ser un factor eminentemente exógeno a esta, y pueden pasar meses o años para que autoricen estas propuestas, aunque se le haga un seguimiento y cabildeo permanente por parte del Organismo Judicial.

Otro gran reto que se presenta es mejorar y fortalecer los mecanismos que nos permitan tener más elementos de tratamiento de los casos de corrupción, debido a que

⁴⁰ Salas. Oscar. **Organización del aparato judicial**. Pág. 45.

las dependencias encargadas de realizar las investigaciones se encuentran con que muchos casos no se pueden probar porque, si bien las situaciones son evidentes, sin pruebas contundentes no es posible actuar en contra de los responsables; de ahí que la investigación se convierte en una acción preventiva pero no sancionatoria. Adicionalmente, como el Organismo Judicial actúa con otros actores, la actuación de estos puede influir en que se comentan algunos hechos de corrupción en contubernio con el Ministerio Público, por ejemplo. De otra parte, la presión de los litigantes y las argucias que algunos utilizan los convierte las más de las veces en los propiciantes de la corrupción. Por ello no hay corrupción sin corruptor.

Por otra parte y por no existir en el estado la carrera administrativa y un registro confiable de los servidores públicos, cuando en una dependencia publica se destituye a un mal empleado, este se coloca con o sin apoyo político, en otras instituciones, con lo cual no se corta el problema y solo se cambia de lugar.

Para finalizar recientemente se ha enfrentado una situación complicada de manejar, debido a que cuando un funcionario judicial, magistrado o juez, acusa a un auxiliar de hechos anómalos, este revierte la acusación por otra que le haga daño al denunciante por ejemplo, el caso de una jueza que aplicaba medidas sustitutivas alegando el cumplimiento del debido proceso y de esa manera dejaba en libertad a peligrosos delincuentes acusados de tráfico ilegal de drogas o secuestros, cuando se le acuso arremetió contra un magistrado acusándolo de haber lesionado su independencia judicial intentando cambiarle sus fallos que estaban en derecho e inclusive solicito su antejuicio.

Otro caso reciente fue el de una oficial que está tratando de evadir su responsabilidad en un hecho anómalo dentro de un proceso judicial, generando una ola de acusaciones al juez por acoso sexual, inclusive movilizándolo ampliamente a la prensa local, con lo cual se ha intentado desviar la atención de la gravedad de su participación en un proceso judicial. Ello puede traer repercusiones negativas en los funcionarios judiciales que por temor a no ser atacados, se repriman de hacer las denuncias de los casos anómalos en que participan tanto personal del Organismo Judicial como de otras entidades, litigantes y otros usuarios.

Con una adecuada capacitación tanto a jueces como a auxiliares judiciales se logrará que el divorcio tácito tenga el éxito que se necesita que tenga en Guatemala, para que todas las personas que necesitan de él, desarrollen sus derechos de una forma más rápida y eficiente.

CONCLUSIONES

1. Los cónyuges necesitan para la terminación del matrimonio el consentimiento de su pareja, no contando con la posibilidad de consagrar el divorcio por voluntad o divorcio sin expresión de causa, debiendo establecer algunas de las causales que la ley establece.
2. La institución del matrimonio es de vital trascendencia para las personas, las relaciones familiares y la sociedad en general, careciendo de un régimen jurídico que se ajuste a su realidad, voluntad y necesidades actuales.
3. En el desarrollo del presente trabajo de tesis, se observó ineficiencia en la tramitación de los procesos de divorcio en Guatemala, convirtiéndose en un trámite lento y engorroso, violando el principio de celeridad procesal.
4. Tomando en consideración que hay que tomar en cuenta que un divorcio necesario es más desgastante emocional y económicamente para las partes, esto además de que si hay hijos de por medio los padres continuarán interactuando y hay una serie de factores afectivos que involucran a todos los miembros de la familia.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, por medio del Organismo Legislativo, debe reformar el Código Civil, consagrando el divorcio tácito, con el fin de otorgar la posibilidad a ambos cónyuges de solicitar al juez la terminación del matrimonio sin necesidad de contar con el consentimiento de su pareja, y omitiendo explicar los motivos de su decisión.
2. Que el Estado de Guatemala, por medio de sus organismos, analicen la institución del matrimonio, para que sin descuidar el fundamento de la familia, se ajuste el régimen jurídico existente a la realidad, voluntad y necesidades de los cónyuges.
3. Los jueces del ramo civil, en el proceso de divorcio al manifestar uno de los cónyuges la voluntad de disolver el vínculo y no encontrar hechos controvertidos, deberán velar porque no existan circunstancias que provoquen la prolongación de los plazos y eliminar trámites procesales superfluos u onerosos.
4. El Estado de Guatemala, a través del Organismo Judicial, debe capacitar a los operadores de justicia, para que los procesos de divorcio se efectúen de tal manera que no se desgaste emocional ni económicamente a las partes.





ANEXO



ANEXO

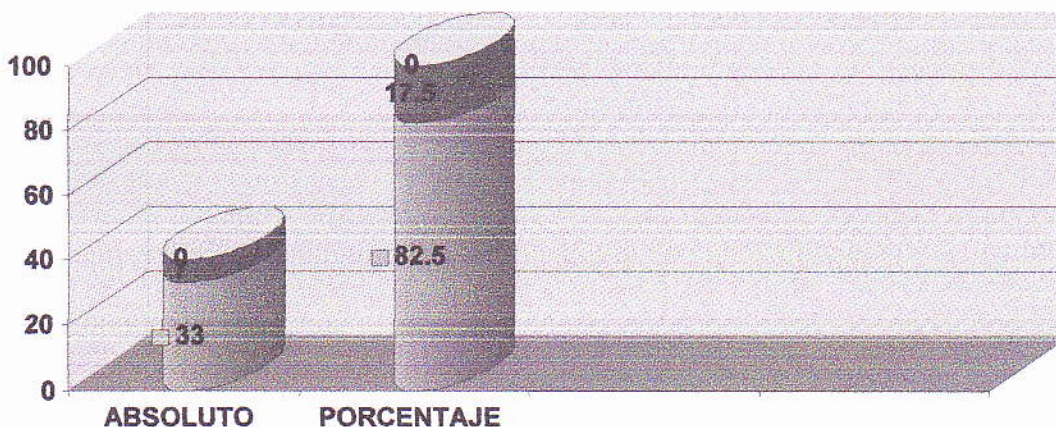
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Resultado de encuestas a estudiantes carrera de derecho.

Número de entrevistados: 50 estudiantes

1. ¿Considera usted que la falta de permanencia en un matrimonio desnaturaliza los propósitos del mismo y lo hace inexistente?:

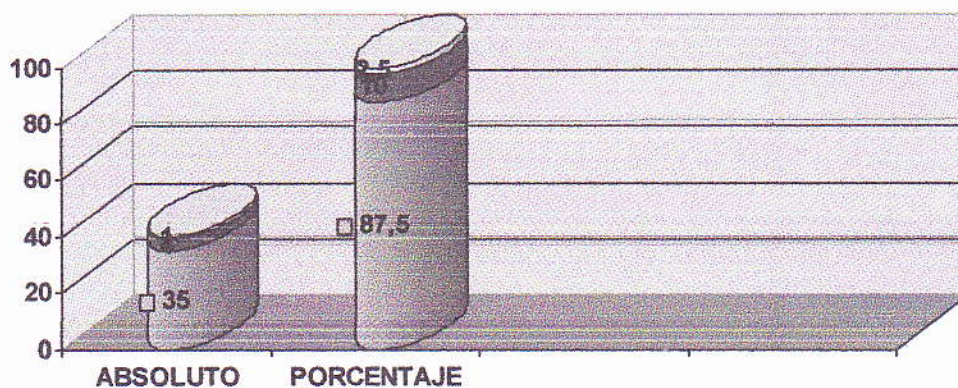
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	RELATIVO
SI	48	96%
NO	00	00%
NO CONTESTARON	02	04%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 48 de ellas que representan el 96 indicaron que la falta de permanencia en un matrimonio desnaturaliza los propósitos del mismo y lo hace inexistente y 02 personas más que completan la muestra no respondieron a la pregunta.

2. ¿Considera usted que es necesario que la legislación guatemalteca establezca el divorcio tácito para solventar y respetar el principio de dignidad de la persona?

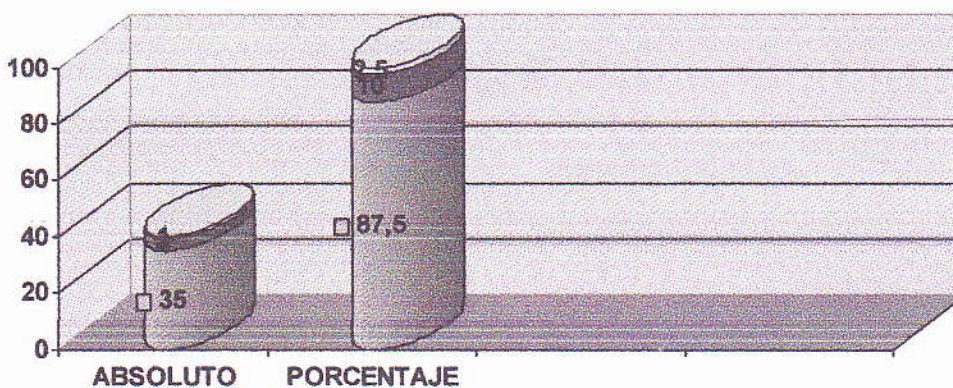
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	01	02%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 49 de ellas que representan el 98% indicaron que es necesario que la legislación guatemalteca establezca el divorcio tácito para solventar y respetar el principio de dignidad de la persona y 01 persona más que representa el 2% considera que no es necesaria dicha figura.

3. ¿Considera usted que el vacío legal del divorcio tácito puede ser regulada por medio de la modificación de alguna norma sustantiva referente al divorcio?:

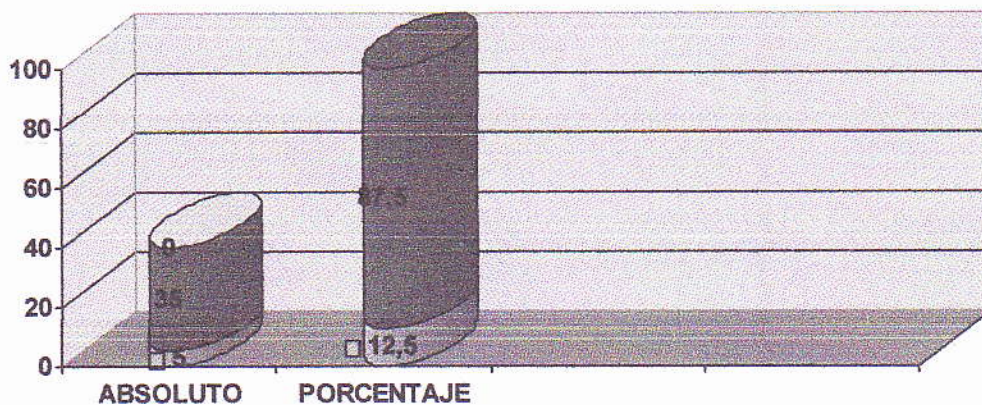
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	25	50%
NO	13	26%
NO CONTESTARON	12	24%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 25 de ellas que representan el 50% indicaron que efectivamente el vacío legal del divorcio tácito puede ser regulado por medio de la modificación de alguna norma referente al divorcio; 13 personas más que representan el 26% indicaron que no es así y 12 personas que reflejan el 24% y complementan la muestra no respondieron la pregunta.

4. ¿Considera que al establecer el divorcio tácito en Guatemala se beneficiaría a personas en virtud de celeridad de los procedimientos y de los gastos económicos que esto produce?

ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	01	02%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 49 de ellas que representan el 98% de la población indicaron que al establecer el divorcio tácito en Guatemala se beneficiaría a personas en virtud de celeridad de los procedimientos y de los gastos económicos que esto produce. Y 01 persona más que representa el 02% de la muestra señaló que no se les beneficiaría.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia. 2ª. ed.**; Guatemala: Ed.: Litografía Orión, 2007.
- BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia.** Ed.: Alianza Universidad; Madrid, España.1981.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Ed. Fénix; Universidad San Carlos de Guatemala, Jurídicas y Sociales.1987.
- CABEILA, Wanda. **La evolución del divorcio en Uruguay.** Ed.: La Salle, Uruguay, 1999.
- Diccionario de la Real Academia Española. XIX Edición, Ed.: Espasa Calpe, S.A. Talleres Tipográficos, Madrid, España, 1,974.
- Diccionario de Derecho Usual. Primera Edición. Ed.: Atalaya, Buenos Aires, Argentina, 1946.
- Diccionario y Enciclopedia Práctica de Derecho. Ed.: Labor, Barcelona, España, 1952.
- ELSEVER, Scence. **Amsterdam.** Ed. Scence, Holanda, 2003.
- FIIGUEIRA, Carlos. **Sobre revoluciones ocultas: la familia.** Ed.: Sepan Cuantos, México, DF, 1996.
- GIORLANDINI, Juan Carlos. **Derecho de familia.** Ed.: Sepan Cuantos; México DF, 2003.
- KATZMAN, Ruben. **Integración y marginalidad en el Uruguay.** Ed.: La Salle, Uruguay, 1997.
- MAZEAUD, Henri. **Derecho Civil I. Obligaciones Tomo I.** Ed.: Zavalía, Lyon Francia, 1995.
- NÚÑEZ PAZ, María Isabel. **Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma.** Ed.: Calatrava. Salamanca, España. 1988.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed.: Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1974.
- PAREDES, Mariana. **Los cambios en la familia española.** Ed.: Cumbre. España.2003.



PERI, Andrés. **Dimensiones ideológicas del cambio familiar**. Ed.: Luces, México DF, 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil de familia**. Ed.: PORRUA, México DF, 2001.

SALAS, Oscar. **Organización del aparato judicial**. Ed.: Sepan Cuantos, México DF, 2000.

SANTANDER, José. **España y el divorcio**. Ed.: Sophos, Madrid, España, 2007.

SVARER, Michael. **Causas determinantes del divorcio en Dinamarca**. Ed.: La familia, México DF, 2002.

UNICEF. **Hacia una segunda transición demográfica**. Nuevas Formas de familia. Ed.: UDELAR - UNICEF, Montevideo, 2003.

VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez. **El concepto de matrimonio en el Código Civil**. Ed.: Alianza Universidad; Madrid, España. 1981.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto 106 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, 1982.