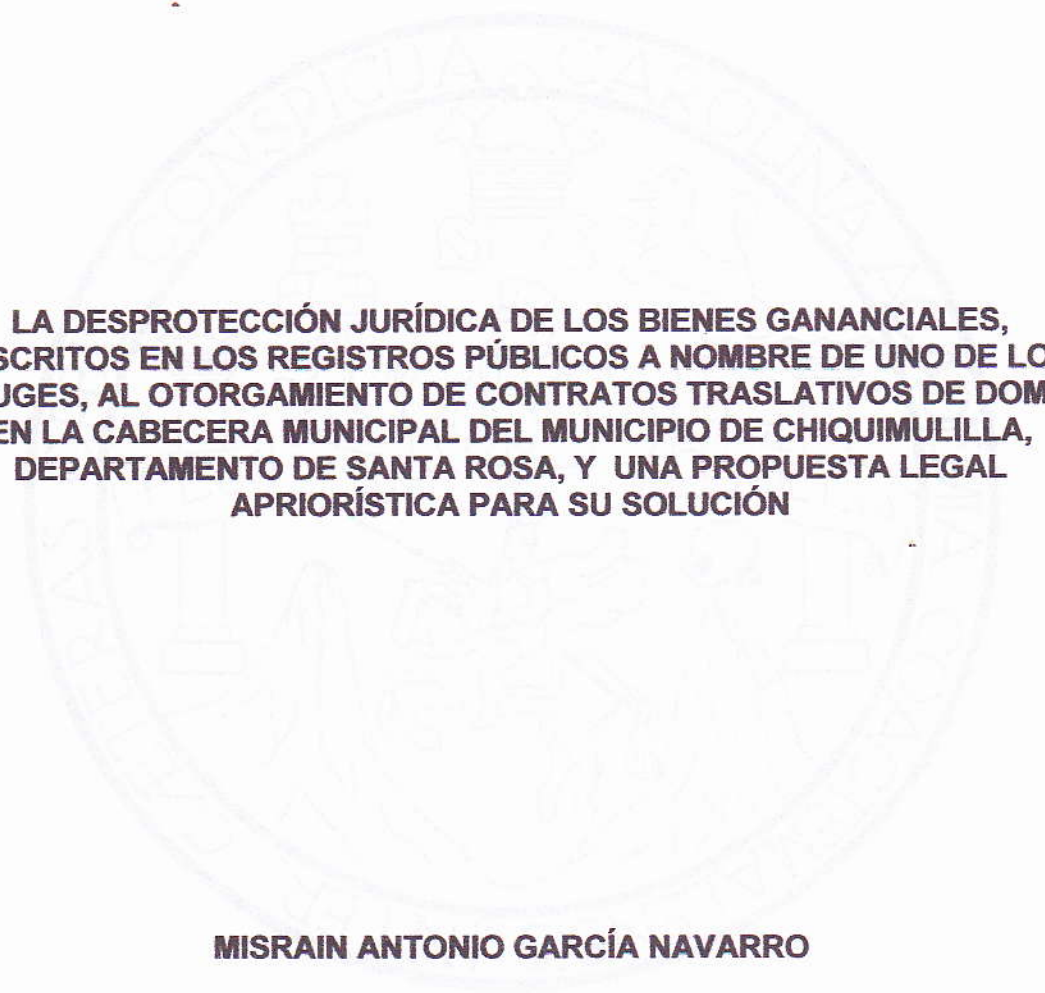


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES GANANCIALES,
INSCRITOS EN LOS REGISTROS PÚBLICOS A NOMBRE DE UNO DE LOS
CÓNYUGES, AL OTORGAMIENTO DE CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO,
EN LA CABECERA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE CHIQUIMULILLA,
DEPARTAMENTO DE SANTA ROSA, Y UNA PROPUESTA LEGAL
APRIORÍSTICA PARA SU SOLUCIÓN**

MISRAIN ANTONIO GARCÍA NAVARRO

GUATEMALA, AGOSTO 2013.

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

**LA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES GANANCIALES,
INSCRITOS EN LOS REGISTROS PÚBLICOS A NOMBRE DE UNO
DE LOS CÓNYUGES, AL OTORGAMIENTO DE CONTRATOS
TRASLATIVOS DE DOMINIO, EN LA CABECERA MUNICIPAL DEL
MUNICIPIO DE CHIQUIMULLA, DEPARTAMENTO DE SANTA ROSA,
Y UNA PROPUESTA LEGAL APRIORÍSTICA PARA SU SOLUCIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MISRAIN ANTONIO GARCÍA NAVARRO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

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
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

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

Lic. ROBERTO ANTONIO FIGUEROA CABRERA

Abogado y Notario

Calzada Roosevelt 9-11 Zona 11, Guatemala

Tel. 2473-6429 5576-9655

Correo electrónico: robertfigue@yahoo.com



Guatemala, 03 de abril del 2013.

Dr. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En cumplimiento de la resolución de fecha seis de marzo del año dos mil trece, dictada por la Dirección a su digno cargo, por la cual se me designó asesor de tesis del Bachiller **MISRAIN ANTONIO GARCÍA NAVARRO**, en la realización del trabajo de investigación intitulado **"LA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES GANANCIALES, INSCRITOS EN LOS REGISTROS PÚBLICOS A NOMBRE DE UNO DE LOS CÓNYUGES, AL OTORGAMIENTO DE CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO, EN LA CABECERA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE CHIQUIMULILLA, DEPARTAMENTO DE SANTA ROSA, Y UNA PROPUESTA LEGAL APRIORÍSTICA PARA SU SOLUCIÓN"**, respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico, relacionado con la relevancia que adquieren los bienes gananciales, para los cónyuges y la familia, durante el asesoramiento del proceso de elaboración, hice las observaciones y sugerencias que consideré pertinentes;
- b) Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: Analítico, con el cual se estableció el origen, evolución y aplicación en la legislación guatemalteca de la institución de los bienes gananciales; el sintético, dio a conocer sus particularidades; el inductivo, señaló el proceso en la vía ordinaria; y el deductivo su regulación legal; las técnicas empleadas fueron la documental y fichas bibliográficas, mediante las cuales se obtuvo la información legal y doctrinaria relacionadas con el tema investigado.



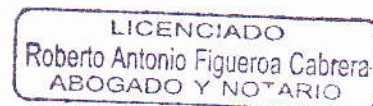
- c) Del análisis practicado, he establecido que el trabajo realizado por el sustentante, contenido en ocho capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema investigado, desarrollándose técnicamente la redacción y bibliografía consultada.

- d) En el trabajo de mérito destaca los efectos relevantes de la desprotección jurídica de los bienes gananciales en la legislación guatemalteca, para lo cual sugerí al sustentante el proyecto de ley inserto en el trabajo de tesis, a efecto de erradicar esta problemática, siendo en consecuencia una contribución científica a la sociedad guatemalteca.

- e) Que las conclusiones y recomendaciones que se vierten, son generados de la investigación, congruentes con el fondo del tema y complementan el trabajo de tesis investigado.

- f) La bibliografía tiene relación con las citas bibliográficas y con el desarrollo de los capítulos que se investigaron.

- g) El trabajo de tesis, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico, resulta procedente otorgar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.



Lic. ROBERTO ANTONIO FIGUEROA CABRERA
Abogado y Notario
Colegiado No. 11027



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, 09 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MISRAIN ANTONIO GARCÍA NAVARRO, titulado LA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES GANANCIALES, INSCRITOS EN LOS REGISTROS PÚBLICOS A NOMBRE DE UNO DE LOS CÓNYUGES, AL OTORGAMIENTO DE CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO, EN LA CABECERA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE CHIQUIMULILLA, DEPARTAMENTO DE SANTA ROSA, Y UNA PROPUESTA LEGAL APRIORÍSTICA PARA SU SOLUCIÓN. 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.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi guía, consuelo y aliento en todo momento.
- A MIS PADRES:** Marco Antonio García Ramírez y Ursula Navarro Rosales de García quienes siempre me dieron su apoyo en los momentos más difíciles de mi carrera universitaria.
- A MI ESPOSA:** Marleny Gonzalez, por su apoyo y comprensión.
- A MI HIJO:** Mizrain Antonio García González, que este triunfo sirva de ejemplo en tu vida. Dios te Bendiga.
- A LOS PROFESIONALES:** Lic. César Elfidio Carrillo Barrera y José Ricardo Morataya Lemus (Q.E.P.D.), Lic. Luis Alberto Sarceño Cano, Luis Armando Gómez Zetino y Roberto Antonio Figueroa Cabrera.
- A MIS AMIGOS:** Gracias por su apoyo incondicional.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1	La familia	1
1.1	Antecedentes universales	1
1.2	Evolución	2
1.2.1	Comunidad primitiva	3
1.2.1.1	La horda	4
1.2.1.2	El clan	4
1.2.2	Familia consanguínea	5
1.2.3	Familia punalúa	5
1.2.4	Familia sindiásmica	5
1.2.5	Familia monogámica	6
1.2.6	Familia poligamia	7
1.2.7	El matriarcado	8
1.2.8	Familia patriarcal	10
1.3	Concepto	11

CAPÍTULO II

2	El matrimonio como generador del patrimonio conyugal	13
2.1	Matrimonio	13

	Pág.
2.2 Antecedentes históricos	14
2.3 Etimología	16
2.4 Naturaleza jurídica	17
2.4.1 Como contrato	17
2.4.2 Como un acto jurídico o negocio jurídico complejo	17
2.4.3 Como institución	18
2.5 Definición	19
2.6 Evolución de la institución del matrimonio	20
2.6.1 Por grupo	20
2.6.2 Por raptó	21
2.6.3 Por compra	21
2.6.4 Consensual	21
2.7 Caracteres del matrimonio	22
2.7.1 Institución de naturaleza jurídica civil	23
2.7.2 Institución de orden civil	23
2.7.3 Institución de orden público	23
2.7.4 Es un contrato	23
2.7.5 Es heterosexual	24
2.7.6 Está fundado en el principio monogámico	24
2.7.7 La perpetuidad	24
2.8 Sistemas matrimoniales	25
2.8.1 Sistema exclusivamente religioso	25



	Pág.
2.8.2 Sistema exclusivamente civil	25
2.8.3 Sistema mixto	26
2.9 Efectos del matrimonio	26
2.9.1 Personales	26
2.9.2 Derechos y obligaciones de los cónyuges	26
2.9.3 Derechos y obligaciones del esposo	27
2.9.4 Derechos y obligaciones de la esposa	27
2.9.5 Patrimoniales	28

CAPÍTULO III

3 Capitulaciones matrimoniales	29
3.1 Naturaleza jurídica	30
3.2 Definición	30
3.2.1 Doctrinal	30
3.2.2 Legal	31
3.3 Regímenes económicos matrimoniales	32
3.3.1 Definición	32
3.3.2 Objetivo	33
3.3.3 Antecedentes de la legislación guatemalteca	33
3.4 Clases de regímenes matrimoniales	35
3.4.1 Doctrinales	35



	Pág.
3.4.1.1 Régimen de absorción	35
3.4.1.2 Régimen de unidad de bienes	36
3.4.1.3 Régimen de unión de bienes	36
3.4.1.4 Régimen de comunidad	36
3.4.1.5 Régimen dotal	36
3.4.1.6 Régimen de separación de bienes	37
3.4.2 Legales	37
3.4.2.1 Régimen de comunidad absoluta de bienes	37
3.4.2.2 Régimen de separación absoluta de bienes	40
3.4.2.3 Régimen de comunidad de gananciales	42
3.4.2.4 Régimen supletorio o subsidiario	45
3.5 Diferentes legislaciones	45

CAPÍTULO IV

4 Patrimonio conyugal	47
4.1 Origen histórico	47
4.2 Antecedentes del patrimonio conyugal	48
4.2.1 La manus	50
4.2.2 Efectos	50
4.2.3 Bienes dotales	51
4.2.4 Bienes parafernales	51



	Pág.
4.3 Adquisición	53
4.4 Definición	53
4.5 Síntesis de los antecedentes en la legislación guatemalteca	54
4.6 Finalización del patrimonio conyugal	56
4.7 Regulación legal guatemalteca	57

CAPÍTULO V

5 La separación y el divorcio frente a los bienes gananciales	59
5.1 La separación	59
5.1.1 Definición	60
5.1.2 Clases de separación	61
5.1.2.1 Por mutuo acuerdo de los cónyuges	61
5.1.2.2 Por voluntad de uno de los cónyuges mediante causa determinada	61
5.1.2.3 De hecho	61
5.1.3 Efectos	62
5.2 El divorcio	63
5.2.1 Antecedentes universales	64
5.2.2 Antecedentes en la legislación guatemalteca	66
5.2.3 Definición	67
5.3 Procedimientos de divorcio	68



	Pág.
5.3.1 Por mutuo acuerdo	68
5.3.2 Divorcio por causa determinada	69
5.3.3 Por voluntad de uno de los cónyuges	69
5.4 Efectos	70

CAPÍTULO VI

6 Desprotección jurídica de los bienes adquiridos dentro del matrimonio	71
6.1 Los bienes	72
6.1.1 Por razón de la persona a quien pertenezca	73
6.1.1.1 De dominio público	73
6.1.1.2 Privado	73
6.1.2 Por su naturaleza	73
6.1.2.1 Inmuebles	73
6.1.2.2 Muebles	74
6.1.3 Por su importancia	74
6.1.3.1 Principales	74
6.1.3.2 Accesorios	74
6.1.4 Por su existencia	74
6.1.4.1 Presentes	74
6.1.4.2 Futuros	75
6.1.5 Por su divisibilidad	75



	Pág.
6.1.5.1 Divisibles	75
6.1.5.2 Indivisibles	75
6.1.6 Por la posibilidad de enajenarlos	75
6.1.6.1 Enajenables	75
6.1.6.2 Inalienables	76
6.2 Adquisición y disposición	76
6.3 Daños y perjuicios	77
6.3.1 Daño	77
6.3.1.1 Elementos del daño	78
6.3.2 Perjuicio	78
6.3.3 Concepto	79
6.3.4 Daños y perjuicios patrimoniales	80

CAPÍTULO VII

7 Acción procesal para la restitución de los bienes comunes	85
7.1 Acción	85
7.2 Procedimiento legal para la reparación de daños y perjuicios	85
7.3 Fases del procedimiento	86
7.3.1 Preparación del juicio	86
7.3.2 Actuaciones previas	86
7.3.3 Fase de introducción	86
7.3.4 Fase probatoria	87



	Pág.
7.3.5 Fase de decisión	87
7.4 Desarrollo del juicio ordinario	87
7.4.1 Demanda	87
7.4.2 Ampliación y modificación de la demanda	88
7.4.3 Conciliación	88
7.4.4 Emplazamiento	88
7.4.5 Excepciones previas	88
7.4.6 Actitudes del demandado	88
7.4.7 Apertura a prueba	89
7.4.7.1 Plazo extraordinario de prueba	89
7.4.8 La audiencia para la vista	90
7.4.9 El auto para mejor fallar	90
7.4.10 La sentencia	90
7.5 Modelo de demanda	91

CAPÍTULO VIII

8 Propuesta legal apriorística para la protección de los bienes comunes	97
8.1 La necesidad de reformar el Artículo 131 del Código Civil	97
8.2 La necesidad de reformar el Código de Notariado	100
8.2.1 El notario	100
8.2.2 Contratos traslativos de dominio	101



	Pág.
8.3 Proyecto de ley	104
CONCLUSIONES	109
RECOMENDACIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	113





INTRODUCCIÓN

Es notable la problemática existente entre cónyuges que se encuentran separados, en la población del municipio de Chiquimulilla, departamento de Santa Rosa, derivado de la desprotección jurídica existente, para la conservación de los bienes comunes, es alarmante el índice de las cónyuges que se les ha violentado su derecho de gananciales, por medio de una actitud de mala fe por parte de los maridos, quienes aparecen como propietarios de bienes y que disponen libremente de ellos, sin el consentimiento del otro cónyuge.

En ese sentido, se hace necesario que se exija una revisión exhaustiva de las normas jurídicas vigentes, que regulan lo relativo a los bienes gananciales, inscritos en los registros públicos a nombre de uno de los cónyuges, en virtud de que la ausencia de un precepto jurídico, que disponga que es requisito indispensable, la comparecencia de ambos cónyuges ante notario hábil, para que el cónyuge titular de derechos, pueda otorgar contratos traslativos de dominio, de bienes adquiridos en el matrimonio, bajo el régimen de comunidad de gananciales, ha contribuido a menoscabar los bienes gananciales, de los cónyuges separados, antes de la disolución de la comunidad de bienes.

En ese sentido se considera necesario sugerir un proyecto de ley, para que se regule en los registros públicos, la inscripción de bienes inmuebles a nombre de ambos cónyuges, a efecto de limitar la libre disposición, y la comparecencia de ambos cónyuges, ante notario hábil para el otorgamiento de contratos traslativos de dominio de



bienes inmuebles, adquiridos dentro del matrimonio, con el objeto de erradicar esta problemática que tanto daño causa a la mujer casada guatemalteca.

El presente trabajo se desarrolla en ocho capítulos. En el capítulo uno, se hace un análisis de la familia; el capítulo dos contempla lo relativo al matrimonio como generador del patrimonio conyugal; el capítulo tres está enfocado a las capitulaciones matrimoniales; el capítulo cuatro está referido al origen y antecedentes del patrimonio conyugal; en el capítulo cinco se hace un análisis de la separación y el divorcio frente a los bienes gananciales; en el capítulo seis se desarrolla el tema de la desprotección jurídica de los bienes adquiridos dentro del matrimonio; el capítulo siete, está referido a la acción procesal que la ley establece para la restitución de los bienes comunes; en el capítulo ocho, se hace una propuesta legal apriorística para reformar el Artículo 131 del Código Civil, el Código de Notariado, como un proyecto de ley, a efecto de proteger los bienes gananciales.

Los métodos utilizados fueron: el analítico, con el que se señaló la importancia de las instituciones que contribuyen a la adquisición de bienes gananciales; el sintético, dio a conocer la acción procesal que la ley establece para la restitución de los bienes comunes; el sintético, dio a conocer las fases del juicio ordinario, el inductivo, señaló las fases del mismo y el deductivo, indicó su regulación legal. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, las cuales fueron esenciales para la recolección de la información doctrinaria y jurídica relacionada con el tema de tesis investigado.



CAPÍTULO I

1. La familia

La familia es la institución que ha existido a través del tiempo, la cual ha sido fundamental para la consolidación de la sociedad, la cual ha evolucionado conforme las distintas etapas en que se ha desarrollado históricamente es decir la etapa primitiva, esclavista, feudal, capitalista y comunista.

“El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y obligaciones, especialmente referidos al matrimonio”.¹ Es imposible hablar de los bienes gananciales, también conocidos como patrimonio conyugal, omitiendo el origen de la institución de la familia, ya que es en ella donde se origina los bienes conyugales, en ese sentido se comenzará haciendo una reseña histórica del inicio y evolución de la familia, hasta llegar a las actuales estructuras sociales.

1.1 Antecedentes universales

Tomando en consideración que la familia es la institución social más antigua que conoce la humanidad, nos cuestionamos ¿Cómo, donde y cuando surgió? Desde la época primitiva hasta la actualidad, ha surgido una serie de figuras en relación a la familia, que aún conservan rasgos importantes, en relación con la institución de la

¹ Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, pág. 406.



familia actual, no obstante que la estructura ha cambiado de acuerdo al tiempo y a la complejidad de la sociedad.

El ser humano es social por naturaleza, es por eso que se enseña que el núcleo familiar es tan indispensable para el desarrollo del hombre, por ser ahí donde se construyen los cimientos de la personalidad que cada individuo exteriorizará en el futuro.

El objetivo en este capítulo, es someramente analizar la estructura familiar desde la antigüedad hasta nuestros tiempos, el desarrollo en torno a ella y los cambios evolutivos significativos que han ido surgiendo conforme al tiempo y la modernidad, "La familia, dice Morgan, es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto." ²

1.2 Evolución

En el entorno en que interactuamos, estamos habituados con lo que actualmente se conoce como la familia; ante ello nace la interrogante, si con el paso del tiempo ha sido siempre de esta manera, o ha evolucionado en su estructura. Para que el hombre pueda satisfacer sus necesidades básicas, desde los tiempos primitivos por su naturaleza se vio en la necesidad de agruparse con los de su misma especie, lo cual nos da una idea clara del origen de lo que hoy conocemos como sociedad.

² Engels, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el estado, pág. 31.

Federico Engels, en su obra el origen de la familia, la propiedad privada y el estado, documenta cronológicamente las siguientes formas de organizaciones familiares: La comunidad primitiva, la familia consanguínea, familia punalúa, familia sindiásmica, familia monogámica, familia poligámica, el matriarcado y la familia patriarcal, y en virtud de lo extenso de su contenido, se trata de resumir, no sin antes resaltar los aspectos más importantes:

1.2.1 Comunidad primitiva

Ésta nace con la aparición del hombre en la tierra, para diversos autores, es aquí cuando aparece una etapa de promiscuidad sexual, en donde cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres, no existía celo alguno. “Aquel estadio social primitivo, aun admitiendo que haya existido realmente, pertenece a una época tan remota, que de ningún modo podemos prometernos encontrar pruebas directas de su existencia, ni aun en los fósiles sociales, entre los salvajes más atrasados. Corresponde precisamente a Bachofen el mérito de haber llevado a primer plano el estudio de esta cuestión. En estos últimos tiempos se ha hecho moda negar ese período inicial en la vida sexual del hombre. Se quiere ahorrar esa "vergüenza" a la humanidad. Y para ello apóyanse, no sólo en la falta de pruebas directas, sino, sobre todo, en el ejemplo del resto del reino animal”.³

Esta comunidad fue desarrollando su organización social de la manera siguiente:

³ Ibid, pág. 33.

1.2.1.1 La horda

Resumiendo la teoría de Federico Engels, en cuanto a esta forma de organización de la familia, considera que es la más simple de la sociedad primitiva, son nómadas, no existe la figura del padre, solo de la madre, se formaron grupos muy pequeños, eran salvajes, totalmente desgobernados no existían normas de conducta a que regirse, dedicándose únicamente a la cacería, para sobrevivir.

1.2.1.2 El clan

Está conformado por una comunidad de personas con mayor número de integrantes, según Federico Engels, en esta organización se reconocen los lazos familiares, donde los hijos del hermano del padre, eran hijos también de este, y los hijos de las hermanas de la madre, eran hijos también de esta, en consecuencia todos eran hermanos, no obstante surgió la figura de un jefe de familia.

Esta nueva modalidad afectó drásticamente el comportamiento de los integrantes de la tribu, pues se tuvieron que regir a ciertas condiciones de un líder, no obstante no existir el derecho "La inexistencia del derecho no implica la carencia de normas de conducta, ya que si las tenían, pero las mismas no constituyen derecho, sino costumbres establecidas y aplicadas por la propia comunidad, quien estaba convencida que eran justas y necesarias." ⁴

⁴ López Aguilar, Santiago. Introducción al estudio del derecho, tomo I, Pág. 34.

1.2.2 Familia consanguínea

En esta etapa de la familia, los grupos conyugales se clasifican por generaciones: “Todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir con los padres y las madres;”⁵ En esta forma de familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos son los únicos y, finalmente de las personas más lejanas están excluidos de los deberes del matrimonio.

1.2.3 Familia punalúa

Se consideran dos grandes progresos en la organización de la familia, la primera “consistió en excluir a los padres y a los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en la exclusión de los hermanos.”⁶ Por razones económicas y prácticas la familia tuvo que dividirse, su extensión disminuyó y renunció a la unión sexual entre hijos de la misma madre.

1.2.4 Familia sindiásmica

Aparece entre el límite del salvajismo y la barbarie. Cuando las prohibiciones del matrimonio se hicieron más drásticas y complicadas, las uniones por grupo fueron sustituidas por la familia sindiásmica. “En esta etapa un hombre vive con una mujer,

⁵ Engels. Ob. Cit; pág. 39.

⁶ Ibid, pág. 41.

pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia se observa raramente; al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida en común, y su adulterio se castiga cruelmente.⁷ Como resabios de esta etapa, actualmente en algunos países de África y en los países Árabes, aún se castiga a la mujer lapidándole por adulterio.

1.2.5 Familia monogámica

Resumiendo la teoría de Federico Engels, en su obra el origen de la familia, la propiedad privada y el estado, señala que la familia monogámica, emerge de la familia sindiásmica, en el periodo de transición entre el estado medio y superior de la barbarie. Es uno de los augurios del nacimiento de la civilización, se funda en el predominio del hombre, su fin es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutida, eso era indispensable porque los hijos serían los herederos de las propiedades del padre.

Este tipo de familias es más sólida que la familia sindiásmica, en los lazos conyugales, los cuales solo pueden ser rotos por el hombre. La monogamia facilita el cuidado de los hijos, puesto que ambos cónyuges comparten los mismos afectos y atenciones hacia ellos, sin las rivalidades existentes entre los hijos de uniones distintas. La familia monógama simplifica también las relaciones de consanguinidad y constituye una unidad social más firme y coherente que ninguna otra; y en ella la mujer goza de mayor protección y tiene una posición de jerarquía y dignidad.

⁷ *Ibid*, pág. 51.

Cierta ventaja de la familia monogámica, es la sanción de un sistema religioso autoritario, no resulta difícil comprender por qué tal tipo de unión matrimonial imperó en los pueblos de la antigua cultura occidental.

1.2.6 Familia poligámica

Siguiendo la corriente de Federico Engels, en cuanto a esta etapa, existe una pluralidad de cónyuges. Se conocen tres formas teóricas de la poligamia, la primera consiste en el matrimonio en grupo, que consistía en el que varios hombres y varias mujeres se hallan en relaciones matrimoniales recíprocas, la segunda, es la poliandria, que consiste en la que varios esposos comparten una sola esposa; y la poliginia, que consiste en una pluralidad de esposas que no tienen que ser necesariamente hermanas, y adquiridas, por lo general en diversas épocas a lo largo de la vida. De estas tres formas teóricas las dos más importantes y de las cuales se ha discutido bastante son la poliandria y poliginia.

En la poliandria se llegó a la conclusión que las personas vivían en las peores condiciones de vida, llegando a extremos tales de miseria, en virtud de que un solo hombre no podía mantener a una familia. Otra causa fue que en los pueblos primitivos había escasez de mujeres, esto debido a la práctica del infanticidio de las niñas.

La improductividad del medio y lo oneroso del trabajo para conseguir la subsistencia, hacían más débil a la mujer, y por ello solían darles muertes a los infantes recién nacidos, estableciéndose de ese modo un fuerte desnivel numérico entre los sexos.

La poliginia es más común que la poliandria y ha persistido hasta nuestros días en pueblos de avanzada cultura como el árabe y el turco. Esta forma de unión matrimonial tenía una causa económica entre los pueblos primitivos, en especial los que se hallaban en la fase agrícola primaria, siendo la mujer quien realizaba las tareas agrícolas. En ese sentido cada nueva esposa, constituía un factor más de producción para el hombre, por tal razón la nueva esposa, era bien recibida por las demás mujeres del marido polígamo, porque en definitiva, venía a compartir las duras tareas comunes y aliviar en parte a las anteriores esposas. En esta época, la esclavitud de las mujeres de los vencidos en la guerra constituyó un aliciente para la poliginia.

1.2.7 El matriarcado

En esta etapa, la madre desempeñaba el principal papel en la familia, en el terreno económico, regía la estructura social y ejercía el poder. "Régimen familiar en los cuales predomina la autoridad de la madre en el círculo privado de las relaciones humanas y, por ampliación, el de la mujer en general en el gobierno o dirección de una colectividad."⁸ La madre proporcionaba los alimentos vegetales y los hijos los de la caza o pesca, por lo que era muy grande la influencia femenina en la sociedad.

En la prehistoria y en algunas regiones todavía a principios de los tiempos históricos, estuvo vigente una sociedad matriarcal pacífica (virginal), siendo las mujeres quienes ejercían autoridad sobre sus descendientes matrilineales, ejercían el poder político, económico y religioso, vivían sin guerras, porque la autoridad era ejercida

⁸ Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, tomo V, pág. 336.

legítimamente por descendientes matrilineales de la madre ancestral, diosa que había dado origen al pueblo. Y así se aceptaba la legitimidad de una reina para ejercer el poder, facultada para impartir justicia, la corona y el cetro, símbolos de autoridad.

En esa época la paternidad era desconocida, existieron miles de años de sociedades matriarcales, se organizaban social y culturalmente en torno al cuidado de las madres, hijos e hijas. Eran sociedades matrifocales, que quería decir que vivían con la madre y matrilineales, que quería decir que las herencias eran de madre a hijas e hijos, y debía llevarse el nombre de la madre para identificarse.

“La cultura giraba en torno a la veneración la vida y el cuerpo de las mujeres, que tenían el don de traer nuevas vidas al mundo. Se comparaba el cuerpo de la mujer con la madre tierra. Pero la tierra era de todos y todas, no era propiedad privada.”⁹ No se relacionaba al hombre con la reproducción, “se pensaba que las mujeres quedaban embarazadas solas, que la sangre menstrual era la fuente, el origen de cada ser humano. Que la sangre se coagulaba y formaba el feto. Por eso se veneraba la sangre menstrual como dadora de vida, como milagrosa. Fue así, que, en tiempos de siembra y cosecha se llevaba a una joven menstruante por los campos para darle fuerza y bendición a la producción agrícola”¹⁰.

⁹ Gómez García, Edward Rosalío. Posibilidades y medios de prueba, que pueden ser utilizadas por la madre soltera, para probar la paternidad y filiación de sus menores hijos, pág. 2.

¹⁰ Ibid.

1.2.8 Familia patriarcal

La familia patriarcal es producto de la rebelión del hombre contra la mujer cuando descubrieron su capacidad para engendrar. “Se dieron cuenta que las madres ancianas habían llegado a ser deificadas por sus descendientes, debido a su capacidad de concebir y dar vida, por tanto los nuevos patriarcas querían lo mismo.”¹¹ Aparece por primera vez la paternidad, cambiaron todos los símbolos femeninos, quitaron a las diosas y crearon el monoteísmo. “Esclavizaron a las mujeres y a personas de otro pueblo y mataron a sus ancianas. Se creó el Estado, y la familia patriarcal con el nombre de pater familia. Se categorizó a las mujeres, se les subestimó siendo inferiorizadas, llegando al extremo de considerar la menstruación como contaminante.”¹²

En esta etapa, la autoridad suprema es el padre o el ascendiente varón de mayor edad. La familia patriarcal se halla establecida aun en muchos países de oriente, en la antigüedad la practicaban los palestinos, griegos y romanos. Algunos mitos narran cruentos enfrentamiento entre las sociedades matriarcal y patriarcal, entre los datos más cercanos a estas leyendas se habla de una lucha entre una sociedad matriarcal, con valores típicos de las sociedades agrícolas pacíficas, y la patriarcal con valores típicos de las sociedades invasoras agresivas, que la destruye, lo que evidencia naturalmente su existencia. Según el autor Federico Engels, consideran que la organización social mejor aceptada, es la monogamia, es conveniente recalcar que las

¹¹ Ibid.

¹² [http://www.MujeresHoy-paternidad responsable¿un contrasentido.htm](http://www.MujeresHoy-paternidad%20responsable%20un%20contrasentido.htm)

organizaciones varían de acuerdo al entorno de ideas y cultura donde se desarrolle, un claro ejemplo de esto son los huicholes en México, ellos manejan las familias poliándricas. Actualmente la familia ha declinado y se ha vuelto más compleja, a tal punto que puede hablarse de una crisis de ella como institución social, en comparación con la de épocas anteriores, hoy lamentablemente hay aversiones familiares, que generan fatales consecuencias, desde la falta de autoridad de los padres, sobre el control de los hijos, hasta la desintegración familiar, las posibles causas de la evidente decadencia de la familia, se debe a factores económicos, el predominio de la vida urbana, la necesidad de especializarnos en un trabajo social determinado, y la modernización que caracteriza a la fase actual de la civilización.

1.3 Concepto

Para Francisco Messineo, citado por el autor Alfonso Brañas, establece que "...la familia en sentido estricto "es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituye un todo unitario" y agrega que, en sentido amplio, "pueden incluirse, en el término "familia", personas difuntas (antepasados, aún remotos), o por nacer; la familia como estirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción): Familia Civil"¹³

¹³ Manual de derecho civil, pág. 116.

El tratadista español Puig Peña citado por el mismo autor, establece que la familia es “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.¹⁴

Para Rojina Villegas, considera que “...la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entre tanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia, “que en el parentesco por adopción, como el adoptado adquiere la situación jurídica de hijo, con todos los derechos y obligaciones de tal, queda incorporado a la familia del adoptante”; por lo cual, “de acuerdo con las consideraciones que anteceden, podemos concluir que la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiendo, además, de manera excepcional, el parentesco por adopción.”¹⁵

Tomando en consideración las diversas enunciaciones que diversos tratadistas han externado respecto a la familia, se puede definir como la parte del Derecho sustantivo civil, cuyo objeto es regular las relaciones conyugales, paterno filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados.

¹⁴ *Ibid*, pág. 117.

¹⁵ *Ibid*.



CAPÍTULO II

2. El matrimonio como generador del patrimonio conyugal

El patrimonio conyugal constituye una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a los cónyuges, los cuales se adquieren posteriormente a la celebración del matrimonio, de otra manera solo se llamaría patrimonio, es decir bienes propios adquiridos por cualquier título, para comprender mejor el presente capítulo se analizará cada parte que compone el presente tema.

2.1 Matrimonio

La institución del matrimonio legal y doctrinariamente coinciden en que es la unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales, “Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula para la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados.”¹⁶

¹⁶ Cabanellas, Ob. Cit; pág. 339.

2.2 Antecedentes históricos

En la antigua Roma el matrimonio, era una de las principales instituciones de la sociedad, cuyo único objetivo era la de generar hijos, para que heredasen la propiedad y la situación de sus padres. Entre los patricios el matrimonio era utilizado para afianzar alianzas políticas o económicas.

La historia nos relata a Julia César, hija del general romano Julio César, fruto del segundo matrimonio de este con la noble romana Cornelia Cinna Minor.

“Su padre en un inicio quería que se casase con Fausto Cornelio Sila, pero ella acabó comprometida a Marco Junio Bruto, hijo de Servilia, quien fue amante del mismo Julio César, razón por la cual éste rompió el compromiso. Posteriormente terminó casándose con el general Cneo Pompeyo Magno, en el mes de abril del año 59, a.C. debido al desmedido deseo de su padre de establecer una alianza con Pompeyo, la que condujo al primer triunvirato.”¹⁷

Julia se casó muy joven, era 23 años más joven que su marido, Pompeyo estaba supuestamente enamorado, los encantos personales de Julia eran notables, era bella y virtuosa, no obstante ser la política lo que generó su enlace, incluso se ha señalado que el antiguo conquistador estaba perdiendo interés en la política en favor de la vida doméstica con su joven esposa. Otro ejemplo fue el Tratado de Tarento, el cual dio lugar al matrimonio entre Octavia y Marco Antonio.

¹⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/matrimonio_en_la_antigua_roma#mv_head.

“En la antigua Roma, se establecieron requisitos para la validez del matrimonio, tales como la edad, siendo suficiente los catorce años para los hombres y los doce para las mujeres, era extraño que las personas se casaran pasada la treintena. Además, el esposo podía eliminar físicamente a la esposa cuando cometía adulterio, siendo considerado como un acto de honor, sin que constituyera delito alguno.”¹⁸

La antigua Roma fue influenciada por una de las antiguas civilizaciones más poderosas, es decir el mundo occidental en cuanto a los ritos del matrimonio, tal como la existencia del anillo de compromiso, el consentimiento de los padres, el velo para la novia, la unión de las manos de los contrayentes o el acto del beso con la novia después de que quien dirigía la ceremonia de matrimonio los declarase legalmente unidos en matrimonio, perdurando hasta el día de hoy tales tradiciones.

“En el año 1580, se introdujo por primera vez el matrimonio civil en Holanda, al obligarse a todos los de la religión católica y a los calvinista a celebrar el matrimonio en presencia de sacerdote, ministro calvinista o ante el oficial civil. El mismo ejemplo fue seguido por Inglaterra, que en el año 1652, donde se promulgó una ley de matrimonio civil obligatorio, que la cual estuvo en vigor hasta el año 1660, época que fue la vuelta del reinado de los Estuardos.”¹⁹

“Posteriormente la tendencia secularizadora de la revolución francesa facilitó la difusión del matrimonio civil. La institución francesa del año 1791, estableció que, la ley no

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Caballeros del Villar, Ingrid Lorena. *Análisis de los daños y perjuicios que se ocasionan en el régimen de Comunidad Absoluta de bienes y la comunidad de ganancias cuando el Notario no da aviso de Matrimonio*, pág. 8.

considera el matrimonio más que como un contrato civil, de la misma manera el Código de Napoleón siguiendo esa pauta, llevó a cabo la completa secularización del matrimonio.²⁰

2.3 Etimología

Desde el punto de vista teológico existen cuatro posibles etimologías del matrimonio, siendo estas: La de *matrem muniens*, que significa defensa de la madre; *matrem monens*, que significa que la madre no se debe apartar del marido; *matre nato*, que significa que la mujer se hace madre del nacido; y de *motos* y *materia*, que se refiere a que al ser dos en una misma carne, forman los cónyuges o matrimonio una sola materia, las cuales han sido descartadas por diversos autores por improbables.

Guillermo Cabanellas, indica "... que la etimología de esta voz es genuinamente latina, a su vez, de *matrī* (por *matris*), genitivo de *mater*, madre; y de *manus* (*v.*) cargo u oficio de madre."²¹

"Es significativo que la etimología de la palabra matrimonio resalte en especial la figura de la madre."²² Sin duda por ser ella quien lleva el peso mayor antes y después del parto.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ob. Cit;* pág. 339.

²² Brañas. *Ob. Cit;* pág. 124.

2.4 Naturaleza jurídica

Legalmente se ha enfocado al matrimonio a. Como un contrato; b. Como un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo; y c. Como una Institución.

2.4.1 Como contrato

La tesis contractual tiene su origen en el derecho canónico, fundada según dicen sus seguidores en el elemento básico del consentimiento, ha sido objeto de muchas críticas, ya que según Puig Peña, citado por Alfonso Brañas “el matrimonio genera substancialmente obligaciones morales, no patrimoniales; la entrega de dos personas no puede ser objeto de contrato”.²³

En síntesis esta teoría, no llena todas las expectativas del matrimonio, ya que según el Artículo 1517 del Código Civil, establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, en ese sentido el matrimonio como coordinador de la familia, no se encuadra dentro de los requisitos apáticos necesarios para la formalización de un contrato.

2.4.2 Como un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo

Esta tesis es bastante formalista. Algunos autores como Gautama Fonseca, citado por el autor Alfonso Brañas, sostiene que el matrimonio es un acto mixto, en el sentido que

²³ Ibid, pág. 127.

no sólo se constituye por el consentimiento de los cónyuges, sino también por la intervención de un funcionario público que lo autoriza. A esta tesis se le critica que no logra llegar al fondo de la naturaleza jurídica del matrimonio, ya que no es solo un negocio jurídico más.

2.4.3 Como institución

Numerosos doctrinarios, entre ellos Puig Peña, citado por Alfonso Brañas, coinciden que esta teoría es la más acertadamente, al definir el matrimonio “como estado jurídico, representa una situación especial de reglas compuestas por el Estado, que forman un todo, y al cual las partes no tienen más que adherirse. Una vez dada su adhesión, su voluntad ya es impotente, y los efectos de la institución se producen de modo automático”.²⁴

Rojina Villegas, sustenta que el matrimonio “constituye una verdadera institución por cuanto los diferentes preceptos que regulan, tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.”²⁵

El Artículo 78, del Código Civil, regula que el matrimonio es una institución social, en resumen ésta es la postura más acertada, sin restarle importancia a las teorías

²⁴ *Ibid*, pág. 129.

²⁵ *Ibid*.

anteriores, ya que en su momento fueron aceptas por los doctrinarios, constituyendo fuentes de estudio para el descubrimiento de la presente teoría, la cual se considera más atinada por incluir todas las finalidades del matrimonio.

2.5 Definición

A continuación se citaran definiciones de la institución del matrimonio de diferentes tratadistas.

Modestino citado por Guillermo Cabanellas, definió el matrimonio romano como: "Conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, Divine atque Humani Juris communicatio"²⁶ que significa, "Unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del Derecho Humano y del Divino"²⁷

A esta definición se le critica lo relativo a la perpetuidad de la unión, por la existencia de la separación o el divorcio. Bergier, citado por el mismo autor, define el matrimonio como: "la sociedad constante de un hombre y una mujer, para tener hijos."²⁸

Esta definición es severamente criticada, ya que no es necesaria la procreación de los hijos para la subsistencia del matrimonio, de otra manera existiría prohibición para que las estériles, contraigan matrimonio.

²⁶ Ob. Cit; pág. 339.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

Castan Tobeñas, citado por Diego Espín Canovas, nos define el matrimonio como: “la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia”.²⁹

La ley sustantiva civil vigente, en el Artículo 78, define al matrimonio de la siguiente manera: 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 auxiliares entre sí.

2.6 Evolución de la institución del matrimonio

La doctrina nos señala la forma que ha evolucionado el matrimonio, al igual que la familia, atendiendo a la etapa social y cultural en que se ha desarrollado, y para ello podemos mencionar algunas de las formas en que históricamente se concebía el matrimonio.

2.6.1 Por grupo

Consistía en la unión de los “miembros de una tribu uniéndose con mujeres de diferente tribu.”³⁰ En esta clase de matrimonio según Engels, deja muy poco margen para los celos.

²⁹ Manual del derecho civil español, pág. 16.

³⁰ Ibid. pág. 131.

2.6.2 Por raptó

Es una forma violenta de contraer matrimonio, ya que consiste en el apoderamiento de una mujer, arrebatándola del seno familiar, era peculiar en las guerras primitivas, donde se consideraba “la mujer, botín de guerra, adquirida en propiedad por el vencedor, o, el raptor asociado con otros para raptar a una mujer de distinta tribu.”³¹

2.6.3 Por compra

Consistía en el cual el futuro marido, debe entregar al padre de la pretendida cierta retribución, algunos autores consideran que en el fondo de la dote, existe una refinada de la costumbre o práctica del matrimonio por compra.

2.6.4 Consensual

Rojina Villegas, citado por Alfonso Brañas, nos proporciona un concepto moderno del matrimonio consensual “Unión de hombre para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie”³²

Dentro de la concepción cristiano católica, Rogina Villegas, citado por Brañas, considera como principales clases: “el matrimonio canónico (celebrado ante el sacerdote y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación eclesiástica), el

³¹ *ibid.* pág. 132.

³² *ibid.*

matrimonio rato (no seguido de la unión de cuerpos entre los contrayentes), el matrimonio solemne (celebrado ante la autoridad correspondiente, con las formalidades y requisitos del caso), el matrimonio no solemne o secreto o de conciencia (celebrado, por razones muy especiales, reservadamente, permaneciendo así hasta que los cónyuges quieran darle publicidad), el matrimonio igual (celebrado entre personas de igual condición social), y el matrimonio morganático (de origen germánico, supone el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con pacto de no participar el inferior, ni los hijos, de los títulos y bienes del superior).³³

Para la legislación guatemalteca las anteriores clases de matrimonio, no tienen ninguna significación actual, a excepción del matrimonio canónico. No obstante el matrimonio religioso, celebrado ante el sacerdote o ministro de otro, debidamente autorizado, y el matrimonio civil, celebrado ante la autoridad facultada para ello, y que obligatoriamente debe ser previo al religioso, por disposición de la ley.

2.7 Caracteres del matrimonio

Doctrinariamente los caracteres más aceptados están: a. Institución de naturaleza civil; b. Institución de orden civil; c. institución de orden público; d. Un contrato; e. Heterosexual; f. Fundado en el principio monogámico; g. La perpetuidad.

³³ *ibid.*



2.7.1 Institución de naturaleza jurídica civil

Consiste en la serie de formalidades y solemnidades que la ley civil exige para contraer matrimonio y de la misma manera determina los derechos y obligaciones que surgen entre los cónyuges por la celebración de éste.

2.7.2 Institución de orden civil

Consiste en que el matrimonio como institución de orden civil está organizado y tutelado por el Estado con independencia del carácter religioso o canónico.

2.7.3 Institución de orden público

Consiste en que está absolutamente excluida o sustraída del imperio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contrayentes; a quienes les está vedado aportar las leyes o normas correspondientes para crearse un régimen diferente.

2.7.4 Es un contrato

Tiene su origen en el acuerdo de voluntades de dos personas, con ánimo de obligarse. "Es un contrato sui-géneris porque se diferencia de los demás contratos ya que se rige por normas legales, de interés público, y, por ende, no susceptibles de ser alteradas por los contratantes y que prohíben someterlo a condiciones suspensivas o resolutorias. Los contratos comunes persiguen fines patrimoniales o materiales; en cambio en el

matrimonio se atiende a objetivos morales o espirituales, en que importan las personas de modo principal. Esta característica es bastante discutible, dada la naturaleza jurídica del matrimonio como una institución social. Debido a la definición legal regulada en el Artículo 78 del Código Civil”.³⁴

2.7.5 Es heterosexual

Consiste en que solamente se puede contraer matrimonio entre personas de sexo opuesto. La ley no podría en ningún caso permitir o autorizar matrimonio entre homosexuales, por la sencilla razón de que contraría la naturaleza.

2.7.6 Está fundado en el principio monogámico

En virtud de que consiste en la unión de un solo varón con una sola mujer.

2.7.7 La perpetuidad

“Es una característica fundamental la perpetuidad, que debe entenderse en el sentido de estabilidad. Es evidente que el complejo de intereses de todo orden que nacen del matrimonio (espirituales, morales, materiales) requieren, tanto para los propios cónyuges, como para la familia y la sociedad en general su conservación y

³⁴ Caballeros del Villar, *Ob. Cit*; pág. 13.

mantenimiento, hasta que uno de los esposos irremisiblemente se tenga que extinguir la comunidad matrimonial de modo natural.”³⁵

2.8 Sistemas matrimoniales

Surgen del matrimonio civil y religioso, los cuales pueden ser agrupados de la siguiente manera: a) Exclusivamente religioso; b) Exclusivamente civil; y c) Sistema mixto.

2.8.1 Sistema exclusivamente religioso

“Que solo admite el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica, o por lo menos sólo al mismo reconoce efectos”³⁶

2.8.2 Sistema exclusivamente civil

“Surgido de la revolución francesa, que establece la obligatoriedad del matrimonio civil (en su variedad pura, debe celebrarse antes que el religioso, sin ser éste de ninguna manera obligatorio”³⁷

2.8.3 Sistema mixto

Consiste en que tanto el matrimonio civil como el religioso, surten plenos efectos, a criterio del sustentante, en la legislación civil guatemalteca, este es el sistema que rige,

³⁵ **Ibid.**

³⁶ Brañas, Ob. Cit; pág. 133.

³⁷ **Ibid.**



ello tomando en consideración que el matrimonio debe ser autorizado por el alcalde o el concejal, por notario hábil y por el ministro de cualquier culto facultado por la autoridad administrativa correspondiente.

2.9 Efectos del matrimonio

El tratadista Alfonso Brañas, divide los efectos del matrimonio en: Personales y patrimoniales.

2.9.1 Personales

Dentro de los efectos personales podemos mencionar: a) Los derechos y obligaciones de los cónyuges; b) Los derechos y obligaciones del esposo; y c) Los derechos y obligaciones de la esposa:

2.9.2 Derechos y obligaciones de los cónyuges

El Artículo 78, del Código Civil, establece que son derechos y obligaciones recíprocas de ambos cónyuges: a) Vivir juntos; b) Procrear, alimentar y educar a los hijos; y c) Auxiliarse entre sí.

2.9.3 Derechos y obligaciones del esposo

Según el Artículo 109, del Código Civil, establece que la representación conyugal corresponde al marido, no obstante el Artículo 115, de la ley citada, establece lo relativo a que la representación conyugal no siempre corresponde al esposo, por las razones que se describen en el artículo relacionado. Asimismo el Artículo 110, de la ley sustantiva civil vigente establece que el marido tiene la obligación de proteger y de asistir a su mujer y de suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo a sus posibilidades económicas.

2.9.4 Derechos y obligaciones de la esposa

La mujer tiene derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo siempre, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio; de la misma manera tiene el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos; asimismo debe contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, sí tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; también tiene derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos del marido; de la misma manera tiene derecho a desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni de las demás atenciones del hogar; de la misma manera el marido tiene derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos de la mujer, cuando esta tenga la obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia; además puede oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del

hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientemente justificados, derechos y obligaciones establecidos en los Artículos 110 al 114, del Código Civil.

2.9.5 Patrimoniales

“A la par de las relaciones de carácter personalísimo, se generan entre los cónyuges, por razón del matrimonio, relaciones de naturaleza patrimonial que el derecho regula para evitar que puedan incidir en el buen suceso de aquéllas y para precisar el ámbito económico de la unión conyugal, a manera que los bienes y obligaciones que en un momento dado permitan conocer la situación de unos y otros, tanto en relación con los propios esposos como respecto a terceras personas”.³⁸

El matrimonio no solo constituye un cambio en el estado civil de las personas, sino que también determina un régimen patrimonial, ello tomando en consideración que es una obligación para los contrayentes adoptar un régimen económico, el cual regirá el patrimonio conyugal, tal como en nuestro medio la ley sustantiva civil vigente establece que a falta de capitulaciones sobre los bienes se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales. En síntesis uno de los efectos del matrimonio es generar el patrimonio conyugal, siendo de gran importancia el régimen económico que se adopte, por lo que en el capítulo siguiente se explicará lo relativo a las capitulaciones matrimoniales.

³⁸ *Ibid*, pág. 170.



CAPÍTULO III

3. Capitulaciones matrimoniales

“Llamadas también convenciones matrimoniales”³⁹ En el derecho civil guatemalteco, a los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio, se les llama capitulaciones matrimoniales, lo cual es trascendental atendiendo a los efectos que van a producir.

En nuestro medio a pesar del papel importante que juegan las capitulaciones matrimoniales, casi no se cumple, tal vez derivado de la falta de conocimiento de la ley de parte de los contrayentes, o la insípida asesoría que proporciona el funcionario que autoriza el matrimonio, ello tomando en consideración que en nuestro medio los alcaldes o concejales que hacen las veces de alcalde, están facultados por la ley para autorizar matrimonios y, a manera de crítica constructiva, se hace la presente observación, que la mayoría de alcaldes no tienen la suficiente preparación académica, no son profesionales del derecho, como para instruir a los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio, pues son cargos que los pseudo políticos, en nuestro medio ostentan, utilizando diversidad de dádivas y falsas promesas, lo que ocasiona que en algunos municipios y departamentos de Guatemala, hayan alcaldes analfabetos.

Lo usual en nuestro medio, es que los contrayentes se someten al régimen de comunidad de gananciales, ya que al no adoptar un régimen específico el Código Civil,

³⁹ Ossorio, *Ob. Cit*; pág. 150.

en el Artículo 126, establece que: “A falta de capitulaciones sobre los bienes se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales.”

3.1 Naturaleza jurídica

No hay unificación de criterios en cuanto a la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales, pero hay autores como Fonseca, que consideran que es un contrato, en virtud del acuerdo de voluntades por parte de los contrayentes para dar nacimiento a una relación jurídica, es decir encaminada a producir consecuencias de derecho y a crear obligaciones entre las partes, sin embargo tal teoría ha sido objetada por los impugnadores, quienes aducen que “...cuando la relación jurídica no tiene como finalidad primordial dar origen a obligaciones, nos encontramos en presencia, no de un contrato, sino de una convención, y esto, es aplicable a las capitulaciones matrimoniales, porque ellas se limitan a fijar el régimen económico del matrimonio o a hacer una simple relación de bienes.”⁴⁰

3.2 Definición

3.2.1 Doctrinal

Castan Tobeñas, citado por Brañas, considera que “la frase capitulaciones matrimoniales es clásica y castiza en España y es equivalente a la de contrato de bienes con ocasión del matrimonio, definiéndose en el derecho histórico español como

⁴⁰ Brañas, Ob. Cit; pág. 184.

la convención celebrada en atención a determinado matrimonio, por celebrar o ya celebrado, con el fin principal de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo”⁴¹

Manuel Ossorio, las define así: “son aquellas que, en escritura pública, hacen los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil”⁴²

Guillermo Cabanellas, define las capitulaciones matrimoniales como “El contrato matrimonial, hecho mediante escritura pública, por el cual se establecen las futuras condiciones de la sociedad conyugal, en cuanto al régimen patrimonial de ésta,”⁴³

3.2.2 Legal

De conformidad con lo preceptuado en el Artículo 117, del Código Civil vigente, las capitulaciones matrimoniales son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio, “Es decir, no son expresamente ni contrato ni convenio, sino un pacto, aunque ha de tenerse presente que la palabra pacto es empleada como sinónimo de contrato. La exposición de motivos del proyecto de código no aclara el porqué de esa denominación. Quizás podría explicarse en el sentido de considerar las capitulaciones como algo accesorio al matrimonio, pero ese razonamiento no resulta convincente tomando en cuenta que el propio código regula expresa y ampliamente, en capítulo especial, lo relativo al régimen

⁴¹ *Ibid*, pág. 183.

⁴² *Ob. Cit*; pág. 150.

⁴³ *Ob. Cit*; tomo II, pág. 66.

económico del matrimonio. Indudablemente hubiese sido más apropiado considerar las capitulaciones matrimoniales como un convenio resultante de la unión conyugal por celebrar o ya celebrada...⁴⁴

3.3 Regímenes económicos matrimoniales

También llamados doctrinariamente como régimen matrimonial de bienes, régimen patrimonial del matrimonio y régimen conyugal de bienes, teniendo por objeto regular la relación económica entre cónyuges y de éstos respecto a terceros. Los regímenes matrimoniales del matrimonio toman trascendencia en los casos de separación, divorcio y derechos sucesorios, aunque también tiene gran repercusión frente a terceros en los casos de insolvencia de alguno de los cónyuges, por lo que, si se desvía de lo establecido por defecto por la ley, habitualmente debe estar inscrito en un registro público.

3.3.1 Definición

El régimen económico matrimonial puede definirse como "...el conjunto de regulaciones contractuales o legales que sirven para determinar la forma de administrar los bienes aportados al matrimonio por cada uno de los cónyuges; y para determinar la distribución de los bienes y ganancias derivadas y el destino de los bienes futuros; y para determinar la forma de cumplir con la obligación del sostenimiento del hogar."⁴⁵

⁴⁴ Brañas, Ob. Cit; pág. 184.

⁴⁵ Beltranena de Padilla, María Luisa. Lecciones de derecho civil, tomo I, pág. 139.

3.3.2 Objetivo

Sirve para conocer por quien y en qué proporción serán aportadas las obligaciones, cuáles serán los derechos del marido sobre los bienes de la esposa, la medida en que ella gozará la administración y el goce temporal de sus rentas, a quien pertenece los nuevos bienes que adquiriera el esposo, y que derechos corresponde a la cónyuge o al marido supérstite.

3.3.3 Antecedentes de la legislación guatemalteca

Tomando en consideración que existe variedad de posturas doctrinarias y legislativas en cuanto al régimen económico del matrimonio, es conveniente apegar su estudio a la legislación guatemalteca desde sus inicios y de esa manera evitar confusiones.

Según el tratadista Alfonso Brañas, hace la siguiente rememoración acertada en cuanto a los antecedentes del régimen económico del matrimonio en la legislación guatemalteca: “El código de 1877 dispuso que el matrimonio resultaba entre marido y mujer una sociedad legal, en que podía haber bienes propios de casa socio, y bienes comunes a los cónyuges (Art. 1090)⁴⁶

El régimen económico del matrimonio es denominado por el Doctor Cruz, citado por Alfonso Brañas, como sociedad legal, “porque resulta por ministerio y disposición de la ley, sin necesidad de convención especial, la que se forma por el matrimonio, entre

⁴⁶ Ob. Cit; pág. 172.

marido y mujer, respecto a sus bienes”.⁴⁷ Este cuerpo de leyes, en la alternativa de incluir los preceptos concernientes a esa sociedad en el libro III, de obligaciones y contratos, o en el II, de las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas, optó, como quedo dicho, por esta última solución, sin alcanzar a precisar con rigor científico, los diversos regímenes económicos del matrimonio; sólo trata de los bienes parafernales, de los gananciales y de la separación de bienes matrimoniales, refiriéndose a los bienes comunes en las disposiciones relativas a la sociedad legal entre marido y mujer, los cuales están establecidos en los Artículos 1138 y 1184 del esta ley histórica.

El Código Civil de 1933, abandonando el criterio del anterior regula dentro del título dedicado al matrimonio lo relativo al régimen económico del mismo. Hace obligatorias las capitulaciones matrimoniales en el Artículo 100 y dispone que en las mismas deben los contrayentes hacer declaración expresa sobre si adoptan el régimen de la comunidad o el de la separación de bienes, haciendo constar en uno u otro caso todas las modalidades y condiciones a que quieran sujetar su régimen económico, Artículo 101. “Se desprende de dichos preceptos que el código de 1933 solamente aceptó dos clases de regímenes económicos del matrimonio con denominación expresa: El de la comunidad de bienes y el de la separación de bienes; como régimen subsidiario a falta de capitulaciones, aceptó el denominado por el código vigente sistema de comunidad de gananciales, Artículos 104 y 105 del código de 1933.”⁴⁸

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

Esta norma legal facultó a los contrayentes para que pudieran dar a los sistemas indicados las modalidades y condiciones que creyeran convenientes. El Código Civil vigente, reconoce las mismas clases de sistemas económicos del matrimonio que el de 1933, tal como puede verse en los Artículos 121 al 126, denominándolos régimen de comunidad absoluta, régimen de separación de bienes y régimen de comunidad de gananciales, siendo este último quien suple la función de régimen subsidiario.

3.4 Clases de regímenes matrimoniales

Su clasificación estriba en la organización patrimonial que rige al matrimonio dentro de los diversos sistemas legales adoptados por cada país.

3.4.1 Doctrinales

Doctrinariamente se pueden clasificar en: Régimen de absorción, régimen de unidad de bienes, régimen de unión de bienes, régimen de comunidad, régimen dotal, y régimen de separación de bienes.

3.4.1.1 Régimen de absorción

Consiste en que el patrimonio de la esposa se somete en su totalidad al marido, al cual no tiene ningún derecho, ni durante el matrimonio ni a su disolución, solamente en caso de premorir el esposo, tiene derecho a la sucesión hereditaria.

3.4.1.2 Régimen de unidad de bienes

Se hace la misma entrega de bienes que en el anterior, pero a la disolución del matrimonio, el marido o sus herederos deben entregar a la mujer o a sus herederos el valor de los bienes recibidos.

3.4.1.3 Régimen de unión de bienes

Consiste en que la mujer transfiere al marido la administración y el usufructo de los bienes aportados, pero no la propiedad, conservando ella la nuda propiedad. A la disolución del matrimonio esos bienes le son devueltos, sin que responda por las deudas del marido.

3.4.1.4 Régimen de comunidad

Se caracteriza por la formación de una masa común total o parcial de bienes que se dividen entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen.

3.4.1.5 Régimen dotal

Consiste en una doble categoría de bienes de la mujer, los dotales cuyo goce y administración corresponden al marido, aunque con destino a las cargas del matrimonio y restitución a la mujer o sus herederos al disolverse la unión conyugal; y parafernales,

cuyo dominio y administración son de la mujer, salvo ceder esta última facultad al marido. El presente régimen está compuesto por el convencional y el de gananciales.

3.4.1.6 Régimen de separación de bienes

Consiste en que cada cónyuge conserva el patrimonio y su administración, durante el matrimonio, contribuyendo ambos a los gastos familiares.

3.4.2 Legales

La legislación civil guatemalteca en cuanto a las clases de sistemas económicos del matrimonio, adopta la siguiente clasificación: a. Régimen de comunidad absoluta de bienes; b. Régimen de separación absoluta de bienes; c. Régimen de comunidad de gananciales; y d. Régimen subsidiario.

3.4.2.1 Régimen de comunidad absoluta de bienes

En la doctrina se le conoce como comunidad universal de bienes. Para Fonseca, citado por Brañas, deja por sentado que este régimen se caracteriza porque “todos los bienes aportados por los cónyuges al matrimonio, o que adquieran durante el mismo, pasan a formar un solo patrimonio, perteneciente a ambos esposos y que administra el marido”⁴⁹

⁴⁹ *Ibid.* pág. 174.



“Todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges, a tenor de este régimen, se hacen comunes, sujetos a la división igualitaria al producirse la separación, al menos natural o sin culpa de los esposos. Bienes muebles e inmuebles, sea oneroso o gratuito el título de la adquisición, entran en la masa común, que queda sometida al marido, como administrador con poderes de libre disposición.”⁵⁰

Este régimen en la legislación guatemalteca, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes y los adquiridos durante el mismo por cualquier título, pertenecen al patrimonio conyugal y serán divididos por mitad al disolverse el matrimonio o al hacer una liquidación parcial de la comunidad de bienes.

En este régimen no existen bienes que sean exclusivos de alguno de los cónyuges, se trata pues de que ambos patrimonios individualmente considerados antes del matrimonio, formen uno solo que corresponderá en común tanto al marido como a la mujer, el cual se aumentará con los bienes que adquieran durante la vida conyugal, sin importar si su adquisición es a título oneroso o a título gratuito, o que en los registros respectivos aparezcan inscritos únicamente a nombre de uno de los dos.

En este régimen, todos los bienes se reputan comunes, con excepción de: a) Los que tengan constituido patrimonio familiar a favor de otro pariente, sólo mientras dure la constitución. Artículo 356 del Código Civil. b) Los que se obtengan a título gratuito cuando la donación sea hecha bajo esta condición, de que no entren a formar parte del patrimonio conyugal. Artículo 993 Código Civil. c) Aquellos bienes que en virtud de una

⁵⁰ Cabanellas, Ob. Cit; tomo VII, pág. 91.

obligación contractual hubiere prohibición expresa de incluirlos en el patrimonio conyugal, verbigracia los que estuvieren garantizando una obligación del cónyuge deudor. Artículo 1271 del Código Civil. d) Aquellos que integren el menaje de la casa y los que por disposición expresa de la ley, corresponden exclusivamente a la mujer, sin que interese al régimen económico matrimonial. Artículo 129 del Código Civil.

Al régimen que se hace alusión, se le critica por ser injusto, en el sentido de que al momento de la disolución de la unión conyugal, alguno de los cónyuges podría salir perjudicado, tomando en consideración que alguno de ellos no haya aportado cantidad igual.

Bajo este régimen ambos cónyuges administrarán el patrimonio conyugal, ya sea en forma conjunta o separadamente. Según el segundo párrafo del Artículo 131 del Código Civil, estipula que cada cónyuge o conviviente tiene la libre disposición de los bienes que se encuentran inscritos a su nombre en los registros públicos, sin perjuicio de responder ante el otro por la disposición que hiciere de los bienes comunes.

Cualquiera de los cónyuges puede oponerse a que el otro realice actos que redunden o puedan redundar en perjuicio de patrimonio conyugal. Pueden solicitar al juez que haga cesar la administración del otro cónyuge, así como que modifique el régimen económico del matrimonio por el de separación de bienes, cuando el otro cónyuge incurra en negligencia, incapacidad o imprudencia en la administración del patrimonio conyugal, poniendo en riesgo el patrimonio o el adecuado suministro de alimentos para la familia. Artículo 132 del Código Civil.

3.4.2.2 Régimen de separación absoluta de bienes

Es un régimen opuesto al de comunidad absoluta, se desprende del derecho romano y consiste en que cada cónyuge posee su propio patrimonio, es decir hay un patrimonio privativo de marido y otro privativo de la mujer, separados entre sí. A cada cónyuge le pertenece la propiedad, el disfrute, la administración y la disposición de sus propios bienes.

Las ventajas que se pueden mencionar dentro de este régimen, están: La independencia y libertad de actuación de cada uno de los esposos, es de muy fácil comprensión, protege la institución del matrimonio, a efecto de que no lo utilicen solo para enriquecerse, evita que el marido pueda dilapidar el patrimonio de la mujer, y de fácil liquidación, debido a que cada cónyuge durante el matrimonio ha tenido la posesión y administración de sus bienes, por lo que al momento de hacer una liquidación por divorcio, cada uno conserva su propio patrimonio y no entran en controversias si son bienes privativos del hombre o de la mujer o si son bienes comunes, evitándose de esa manera un desgaste emocional de poca protección para la mujer que ha procreado hijos y en el que el esposo se resiste a cumplir con la obligación de alimentos para los hijos y para ella.

Entre las desventajas que contiene este régimen, se puede mencionar que la mujer no goza de los beneficios que brinda la vida matrimonial, es decir que si al momento de contraer matrimonio es de escasos recursos, al momento de la separación o divorcio, su condición será igual o en peor estado que la del marido, no obstante se debe hacer

la observación que no es justo que la mujer use como pretexto una institución tan solemne como lo es matrimonio, para fines mezquinos.

Federico Puig Peña, considera que este régimen “consiste en la independencia económica absoluta de los esposos, en el cual cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que lleva al matrimonio y de los que adquiriera durante él, a título gratuito, o con el valor de unos y otros, pero harán suyos por mitad al disolverse la sociedad legal determinados bienes.”⁵¹

El Artículo 123 del Código Civil establece que en este régimen, cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y acciones de los mismos. Serán también propios de cada uno de los cónyuges los salarios, sueldos emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales o en el ejercicio del comercio o industria.

Este régimen es común en los países como Suecia, Estados Unidos, países nórdicos, Inglaterra, Alemania y Europa central, existen diferentes criterios que se han utilizado para desacreditar el régimen de separación de bienes, “Pero cualquiera que sea su valor, es lo cierto que resultan mayores las ventajas que ofrece, por lo cual las corrientes legislativas modernas se inclinan francamente en su favor.”⁵²

⁵¹ Compendio de derecho civil español, pág. 186.

⁵² Brañas, Ob. Cit; pág. 180.

3.4.2.3 Régimen de comunidad de gananciales

“El Código Civil da, con ancestro español, el nombre de régimen de comunidad de gananciales al generalmente denominado régimen de comunidad relativa o régimen de comunidad parcial de bienes, “en el cual cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que lleva al matrimonio y de los que adquiriera durante él, a título gratuito, o con el valor de unos y otros, pero harán suyos por mitad al disolverse la sociedad legal” determinados bienes”.⁵³

“La comunidad relativa de bienes se caracteriza por la formación de una masa patrimonial conjunta que coexiste con los peculios privados de los esposos, y agrega existen pues, en este sistema tres fondos económicos distintos: el capital del marido, los bienes propios de la mujer y el acervo común de la sociedad”.⁵⁴

Al desarrollo histórico de este régimen, el mismo autor escribe: “No sería aventurado decir que los sistemas de comunidad relativa de bienes se entroncan con el sistema de comunidad amplia del derecho germánico y surgen a la vida por necesidad del correctivo que fue imprescindible poner al rigorismo de aquel régimen, influyendo también quizás en algo la fuerza expansiva del sistema dotal romano. Lo cierto y verdad es que la comunidad relativa aparece cuando está en marcha histórica el régimen de comunidad absoluta. Pero cuando se trata de puntualizar el fondo común de los esposos que resulta desconectado de los grupos patrimoniales privativos, se

⁵³ *Ibid*, pág. 181.

⁵⁴ Puig Peña, *Ob. Cit*; pág. 273.

producen en la historia legislativa dos direcciones distintas muy acusadas: la dirección que pudiéramos llamar francesa, que ocasiona el llamado régimen de comunicación de muebles y adquisiciones, y la dirección castellana o sistema de los gananciales”.⁵⁵

En la comunidad de gananciales el haber común lo forman los bienes raíces y muebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, los frutos de estos bienes y los productos de los muebles e inmuebles propios de los cónyuges, así como las rentas provenientes del trabajo de cada uno de ellos. Por su parte el tratadista Fonseca citado por Brañas, agrega refiriéndose a las bondades de este régimen: “El sistema de comunidad universal, y algunos autores lo consideran como un régimen justo y equitativo, puesto que a la par de las propiedades individuales de los esposos permite que nazca y prospere un patrimonio colectivo, consecuencia del esfuerzo común de aquellos, frente al cual tienen igualdad de derechos”.⁵⁶

Doctrinariamente a este régimen también se le conoce como régimen de participación. Es una especie de comunidad relativa, la cual puede ser de dos clases: a) Convencional o contractual, es decir como un contrato celebrado entre los cónyuges, ya que ambos convienen en crear, modificar o extinguir una obligación de dar, hacer o no hacer; y b) Un régimen supletorio de la voluntad de los contrayentes, el cual aparece contemplado en el Artículo 126 del Código Civil. En la legislación civil vigente, el régimen de comunidad de gananciales se define en el Artículo 124 del Código Civil, de la siguiente manera: Mediante el régimen de comunidad de gananciales, el marido y la

⁵⁵ *Ibid*, pág. 274.

⁵⁶ *Ibid*, pág. 276.



mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieren durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros; pero harán suyos por mitad, al disolverse el patrimonio conyugal, los bienes siguientes: a) Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes; b) Los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y c) Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.

“Se trata, entonces, de un régimen económico matrimonial cuya base es la separación absoluta de bienes propiedad de los cónyuges a la fecha de la celebración del matrimonio, surgiendo la comunidad de gananciales (o comunidad parcial o relativa) únicamente respecto a los bienes que expresa el artículo citado, y con posterioridad a las nupcias.”⁵⁷

No obstante aunque la ley no lo diga con claridad, como lo dice respecto al régimen de comunidad absoluta, debe entenderse que en el régimen de comunidad de gananciales puede existir y en efecto existe un patrimonio conyugal, el cual se encuentra formado con los bienes comunes a que se refiere el Artículo 124 anteriormente citado paralelamente a los patrimonios exclusivos de los cónyuges.

⁵⁷ Brañas, Ob. Cit; pág. 182.

Es el régimen de comunidad de gananciales, el Artículo 126 del Código Civil lo regula, el cual textualmente establece que: A falta de las capitulaciones sobre los bienes se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales. Algunos autores sostienen que este régimen tiene por objeto "...evitar la incertidumbre a ese respecto, o sea en cuanto a la propiedad de los bienes, presentes y futuros, de aquellos cónyuges que no celebraron capitulaciones matrimoniales."⁵⁸

Sin embargo al hacer un análisis sobre este régimen es criterio del sustentante, que siendo el matrimonio un acto trascendental en la vida de los cónyuges y de los descendientes, debe ser obligatorio la elección del régimen matrimonial, es decir debe haber una manifestación expresa de los contrayentes y no que haya un régimen supletorio que determine la libre voluntad de los futuros esposos, quienes prefieren guardar silencio, no porque deseen adoptar el régimen de comunidad de gananciales, sino por desconocimiento de la ley.

3.5 Diferentes legislaciones

El Código Civil español, clasifica los regímenes matrimoniales en: Régimen de sociedad de gananciales, régimen de separación de bienes y régimen de participación. En el ordenamiento civil mexicano, se clasifican únicamente en régimen de sociedad conyugal y régimen de separación de bienes.

⁵⁸ Brañas, Ob. Cit; pág. 183.



El régimen patrimonial del matrimonio en Argentina es de orden público, es decir que todos los bienes adquiridos durante el mismo son gananciales, con excepción de aquellos que provengan de herencia, legado o donación.



CAPÍTULO IV

4. Patrimonio conyugal

La férrea autoridad del pater familia en los pueblos primitivos, e incluso en los de refinamiento jurídico como el romano, por una concepción unitaria del patrimonio, llevaron a que la mujer casada careciera de bienes o de poder sobre ellos; aunque los hubiera aportado al matrimonio o los hubiera recibido en consideración personal luego del mismo. Ha sido precisa una larga y lenta evolución en la materia, para que a la ley reconociera la capacidad jurídica de la mujer dentro del matrimonio, en relación al patrimonio conyugal.

4.1 Origen histórico

Antes de explicar lo relativo al patrimonio conyugal, se hace un somero análisis referido únicamente al patrimonio desde el punto de vista general, con el fin de conocer su origen etimológico.

La palabra patrimonio viene del latín patri, significado de padre y onium, igual ha recibido, que significa lo recibido por línea paterna.

El concepto de patrimonio se remonta al derecho romano temprano es decir durante la república romana, periodo en el cual significaba algo así como la propiedad familiar y

heredable de los patricios, de pater, padre, que se transmitía de generación a generación y a la cual todos los miembros de una familia amplia tenían derecho.

Guillermo Cabanellas, define el patrimonio como “el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica”.⁵⁹

“En una definición más jurídica, el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y pueden ser apreciable en dinero.”⁶⁰

4.2 Antecedentes del patrimonio conyugal

Al patrimonio conyugal doctrinariamente también se le conoce como comunidad conyugal, en realidad no hay acuerdo en cuanto al origen histórico de la comunidad conyugal, sin embargo, la mayoría de autores sostienen que deriva su origen de los pueblos germánicos y que fueron los godos los primeros en España en establecer leyes relativas a la comunidad de bienes, “la opinión más general es la que atribuye al régimen de comunidad de bienes un origen germano, enlazándolo con la antigua compra a la mujer.”⁶¹

El régimen patrimonial de los consortes, no es más que el resultado de la sociedad conyugal pactada, legal o consuetudinariamente, en virtud de la cual se hacen comunes

⁵⁹ Ob. Cit; tomo VI, pág. 152.

⁶⁰ Ossorio, Ob. Cit; pág. 697.

⁶¹ Castán Tobeñas, José. Derecho civil español común y foral, pág. 212.



todos los bienes que el marido y la mujer aportan al matrimonio al tiempo de contraerlo y los adquiridos después con igual carácter.

Esta comunidad de bienes "...existe entre el marido y la mujer desde el momento de la celebración del matrimonio hasta su disolución...";⁶² no obstante en la república de Roma, no estaba legislado el patrimonio conyugal, Castán Tobeñas considera que "Es la comunidad de bienes en el matrimonio una institución relativamente moderna en la historia del derecho..."⁶³ en resumen se puede decir que estaba compuesto por la dote de la mujer, los bienes que el marido aporta al matrimonio, los parafernales y los adquiridos con posterioridad por los cónyuges.

"Por su parte los autores Mazeaud, se preguntan: ¿Cuál ha sido el origen de esa comunidad de bienes entre esposos? indudablemente hay que buscarlo en el derecho de sucesión que las costumbres le concedían a la mujer supérstite."⁶⁴ "De manera que, según estos autores, es el derecho español el primero en legislar sobre esta comunidad de bienes..."⁶⁵ No fue el derecho romano como algunos autores afirman, ya que al hacer un análisis de la legislación romana de esa época, "...el matrimonio en los primeros siglos estuvo casi siempre acompañado de la manus."⁶⁶ Y posteriormente se verificó un cambio en los últimos tiempos de la república, cuando se estableció jurídicamente el sistema dotal.

⁶² Cabanellas. Ob. Cit; tomo VII, pág. 477

⁶³ Ob. Cit.; pág. 212.

⁶⁴ García Recopachí, Sandra Lorena. **Análisis jurídico de la liquidación del patrimonio conyugal por divorcio cuando no están acordadas las capitulaciones matrimoniales**, pág. 44.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Petit, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**, pág. 123



4.2.1 La manus

“Autoridad del marido y a veces de un tercero sobre la mujer casada”⁶⁷ Voz latina que se expresaba en el derecho romano, y que daba la idea de sometimiento de las personas y de las cosas: “in manu esse alicuius quería decir “estar sometido a alguien”. De ahí que manus significase, en el Derecho de Familia, el poder del pater familias sobre el grupo gentilicio y familiar, y también, la potestad marital”.⁶⁸ “La “manus” surgía de las tres formas matrimoniales denominadas “confarreatio”, “coemptio” y “usus”, que significaban, respectivamente, la compra, el pan o el uso determinantes del nexo.”⁶⁹

4.2.2 Efectos

“La mujer in manu sale de su familia civil y entra a la de su marido. Su situación es igual a la de una hija en potestad paterna, si el marido es sui juris, y a la de una nieta estando el padre sometido a la potestad paterna, y adquiere los derechos de sucesión unidos a esta cualidad. Pero teniendo un patrimonio se absorbe en el de su marido, y lo mismo que si fuera una hija de familia, ya no puede adquirir nada en propiedad.”⁷⁰ La voz latina sui juris, significaba “las personas libres de toda autoridad dependiendo de ellas mismas”⁷¹

⁶⁷ Petit. Ob, Cit; pág. 109

⁶⁸ Osorio. Ob. Cit; pág. 573.

⁶⁹ Cabanellas, Ob. Cit; tomo V, pág. 303.

⁷⁰ Petit. Ob, Cit; pág. 139

⁷¹ Ibid. pág. 109

En la actualidad algunas legislaciones contemplan lo relativo a los bienes dotales y parafernales, por lo que se hace una breve referencia a ello, tomando en consideración que en la historia de la legislación guatemalteca de alguna manera aparecen regulados dentro de las relaciones económicas que surgen entre marido y mujer.

4.2.3 Bienes dotales

Es el conjunto de bienes que la mujer entrega al marido, o por otra persona en relación a ella, con el fin de ayudar a las cargas del matrimonio "...y el que con igual carácter reciba o adquiera durante él por herencia, legado o donación."⁷², y disuelto el mismo, han de restituirse a la mujer. Este sistema tuvo amplio desenvolvimiento en el derecho romano.

4.2.4 Bienes parafernales

Los bienes parafernales están constituidos por el conjunto de bienes que la mujer aporta al matrimonio, o que adquiera dentro del mismo a título gratuito, sin que estén comprendidos en la dote.

"La propiedad de los parafernales corresponde a la mujer, y asimismo su administración, salvo haber entregado ésta al marido y ante notario. En tal supuesto, el marido se encuentra obligado a constituir hipoteca o a asegurarlos como los dotales. En

⁷² Ob. Cit; pág. 123.

relación con estos bienes, el marido no puede ejercer acción alguna sin intervención o consentimiento de la mujer⁷³

La diferencia entre ambos estriba en que los bienes dotales son del dominio de la esposa, pero su administración compete plenamente al marido, y los frutos de estos bienes ingresan a la comunidad conyugal, y los bienes parafernales, tanto el dominio como su administración continúan perteneciendo a la mujer durante el matrimonio. Los dotales deben aportarse expresamente como tales en escritura pública, mientras que los parafernales por exclusión, son todos aquellos que no están comprendidos en la dote.

En el régimen de separación absoluta todos los bienes de la mujer tienen el carácter de parafernales, y en la comunidad absoluta no existe esta clase de bienes. En el régimen de comunidad de gananciales todos los bienes aportados por la mujer al matrimonio tendrán el carácter de dotales, y los que adquiera durante el mismo a título gratuito tendrán el carácter de parafernales.

“Esto permite afirmar como acertada la decisión del congreso al excluir estas dos cualidades de bienes, porque al contemplarse los tres regímenes económicos de: separación absoluta, comunidad absoluta, comunidad de gananciales y la combinación de los mismos, se están incluyendo los bienes dotales y parafernales que cita la doctrina y que se contempla en otras legislaciones.”⁷⁴

⁷³ Cabanellas. *Ob. Cit*; tomo I, pág. 489

⁷⁴ García Recopachí, *Ob. Cit*; pág. 45.



4.3 Adquisición

El patrimonio conyugal de hecho, es tan antiguo al igual que la institución del matrimonio, ya que tiene su origen en el mismo, ya sea porque se hayan aportado bienes al mismo por uno o ambos cónyuges. De manera que este patrimonio nace con el matrimonio mismo, pero se debe hacer notar, que no todo matrimonio supone un patrimonio conyugal, si se toma en consideración si los contrayentes adoptan el régimen de separación absoluta de bienes, en el cual no existe comunidad alguna. En todo caso, conviene mencionar que en la realidad, aún antes del matrimonio, los novios van adquiriendo determinados bienes que les servirán en su futuro matrimonio, el Código Civil, les denomina esponsales en el Artículo 80.

Si no llegare a realizarse el matrimonio, deberá restituirse los bienes adquiridos, que a cada quien pertenecen, así también deberán restituirse las cosas donadas y entregadas con promesa de matrimonio que no se efectuó, salvo lo relativo a los bienes que constituyan el menaje de casa.

4.4 Definición

El patrimonio conyugal a criterio del sustentante puede definirse como: El conjunto de bienes, créditos, derechos, deudas u obligaciones que se adquieren durante la vigencia del matrimonio, celebrado bajo los regímenes económicos de comunidad absoluta y comunidad de gananciales.



4.5 Síntesis en cuanto a los antecedentes de la legislación guatemalteca

“En el derecho guatemalteco, la comunidad de bienes se reguló en diversas leyes, entre ellas: La ley 60 de toro, la ley primera, título tercero, libro tercero del fuero real y en el libro 10 de la novísima recopilación. Es la ley tercera, título tercero del fuero real la primera que reguló la comunidad de bienes, la cual se expresaba así: “magüer que el marido haya más que la mujer, ó la mujer más que el marido, quien en heredad quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos á dos”.⁷⁵

Fue hasta en el Decreto Gubernativo número 175, emitido el ocho de marzo de 1877, cuando se reguló la comunidad conyugal de bienes de manera amplia y en cuerpo coherente.

En este cuerpo legal la comunidad de bienes se conceptuó como sociedad legal entre marido y mujer, resultante del matrimonio, integrada con bienes propios de cada socio y bienes comunes de los cónyuges.

Se estableció cuáles eran los bienes que se consideraban propios de cada uno y qué bienes eran comunes, así como las causas de terminación de la sociedad conyugal, y que a su disolución los bienes gananciales serían divididos por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos. Así también se estableció lo relativo a bienes dotales y parafernales.

⁷⁵ García Recopachi, Ob. Cit; pág. 46.

En el Código Civil de 1933, se sigue conceptuando esta comunidad de bienes como “sociedad conyugal”, pero en el Artículo 133 se establece que al estar firme la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio, se procederá a liquidar el patrimonio conyugal.

Es éste el antecedente donde se introduce el término patrimonio conyugal. El actual Código Civil Decreto Ley 106, descartó por completo el anterior concepto de sociedad conyugal, sustituyéndolo por el de patrimonio conyugal, tal como se puede observar en los Artículos 122, 131 y 132; indudablemente por la influencia de las diferentes concepciones doctrinarias modernas.

En síntesis, la relación económica que surge entre los cónyuges, en el derecho civil vigente se denomina: Patrimonio conyugal.

Se considera acertado que se le denomine patrimonio conyugal, ya que su finalidad es que los bienes, créditos y derechos del marido y de la mujer y su pasivo deudas y obligaciones de índole económica se unan en un mismo patrimonio, no propio del marido ni propio de la mujer sino de los dos y a este nuevo patrimonio se le llama patrimonio conyugal pues es propio y derivado de la unión de los cónyuges, no es correcto que se le llame sociedad conyugal por tanto que por sociedad se deduce cualquier agrupación o reunión de personas o fuerzas sociales, aunque haya quienes indiquen que es la unión y relación personal y patrimonial que por el matrimonio surgen entre los cónyuges, pero no es claro al demostrar que se forma un solo patrimonio conyugal por el vínculo matrimonial.

4.6 Finalización del patrimonio conyugal

En España las sociedades conyugales se extinguen por los siguientes casos: Por disolución del matrimonio, el cual puede ser por muerte de uno de los cónyuges o por la declaratoria de fallecimiento, declaración de nulidad del matrimonio y por separación de personas, la declaración de ausencia y la interdicción civil de uno de los cónyuges.

En el derecho mexicano, Rafael Rogina Villegas, indica que: “La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio si así lo convinieran los esposos o cuando éste concluya por divorcio, nulidad o muerte de cualquiera de los cónyuges.”⁷⁶ además señala como causas de extinción de la sociedad conyugal las siguientes: a) La disolución del matrimonio que puede ocurrir por su nulidad, o divorcio de los cónyuges; b) El acuerdo de los consortes liquidando la sociedad; c) La declaratoria de presunción de muerte del cónyuge ausente; y d) Por la mala administración del patrimonio conyugal.

La obligación que exige la ley civil mexicana en cuanto a celebrar previo al matrimonio, un convenio sobre si adoptan el régimen de separación de bienes o el de la sociedad conyugal, tomando en consideración que en este país, únicamente existen los dos regímenes extremos, el de separación de bienes y el de sociedad conyugal, facilita la disolución y liquidación de patrimonio conyugal, ya que en este país no existe un régimen subsidiario, que supla el silencio de los cónyuges tal como en la legislación guatemalteca.

⁷⁶ Compendio de derecho civil introducción personas y familia, pág. 332.



4.7 Regulación legal guatemalteca

En la legislación guatemalteca la liquidación del patrimonio conyugal procede por los siguientes motivos: Por muerte del cónyuge, por declaración de ausencia, por la declaratoria de interdicción civil de uno de los cónyuges, por nulidad del matrimonio, por acuerdo entre los cónyuges y por la separación o el divorcio.

De conformidad con el Artículo 139 del Decreto Ley 106, la comunidad de bienes termina: 1. Por la disolución del matrimonio; 2. Por separación de bienes; 3. Por ser condenado en sentencia judicial firme alguno de los cónyuges por delito cometido en contra del otro.

Otras causas que son fundamentales para dar por terminada la comunidad de bienes son: El abandono injustificado del hogar conyugal, por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan.

En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación y cuando se declare la nulidad del matrimonio, el cónyuge que hubiere obrado de mala fe no tendrá parte en las utilidades, si los dos procedieron de mala fe, el hecho de ambos quedará compensado, Artículos 141, 142 y 143, del Código Civil, respectivamente.



CAPÍTULO V

5. La separación y el divorcio frente a los bienes gananciales

5.1 La separación

La separación, también llamada separación de los cónyuges, es una situación jurídica intermedia entre el matrimonio y el divorcio. Algunos autores afirman que la separación existe a consecuencia del derecho canónico, el cual considera al matrimonio como un vínculo entre los cónyuges para toda la vida, siendo el divorcio un acto reprobado para la religión, pues la iglesia en un inicio luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio, logrando poco a poco obtener su supresión. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Según la santa biblia, el matrimonio fue indisoluble, tal como lo establece el libro de génesis en el numeral 24 capítulo dos, ordenándosele a Adán cuando recibe a Eva, que tendría que dejar a su padre y madre y se unirá a su mujer y los dos vendrán a ser una misma carne; El libro de san mateo en el numeral 32 capítulo cinco, establece que el que repudia a su mujer, a no ser por causa de fornicación, hace que ella adultere; y el que se casa con la repudiada, comete adulterio; “La indisolubilidad sacramental del matrimonio se estampa por san pablo en la epístola a los corintios cuando exclama: A las personas casadas mando no yo, sino el Señor, que la mujer no se separe del marido; que si se separa, no pase a otras nupcias, o bien reconcíliese con su marido. Ni

tampoco el marido repudie a su mujer”⁷⁷ derecho que ha influenciado mucho en 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.

5.1.1 Definición

El diccionario de Manuel Ossorio, define la separación como la “Interrupción de la vida conyugal, sin ruptura de vínculo, por acto unilateral de uno de los consortes, por mutuo acuerdo o decisión judicial”.⁷⁸

Pianol-Riper, citado por el autor Alfonso Brañas, define la separación como “el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”⁷⁹

Para el sustentante, la separación es una situación en la que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran viviendo de forma separada e independiente, ya sea en forma voluntaria o judicial, sin que el matrimonio haya sido disuelto.

⁷⁷ Cabanellas, *Ob. Cit*; tomo III, pág. 291.

⁷⁸ *Ob. Cit*; pág. 882.

⁷⁹ *Ob. Cit*; pág. 188.

5.1.2 Clases de separación

5.1.2.1 Por mutuo acuerdo de los cónyuges

Esta separación no podrá pedirse sino después de un año, contado a partir de la fecha en que se haya celebrado el matrimonio, y debe existir consentimiento de ambos cónyuges.

5.1.2.2 Por voluntad de uno de los cónyuges mediante causa determinada

Es la declarada judicialmente y modifica el matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia y de la vida en común.

5.1.2.3 De hecho

Esta separación consiste en que 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. La diferencia entre la separación judicial y la separación de hecho estriba en que la primera es declarada mediante una sentencia judicial e implica un mayor número de efectos jurídicos que la separación de hecho, verbigracia a liquidación del régimen económico matrimonial, las pensiones y custodias correspondientes.

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 las legislaciones de Chile y España y en la guatemalteca.

5.1.3 Efectos

Las dos clases de separación que afectan directamente al matrimonio son la separación de hecho y la legal, la primera separación no está regulada taxativamente por la legislación civil vigente, pero puede producir determinados efectos jurídicos, verbigracia, en el Artículo 141 del Código Civil, establece que el abandono injustificado del hogar conyugal, por uno de las cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan; el Artículo 142 de la misma ley, establece que en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación; asimismo el numeral cuarto del Artículo 155 del Código Civil, establece que la separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año, es una causa común para obtener la separación o el divorcio;

En cuanto a la separación legal, se producen los siguientes efectos civiles: a) La liquidación del patrimonio conyugal; b) El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso; c) 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; d) El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro



cónyuge; y e) El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido; efectos que están enumerados en los Artículos 159 y 160 del Código Civil.

Es común en esta época la separación entre los cónyuges, existen altos índices de procesos que se ventilan el juzgado de primera instancia de familia del departamento de Santa Rosa, por lo regular la separación es un proceso previo al divorcio, la ventaja de acudir al órgano jurisdiccional respectivo estriba en que de alguna manera se protege la comunidad de bienes, con los efectos de la separación legal, sin embargo en la población del municipio de Chiquimulilla, departamento de Santa Rosa y sus alrededores, existe un grado mayor de cónyuges separados de hecho, siendo este el momento oportuno que aprovecha el cónyuge que tiene la administración del patrimonio conyugal, para disponer libremente de los bienes adquiridos dentro del matrimonio, ya que la ley no establece una prohibición taxativa, para evitar esta clase de perjuicio al otro cónyuge, por lo regular en nuestra población en la mayoría de casos es la esposa quien resulta perjudicada por la acción del cónyuge, quedando la mayoría de estos casos en la impunidad.

5.2 El divorcio

Proviene "...del latín *divortium*, del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado; y por *antonomasia*, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consorte."⁸⁰

⁸⁰ Cabanellas, *Ob. Cit*; pág. 291.

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, mientras que en un sentido amplio, se refiere al proceso que tiene como intención dar término a una unión conyugal.

5.2.1 Antecedentes universales

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, fue asentado por primera vez en el Código Civil francés del año 1804, siguiendo la corriente de aquellos postulados que veían al matrimonio como una verdadera unión libre, es decir basta el acuerdo libre de los esposos, y al divorcio como una necesidad natural, en este sentido, el divorcio moderno nace como una degeneración de un matrimonio vincular cristiano, siguiendo la lógica de la secularización de éste, teniendo por cierto raíces provenientes del derecho romano.

Los antiguos romanos podían efectuar el divorcio de dos maneras: “a) Bona gratia, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.”
b) Por repudiación, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa.”⁸¹

En la antigua Babilonia, el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte. “En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este

⁸¹ Petit. Ob, Cit; pág. 125

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.⁸²

“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 11 a.c. y tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su padre y descontentas con sus esposos, solían abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes.”⁸³

En el cristianismo la reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. “Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la iglesia de Roma no se lo permitía. En España el fuero juzgo lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta. Posteriormente Las Siete Partidas lo prohibieron. Italia en 1970 y España en 1981 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente. En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes. El divorcio ha causado grandes

⁸² Cruz Díaz, Celia Patricia. **Matrimonio, divorcio y sus efectos en la sociedad guatemalteca como análisis crítico**, pág. 39.

⁸³ *Ibid.* pág. 40

polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la iglesia católica no considera posible el divorcio de las personas.”⁸⁴

5.2.2 Antecedentes en la legislación guatemalteca

“En la legislación de Guatemala, el divorcio ha tenido variantes claramente deslindables. Durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, fue emitido el Decreto Legislativo de fecha 19 de agosto de 1837, que admitió el divorcio como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial”⁸⁵

El Artículo 165 del Código Civil de 1877, establecía que el divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial. “A ese respecto conviene recordar lo opinado por la comisión codificadora: El art. 165 declara: que es divorcio la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial. El 169, reconociendo lo que actualmente existe en práctica dice que la sentencia emanará de la autoridad eclesiástica. Pero el divorcio produce efectos civiles y canónicos. Todo lo que es civil se reglamentó”⁸⁶ Es evidente la influencia del derecho canónico en el derecho civil, respecto al divorcio.

En el Decreto Gubernativo número 484, promulgado el 12 de febrero de 1894, siendo el presidente de Guatemala el general José María Reina Barrios, el cual contiene la ley de

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Brañas, Ob. Cit; pág. 192.

⁸⁶ *Ibid.*

divorcio, reconoce la separación y el divorcio, ya sea por mutuo consentimiento o por causa determinada.

El Código Civil vigente en el Artículo 153, establece que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. El Artículo 154 del mismo cuerpo legal establece que la separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: Por mutuo acuerdo de los cónyuges, y por voluntad de uno de ellos, mediante causa determinada.

5.2.3 Definición

Alfonso Brañas citando a Planiol y Ripert, consideran que “El Divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”⁸⁷

“Acción y efecto de divorciar o divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho común”⁸⁸

El divorcio, puede definirse como la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en libertad de contraer nuevo matrimonio. También puede ser definido como el rompimiento absoluto y definitivo del vínculo conyugal, pronunciado por el juez de un

⁸⁷ *Ibid*, pág. 191.

⁸⁸ Ossorio, *Ob. Cit*; pág. 338.

juzgado de familia, a solicitud de ambos cónyuges y por uno de los esposos, invocando causal determinada o por simple voluntad de uno de ellos.

5.3 Procedimientos de divorcio

Actualmente existen tres formas de obtener el divorcio en la legislación guatemalteca:

a) Por mutuo acuerdo; b) Por causa determinada; y c) Por voluntad de uno de los cónyuges.

5.3.1 Por mutuo acuerdo

También se le denomina por mutuo consentimiento o voluntario, “parte del código francés, se debe a Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del código que lleva su nombre, Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario en parte por la posibilidad de que Josefina no le diese hijos y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye una forma conveniente de ocultar causas muy graves; causas que pueden ser escandalosas, que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges”⁸⁹

Esta clase de divorcio interviene la voluntad de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, fijando ellos mismos las bases de su divorcio y únicamente el juez velará para que no se viole la ley, su trámite es simple y módico.

⁸⁹ Brañas, Ob. Cit; pág. 194.

5.3.2 Divorcio por causa determinada

Doctrinariamente se le conoce como divorcio absoluto o vincular, es necesario que uno de los cónyuges invoque alguna o algunas de las causas establecidas en el Artículo 155 del Código Civil vigente, se promueve en la vía ordinaria, sus plazos son largos y es costoso;

5.3.3 Por voluntad de uno de los cónyuges

Algunos popularmente le llaman divorcio express, el cual está establecido en el Decreto número: 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala; El tercer considerando del referido decreto expresa que el objeto de las reformas al Código Civil, es la de agilizar y simplificar los trámites para la disolución del vínculo matrimonial, teniendo como principal novedad el ahorro económico y procesal, al ya no exigirse que uno de los cónyuges deba alegar causa determinada para iniciar la ruptura del vínculo matrimonial, bastando la voluntariedad de una de las partes para iniciar el trámite de separación o divorcio.

En la praxis el decreto referido a criterio del sustentante, no ha llenado las expectativas que oportunamente fueron publicadas en los medios de comunicación, respecto a la agilización y simplificación del trámite del proceso de divorcio, ya que el mismo debe dilucidarse en la vía ordinaria, siendo el trámite y los plazos iguales al divorcio por causal determinada; para agilizar y simplificar el trámite de la disolución del vínculo matrimonial, debió reformarse simultáneamente el Código Procesal Civil y Mercantil,



instaurando un proceso específico a esta clase de divorcio, y de esa manera el espíritu del decreto relacionado alcanzaría su fin.

5.4 Efectos

En cuanto a los efectos legales que produce el divorcio, están enumerados en los Artículos 159 y 161 del Código Civil.

Los efectos enumerados en el primer artículo son efectos civiles comunes a la separación y al divorcio, y el efecto del segundo artículo, es propio del divorcio, el cual establece que la disolución del vínculo conyugal, deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.

CAPÍTULO VI

6 Desprotección jurídica de los bienes adquiridos dentro del matrimonio

En el capítulo que antecede se estableció lo relativo a las clases de separación, asimismo lo relativo al divorcio el cual disuelve el vínculo matrimonial. Partiendo de que en nuestra sociedad específicamente en el departamento de Santa Rosa, la separación que más está de moda, es la de hecho, en la que uno de los cónyuges por alguna razón abandona el hogar conyugal, en ese sentido la institución del matrimonio persiste con sus plenos efectos jurídicos entre ambos cónyuges, en especial a los bienes que durante la convivencia matrimonial han adquirido, no obstante estar separados físicamente, quienes han adoptado los regímenes de comunidad absoluta y comunidad de gananciales.

Es este el momento propicio en el cual uno de los cónyuges que aparece como propietario en los registro públicos de los bienes que constituyen el haber conyugal, ya sea por resentimiento, temor a una postrera demanda judicial, asesoría jurídica, mala fe u otras razones, dispone ya sea de alguno o varios bienes que corresponden en un cincuenta por ciento a ambos cónyuges, quedando el derecho que corresponde al otro cónyuge burlado.

La razón por la cual no se puede evitar esta clase de acciones, es porque no existe prohibición que limite la disposición de los bienes relacionados; el segundo párrafo del Artículo 131 del Código Civil, establece que cada cónyuge o conviviente tiene la

libre disposición de los bienes que se encuentren inscritos a su nombre en los registros públicos, sin perjuicio de responder ante el otro por la disposición que hiciere de los bienes comunes, está claro que para poder obtener la restitución, deberá accionar ante un órgano jurisdiccional competente, a través de un largo y oneroso juicio ordinario, extremo que el sustentante considera innecesario para el cónyuge afectado, si existiera un precepto jurídico, que regulara una forma razonable para disponer de los bienes adquiridos dentro del matrimonio.

Para una mejor comprensión del tema se analizará lo referido a los bienes y la forma de adquirir y disponer de los mismos.

6.1 Los bienes

Doctrinariamente existen diversas definiciones, el diccionario de Manuel Ossorio, define el bien como: "Utilidad, beneficio, caudal, hacienda."⁹⁰ Para Guillermo Cabanellas, los bienes son: "Las cosas de que los hombres se sirven y con las cuales ayudan."⁹¹

Según este autor, se pueden definir desde dos puntos de vista: a) Todos los cuerpos, en la mayor amplitud material, útiles, apropiables y adecuados para satisfacer necesidades humanas; y b) Más en concreto los que componen la hacienda, el caudal, la riqueza o el patrimonio de las personas.

⁹⁰ Ob. Cit; pág. 122.

⁹¹ Ob. Cit; tomo I, pág. 477.



Doctrinariamente existen innumerables clasificaciones, algunos autores coinciden como Guillermo Cabanellas, en clasificarlos de la siguiente manera: a) Por razón de la persona a quien pertenezca; b) Por su naturaleza; c) Por su importancia; d) Por su existencia; e) Por su divisibilidad; y f) Por la posibilidad de enajenarlos;

6.1.1 Por razón de la persona a quien pertenezca:

6.1.1.1 De dominio público

Son aquellos cuyo domicilio se atribuye al Estado o al Municipio. Pueden ser de uso público común (calles, parques, plazas) y de uso público no común (subsuelo, yacimientos de hidrocarburos). Artículos 457 y 458 del Código Civil.

6.1.1.2 Privado

Aquellos que son pertenecientes a los particulares. Artículo 460 del Código Civil.

6.1.2 Por su naturaleza

6.1.2.1 Inmuebles

Son aquellos que no pueden trasladarse de un punto a otro sin deterioro. Artículo 442 del Código Civil.

6.1.2.2 Muebles

Son aquellos que son susceptibles de trasladarse de un punto a otro sin menoscabo de su naturaleza, por ejemplo el mobiliario de una oficina.

6.1.3 Por su importancia:

6.1.3.1 Principales

Cuando los bienes son independientes y tienen mayor importancia y valor en relación a otros bienes, por ejemplo un vestido en relación a los botones del mismo.

6.1.3.1 Accesorios

Cuando los bienes dependen de uno principal y su existencia está condicionada a la existencia del principal. Artículos 688, 692 y 449 del Código Civil.

6.1.4 Por su existencia:

6.1.4.1 Presentes

Aquellos que gozan de existencia actual, viven la realidad del orden físico o legal en el momento de ser tenidos en cuenta como tales al constituirse una relación jurídica, por ejemplo maquinaria o fincas.



6.1.4.2 Futuros

Son aquellos que si su existencia no es real, deben racionalmente esperarse que pueda tenerla, como susceptibles de venir a la vida, por ejemplo una cosecha en una finca.

6.1.5 Por su divisibilidad:

6.1.5.1 Divisibles

Son aquellos que pueden dividirse en partes sin detrimento de su naturaleza, por ejemplo una finca rústica.

6.1.5.2 Indivisibles

Son aquellos que no deben dividirse porque ello produciría menoscabo en su uso y naturaleza, por ejemplo el cronómetro.

6.1.6 Por la posibilidad de enajenarlos:

6.1.6.1 Enajenables

También se les denomina bienes dentro del comercio y son los susceptibles de tráfico mercantil.



6.1.6.2 Inalienables

También se les denomina bienes fuera del comercio, y son los que no son susceptibles de tráfico mercantil.

El Artículo 442 del Código Civil conceptualiza a los bienes como las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en muebles e inmuebles; los Artículos 443 y 444 del mismo cuerpo legal, establecen lo relativo a las cosas que pueden ser apropiables y las cosas fuera del comercio, respectivamente.

6.2 Adquisición y disposición

Las formas en que una persona logre adquirir un bien puede ser: “naturales (aluvión), Artículo 679, legales (adjudicaciones judiciales) y particulares (el negocio jurídico).”⁹²

Por medio del negocio jurídico se puede adquirir y a la vez disponer en forma definitiva de los bienes, una vez sea el legítimo propietario quien los enajene; el Artículo 1794 del Código Civil, establece que ninguno puede vender si no lo que es de su propiedad, extremo que debería aplicarse a los negocios jurídicos, donde el bien que se va a enajenar pertenece a la comunidad conyugal, a efecto de no vulnerar los derechos del cónyuge que le pertenece el cincuenta por ciento del bien que se está otorgando.

⁹² Ochoa López, Aleida Rosario. La acción de daños y perjuicios como consecuencia de la disposición de los bienes gananciales por uno de los cónyuges dentro del matrimonio, pág. 34.



6.3 Daños y perjuicios

Todo perjuicio proviene de un daño y todo daño provoca un perjuicio, es por ello que en la ley ambos términos aparecen ligados, razón por lo cual se analizarán en forma individual.

6.3.1 Daño

“El daño es el menoscabo que, a consecuencia, de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad ya en su patrimonio”.⁹³

Guillermo Cabanellas indica que daño es el deterioro, perjuicio o menoscabo que se recibe en la propia persona o en los bienes. “El daño puede provenir del dolo, la culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto.”⁹⁴

El daño doloso obliga al responsable al resarcimiento y acarrea una sanción penal; daño culposo, suele llevar consigo también un dolo de indemnización, y el fortuito exime de toda responsabilidad.

⁹³ Enciclopedia jurídica omeba, tomo V, pág. 511.

⁹⁴ Ob. Cit; tomo III, pág. 5.

El Artículo 1434 del Código Civil de 1933 señala que: Los daños consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio como consecuencia de la contravención de la obligación.

El Código Civil de 1877, era más amplio, al establecer en el daño como: La pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por no haber cumplido o haberse cumplido imperfectamente la obligación o por haberse retardado su cumplimiento, Artículo 1442. Ambas definiciones legales coinciden desde el punto de vista del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

6.3.1.1 Elementos del daño

Para que el daño exista es necesaria la concurrencia de tres elementos a saber: a) Elementos subjetivos integrados por los sujetos activo y pasivo del daño; b) Elemento objetivo conformado por el hecho productor del daño; y c) La relación causal.

6.3.2 Perjuicio

“En sentido técnico estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que origina una acción u omisión ajena, culpable o dolosa;”⁹⁵

Como se reitera es muy usual que el daño venga acompañado de un perjuicio, cabe destacar un elemento importante en cuanto al perjuicio es que la ganancia, además de

⁹⁵ Cabanellas, *Ob. Cit*; tomo VI, pág. 213.

ser lícita, debe ser cierta y no una mera posibilidad. El perjuicio genéricamente es el mal, lesión moral, daño a los intereses patrimoniales.

6.3.3 Concepto

“Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico se llama daño a todo mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio, la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo”⁹⁶

El Artículo 1433 del Código Civil, dispone que: Los daños consisten en la pérdida que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención.

El Artículo 1434 de la ley citada en párrafo anterior, establece lo siguiente: Los daños, consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que hayan causado o que necesariamente deban causarse.

⁹⁶ Cabanellas, Ob. Cit; tomo III, pág. 10.

El Código Civil en su Artículo 1645 establece que: Toda persona que cause un daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El Artículo 1646 del mismo precepto legal regula que: El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado.

El Artículo 1653 del Código Civil regula que: El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños y perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos. Por otro lado, hay que tomar en cuenta el Artículo 119 del Código Penal vigente que indica: La extensión de la responsabilidad civil comprende: La restitución, la reparación de los daños materiales y morales, la indemnización de perjuicios.

6.3.4 Daños y perjuicios patrimoniales

“El daño patrimonial ha de ser, pues, la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende, le pertenecen”.⁹⁷

“Partiendo de esta idea, se distinguen dos grandes especies de perjuicios que se traducen en un empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que puede generarse tanto de la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc. De

⁹⁷ Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, pág. 60.

bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido efectuar. Hay un empobrecimiento, una disminución patrimonial provocada como consecuencia del evento dañoso. Pero éste puede generar también la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima; el perjuicio, aunque por hipótesis pudiese incluso no haber provocado un daño en los bienes que le pertenecen a la víctima, puede impedir que ella obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico “.⁹⁸

En conclusión, el daño y perjuicio patrimonial es la lesión o menoscabo en los bienes materiales pertenecientes a una persona, con ocasión de un evento dañoso. Es la no obtención de ciertos lucros o ganancias que provocan un enriquecimiento económico.

El daño y perjuicio patrimonial se ocasiona cuando los cónyuges durante su vida conyugal han adquirido bienes inmuebles, los cuales por disposición de la ley y de acuerdo al régimen económico que adoptaron (comunidad absoluta de bienes o comunidad de gananciales) le corresponde a cada uno el cincuenta por ciento.

Sin embargo la enajenación de los bienes conyugales por uno de los cónyuges que tiene inscrito los bienes a su nombre, y disponga de los bienes en beneficio propio, sin tomar en cuenta la voluntad del otro cónyuge, verbigracia las compraventas de dichos bienes inmuebles, con el objeto de obtener ganancias únicamente en su provecho, faculta al cónyuge afectado para acudir al órgano jurisdiccional competente, a promover

⁹⁸ *Ibid*, pág. 61.



el juicio ordinario de daños y perjuicios, a efecto de defender el derecho que le corresponde del patrimonio conyugal.

Previo a iniciar una demanda en la vía ordinaria, se debe hacer notar lo onerosos y dilatados que son esta clase de juicios, incluyendo las medidas precautorias que se solicitan en la demanda, ya que en muchas oportunidades el interesado en reiteradas ocasiones solicita los oficios respectivos en el órgano jurisdiccional competente, para presentarlos en los registro públicos o instituciones bancarias del país, y de esa manera asegurar el objeto motivo de la demanda, sin embargo por razones que se ignoran, los secretarios, no extienden los oficios relacionados oportunamente, y de esa manera el demandado, obtiene conocimiento de la demanda entablada en su contra, y aprovecha para ocultar o disponer de las ganancias que ha obtenido de la disposición del bien inmueble que pertenecía a la comunidad conyugal, antes de ser emplazado, para evitar el embargo de cuentas bancarias, anotaciones de demanda y demás medidas precautorias, que pueden asegurar el resultado de un juicio. Coadyuvando de esa manera al menoscabo de los derechos inherentes a la institución del matrimonio civil y provocando un ambiente de incertidumbre y desconfianza en los órganos jurisdiccionales.

Además existen casos en los cuales el demandado ha sido condenado en sentencia firme a restituir el cincuenta por ciento al cónyuge afectado, pero no hay forma de ejecutar esa sentencia, ya que el demandado no tiene recursos económicos para responder, y de esa manera el daño es aún mayor, ya que no solo es el cónyuge



afectado el que su sufre sino la familia completa, que en muchas oportunidades, se quedan viviendo en una lamentable condición económica.

Además de los daños y perjuicios patrimoniales, colateralmente se provocan daños y perjuicios morales, psicológicos y s jurídicos, los cuales son imposibles de cuantificar, y que se ignoran al momento de dictar la sentencia respectiva en esta clase de juicios.





CAPÍTULO VII

7. Acción procesal para la restitución de los bienes comunes

7.1 Acción

“La existencia de un derecho y su violación, trae como consecuencia el ejercicio de una acción que se calificará por sus efectos que se deseen obtener como de condena;”⁹⁹

La facultad de poner en movimiento un órgano jurisdiccional se le denomina acción procesal. El cónyuge que se considere perjudicado por la enajenación de los bienes conyugales, puede acudir al juzgado de primera instancia del ramo civil del departamento de Santa Rosa, a plantear la demanda respectiva a efecto de que en sentencia se ordene al demandado el pago del cincuenta por ciento de los bienes que enajenó y que pertenecían a la sociedad conyugal.

7.2 Procedimiento legal para la reparación de daños y perjuicios

La ley adjetiva civil vigente, no establece un procedimiento específico para obtener la reparación de daños y perjuicios, por lo que en base al Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil, debe acudirse al juicio ordinario, el cual es un juicio de conocimiento que se caracteriza en nuestro medio por ser dilatado, atendiendo a que los plazos son largos.

⁹⁹ Aguirre Godoy, Mario. *Derecho procesal civil*, tomo I, pág. 74.

7.3 Fases del procedimiento

Dentro del juicio ordinario se dan las siguientes fases: a) Preparación del juicio; b) Otras actuaciones; c) Fases de introducción; d) Fase probatoria y e) Fase de decisión.

7.3.1 Preparación del Juicio

Consiste en “obtener o diligenciar antes de iniciarlo, las pruebas o algunas de las pruebas que en él habrán de utilizarse.”¹⁰⁰

7.3.2 Actuaciones previas

Consiste en las actuaciones previas al juicio ordinario, a las que la ley les denomina pruebas anticipadas, establecidas en los Artículos 98 al 105, del Código Procesal Civil y Mercantil, las cuales tiene por objeto conservar y garantizar bienes o cosas motivo de un litigio.

7.3.3 Fase de introducción

“Aquella mediante la cual se inicia el proceso con la presentación de la demanda; y se integra con tres actos sucesivos demanda, emplazamiento y contestación.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Nájera Farfán, Mario. *Derecho procesal práctico*, pág. 54.

¹⁰¹ *Ibid*, Pág. 74.

7.3.4 Fase probatoria

Esta es la fase en la cual se diligencian los medios de prueba que fueron ofrecidos en el momento procesal oportuno. “Esta es la fase en durante la cual se practican las pruebas en la demanda y en la contestación y que por no ser de las preestablecidas, necesitan tanto de la actividad de las partes como del juez para dotarlas de vida e incorporarlas al proceso.”¹⁰²

7.3.5 Fase de decisión

Es la fase en el cual el juzgador toma el dominio del proceso, y atendiendo de los medios de prueba aportados por las partes, decide sobre el fondo del litigio, se desarrolla a través de la vista, alegatos, autos para mejor proveer y la sentencia. El litigio o finaliza ahí, porque la parte inconforme puede acudir a la actividad recursiva, los cuales al agotarse, el fallo dictado en primera instancia, adquiere la calidad de cosa juzgada.

7.4 Desarrollo del juicio ordinario

7.4.1 Demanda:

Se presenta la demanda ante el órgano jurisdiccional competente, si llena los requisitos que la ley establece, el juez le da trámite.

¹⁰² *Ibid*, pág, 95.

7.4.2 Ampliación y modificación de la demanda

El actor podrá ampliar o modificar el escrito de demanda antes de que haya sido contestada.

7.4.3 Conciliación

Es una etapa que debe realizarse por el señor juez de oficio o a instancia de parte, la cual tiene por objeto evitar un litigio entre las partes.

7.4.4 Emplazamiento

Luego que el juez, da trámite a la demanda, emplaza al demandado, concediéndole un plazo de nueve días para que tome la actitud frente a la demanda.

7.4.5 Excepciones previas.

El demandado tiene seis días para interponer las excepciones previas o dilatorias, establecidas en el Artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil.

7.4.6 Actitudes del demandado

El demandado dentro del plazo de los nueve días, puede asumir las siguientes actitudes: Rebeldía, allanarse a la demanda, la confesión, el reconocimiento, oponerse



y contestar la demanda en sentido negativo, plantear excepciones perentorias y reconvenir al actor.

7.4.7 Apertura a prueba

El plazo ordinario son treinta días de conformidad con el Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil, no obstante podrán las partes pedir ampliación de la prueba, el cual es de diez días, solicitud que deberá hacerse por lo menos tres días de que finalice el plazo ordinario, y deberá tramitarse como incidente.

7.4.7.1 Plazo extraordinario de prueba

El periodo de prueba extraordinaria no podrá exceder de 120 días, de conformidad con el Artículo 124 del Código Procesal Civil y Mercantil, se crea cierta confusión, en virtud de que algunos entienden que el plazo es de 120 días, lo cual no es así, ya que debe completarse lo que regula el Artículo 125 de la misma norma legal, el cual establece que el plazo extraordinario principiara a correr juntamente con el ordinario, deduciéndose de esta manera que a los 120 días se le restan 30 días del plazo ordinario y los 10 días de la ampliación, quedando 80 días que constituyen el plazo extraordinario.

7.4.8 La audiencia para la vista

Finalizado el plazo de la prueba, el juez señalará de oficio, día y hora para la vista, dentro de un plazo de 15 días, de conformidad con el Artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial y el Artículo 196 del Código Procesal Civil y Mercantil, momento procesal en el cual las partes o sus abogados podrán alegar de palabra o por escrito, si así lo quisieren.

7.4.9 El auto para mejor fallar

En un plazo no mayor de 15 días, los jueces o tribunales antes de pronunciar su fallo puede pedir que se practiquen toda clase de diligencias que sean necesarias para dictar una sentencia apegada a derecho, a esto el Artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil denomina auto para mejor fallar.

7.4.10 La sentencia

Es la única forma normal de ponerle fin al proceso, los Artículos 198 y 142 del Código Procesal Civil y Mercantil y Ley del Organismo Judicial, respectivamente, establecen que el plazo para dictar sentencia son 15 días.



7.5 Modelo de demanda

JUICIO ORDINARIO DE DECLARACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE DAÑOS DEL CINCUENTA POR CIENTO DE DERECHOS DE BIENES COMUNES. NUEVO. SEÑOR JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DEL DEPARTAMENTO DE SANTA ROSA.

_____, de cincuenta años de edad, casada, guatemalteca, ama de casa, de este domicilio, con residencia en Colonia Vista Hermosa (atrás del parqueo de Don Mario Melgar), municipio de Chiquimulilla, departamento de Santa Rosa, señalo como lugar para recibir notificaciones, la Oficina Profesional del Licenciado _____, situada entre primera y segunda calles, Barrio El Centro de la Zona uno, de la Cabecera departamental de Cuilapa, departamento de Santa Rosa, actúo bajo la Dirección, Procuración del Abogado que me auxilia, y de manera respetosa comparezco a promover en la VÍA ORDINARIA DEMANDA ORDINARIA PARA DECLARACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE DAÑOS DEL CINCUENTA POR CIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD QUE ME CORRESPONDÍAN SOBRE LOS BIENES COMUNES, HABÍDOS DENTRO DEL MATRIMONIO ENAJENADOS POR EL CONYUGE, EN FORMA UNILATERAL, en contra del señor _____, quien puede ser notificado por esta única vez, en su residencia ubicada en Aldea El Astillero, municipio de Chiquimulilla, departamento de Santa Rosa, (específicamente, frente a la fábrica LA SUPER), por medio de despacho que deberá librarse al señor Juez de Paz, del municipio de Chiquimulilla, departamento de Santa Rosa, bajo apercibimiento de que debe señalar lugar para recibir notificaciones dentro del perímetro de esta ciudad, ya que en caso



contrario, las siguientes se le harán por medio de los estrados de este Tribunal, dicha demanda la promuevo en virtud de la siguiente,

RELACION DE HECHOS:

I.- De conformidad con la Certificación de la Partida de Matrimonio que adjunto, demuestro que estoy casada con El Demandado, desde mil novecientos ochenta, bajo el régimen de comunidad de gananciales.

II.- Durante nuestro matrimonio adquirimos por compra el bien inmueble inscrito en el Registro General de la Propiedad al Número: CIENTO DIEZ, Folio: CIENTO DIEZ, del Libro: DOCE, de SANTA ROSA, el cual se inscribió únicamente a nombre del demandado, no obstante ser yo, quien aportó más del cincuenta por ciento del valor del referido inmueble, producto de las ganancias que obtengo del trabajo que desempeño, extremo que demuestro con la fotocopia simple de la escritura pública número: Doscientos tres (203), autorizada en Chiquimulilla Santa Rosa, el diez de mayo de mil novecientos ochenta y dos, por el Notario _____.

III.- Tal como lo demuestro con la Certificación de la Finca Número: CIENTO DIEZ, Folio: CIENTO DIEZ, del Libro: DOCE, de SANTA ROSA, El Demandado, enajenó la nuda propiedad de la finca relacionada al señor _____, el diez de enero del año dos mil cinco, por medio de la escritura pública número: CINCO (05), autorizada en Chiquimulilla, Santa Rosa, por el Notario _____; por cuya venta recibió la suma de: CUATROCIENTOS MIL QUETZALES, extremo que demuestro con la fotocopia simple de la libreta de ahorro Número: UN MILLON SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO, del Banco Agromercantil Sociedad Anónima, cuenta número: Cero cero cero cero cero uno, a nombre de mi cónyuge, por lo que en base al contenido del segundo párrafo del artículo Ciento



treinta y uno, del Código Civil, acudo al respetable juzgador a efecto de que se obligue al demandado, a restituirme el cincuenta por ciento que me corresponde del bien inmueble que enajenó sin mi consentimiento.

FUNDAMENTO DE DERECHO:

El segundo párrafo del artículo 131 del Código Civil, establece que cada cónyuge o conviviente tiene la libre disposición de los bienes que se encuentran inscritos a su nombre en los registro públicos, sin perjuicio de responder ante el otro por la disposición que hiciere de los bienes comunes. El artículo 1645, del mismo cuerpo legal, establece lo relativo a que toda persona que causa daño o perjuicio a otro intencionalmente, está obligado a repararlo. El artículo 51 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece lo relativo a la pretensión procesal. El artículo 96 del mismo cuerpo legal, establece lo relativo al juicio ordinario. Y el artículo 128, establece lo relativo a los medios de prueba.

MEDIOS DE PRUEBA:

I.- DECLARACIÓN DE PARTE:

II.- DECLARACIÓN DE TESTIGOS:

III.- RECONOCIMIENTO JUDICIAL:

IV.- DOCUMENTOS: Consistentes en: a.- Certificación de la Partida de Matrimonio Número: Ciento tres; folio Doscientos noventa y seis; del Libro: Dieciocho, de matrimonios, del registro civil, del Registro Nacional de las Personas de Chiquimulilla Santa Rosa, misma que adjunto; b.- Fotocopia simple de la escritura pública numero: Doscientos tres (203), autorizada en Chiquimulilla Santa Rosa, el diez de mayo de mil novecientos ochenta y dos, por el Notario _____, con la cual demuestro que adquirimos la finca número CIENTO DIEZ, Folio: CIENTO DIEZ,



del Libro: DOCE, de SANTA ROSA, el cual se inscribió únicamente a nombre del demandado; c.- Certificación de la Finca Número: CIENTO DIEZ, Folio: CIENTO DIEZ, del Libro: DOCE, de SANTA ROSA, con la cual demuestro que El Demandado, enajenó la nuda propiedad de la finca relacionada al señor _____, el diez de enero del año dos mil cinco, por medio de la escritura pública numero: CINCO (05), autorizada en Chiquimulilla, Santa Rosa, por el Notario _____; d.- Fotocopia simple de la libreta de ahorro número: UN MILLON SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO, del Banco Agromercantil Sociedad Anónima, cuenta número: Cero cero cero cero cero uno, a nombre del demandado, con lo cual demuestro la suma dineraria que recibió producto de la venta del inmueble motivo del presente litigio, y que depositó en una de sus cuentas de ahorro.

V.- DICTAMEN DE EXPERTOS:

VI.- MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA:

VII.- PRESUNCIONES.

PETICIONES:

A.- DE TRÁMITE:

I.- Admitir para su trámite el presente escrito, y documentos que adjunto, ordenándose la formación del expediente respectivo; II.- Se tome nota del lugar que señalo para recibir notificaciones, como del profesional del derecho que me auxilia; III.- Se admita para su trámite EN LA VÍA ORDINARIA, la presente demanda Ordinaria para PARA DECLARACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE DAÑOS DEL CINCUENTA POR CIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD QUE ME CORRESPONDÍAN SOBRE LOS BIENES COMUNES, HABÍDOS DENTRO DEL MATRIMONIO ENAJENADOS POR EL CONYUGE, EN FORMA UNILATERAL, en contra del señor

_____ ; IV.- Que se notifique al demandado por esta única vez, en su residencia ubicada en Aldea El Astillero, municipio de Chiquimulilla, departamento de Santa Rosa, (específicamente, frente a la fábrica LA SUPER), por medio de despacho que deberá librarse al señor Juez de Paz, del municipio de Chiquimulilla, departamento de Santa Rosa, con el apercibimiento que debe señalar lugar para recibir notificaciones dentro del perímetro de esta ciudad, ya que en caso contrario, las siguientes se le harán por medio de los estrados de este Tribunal; V.- Se corra audiencia al demandado, por el plazo que la ley establece, bajo apercibimiento de que si no se opone en esa oportunidad, se continuará el juicio en su rebeldía; VI.- Se tenga por ofrecida la prueba correspondiente, debidamente individualizada y aportada la prueba de documentos que me permito adjuntar; VII.- Se decrete la siguiente medida de garantía, en contra del demandado EMBARGO: De todas las cuentas bancarias, como depósitos monetarios, que aparezcan a nombre del señor _____; en los Bancos del sistema, por lo que deberá oficiarse a donde corresponde, nombrándose depositario al señor Gerente del mismo; VIII.- Que oportunamente se abra a prueba el presente juicio por el plazo que la ley establece;

B.- DE FONDO:

IX.- Que al resolver se dicte la sentencia que en derecho corresponde, declarando CON LUGAR LA PRESENTE DEMANDA ORDINARIA PARA DECLARACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE DAÑOS DEL CINCUENTA POR CIENTO DEL VALOR DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD QUE ME CORRESPONDÍAN SOBRE LOS BIENES COMUNES, HABÍDOS DENTRO DEL MATRIMONIO ENAJENADOS POR EL CONYUGE, EN FORMA UNILATERAL, promovida en contra del señor _____; XI.- Se certifique lo conducente al donde corresponde,



por los delitos en que haya incurrido el demandado; XII.- Se condene al demandado, al pago de las costas procesales, daños y perjuicios, por su notoria mala fe.

CITA DE LEYES: Me fundo en los artículos citados y en los siguientes: 442-443-444-445-464 al 469 al 612 al 641-1790 al 1843, del Código Civil; 1 al 17, 18 al 26, 31, 44, 51, 61, al 110 al 198, del Código Procesal Civil y Mercantil. 141-142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial; Acompaño duplicado y tres copias del presente escrito y de los documentos que adjunto. Ciudad de Cuilapa, departamento de Santa Rosa, a 15 de enero del año dos mil doce.

f) _____

EN SU AUXILIO:



CAPÍTULO VIII

8. Propuesta legal apriorística para la protección de los bienes comunes.

8.1 La necesidad de reformar el Artículo 131 del Código Civil

Es evidente que en la actualidad es incorrecta la regulación legal que resguarda lo relativo a los bienes gananciales en el régimen de comunidad de gananciales, tomando en consideración que la población más afectada en sus derechos, por la libre disposición de los bienes comunes, es la mujer y, específicamente la que se encuentra separada de su cónyuge, no obstante, ser un derecho inherente que la ley le confiere por el simple hecho de ser esposa, en ese sentido es necesario que exista un ordenamiento jurídico que proteja los bienes que adquiere con su cónyuge durante el matrimonio, a efecto de que su derecho no quede avergonzado.

En cuanto a bienes se refiere, es importante señalar que no solo nos referimos a bienes inmuebles que pueden ser objeto de enajenación por parte de uno de los cónyuges, no obstante ser los más importantes por su valor económico, no debe restársele importancia a los bienes muebles que se adquieren dentro del matrimonio, por ejemplo ganado vacuno, vehículos y otra clase de objetos, que pasan desapercibidos, ya que al igual que los bienes inmuebles, por lo regular aparece como legítimo propietario el esposo, quien puede disponer sin obstáculo alguno de los referidos bienes, por lo que es necesario regular lo relativo a la disposición de los bienes muebles.



El Código Civil anotado y concordado, en el apartado de exposición de motivos, al referirse a la interpretación del Artículo 131, establece lo siguiente: Por lo regular los inmuebles comprados durante el matrimonio aparecen a nombre del marido, quien como administrador de la comunidad realiza por si solo los negocios y operaciones con los bienes, a veces sin que la mujer tenga noticia de lo que hace con lo que a ella también pertenece. De ahí que en el Artículo 131, segundo párrafo, se había establecido que la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de la comunidad debía ser otorgada con el consentimiento de ambos cónyuges para la validez del acto; procurándose así defender el patrimonio común, pues si el producto de los bienes propios de cada uno lo convierte el marido, pongamos el caso, de bienes inmuebles que adquiere y registra a su nombre, es evidente que queda burlado el derecho de la mujer y frustrado el propósito de la ley.

Cabe preguntarnos qué intereses existieron de por medio, al momento de reformar el Artículo 131, del actual Código Civil, a quienes favorecieron con la referida reforma, cuáles fueron las ventajas y desventajas de que fuera un gobierno de facto, el que redactara esta norma tan importante para la familia, como base de la sociedad, a que clase social quisieron favorecer con esta normativa, si se considera que la comunidad de bienes, estaba más protegida tal como inicialmente se había planteado.

Es criterio del sustentante considerar que la razón por lo que este precepto jurídico amerita reforma es porque se deja en total desprotección los bienes conyugales que aparecen inscritos en los registro públicos a nombre de uno de los cónyuges, no obstante deja la facultad para que el cónyuge afectado, puede reclamar por la vía



judicial ante el otro, el cincuenta por ciento que le corresponde, acción que por lo regular, no se promueve, por varios factores que influyen, entre otros se puede mencionar que siendo la mujer la afectada, carece de fondos económicos para promover un juicio de esta naturaleza, pues requiere tiempo disponible, atendiendo a lo dilatado del juicio ordinario, ya que es la única forma la cual se puede lograr una sentencia favorable, y el desgastes económico que genera esta clase de juicios, asimismo se puede mencionar gastos judiciales y honorarios de abogados y en la mayoría de veces la cónyuge afectada, vive en deplorables condiciones, no cuenta con los recursos económicos necesarios para entablar una acción judicial, y optan por abandonar cualquier intento, por recuperar lo que legalmente les corresponde.

También se puede mencionar que las esposas son víctimas del flagelo de la violencia intrafamiliar, que tanto daño causa a la sociedad guatemalteca, por lo que prefieren callar por temor a ser objeto de algún agravio físico por parte del cónyuge inconforme, también se puede mencionar el alto índice de mortalidad de féminas en la sociedad guatemalteca, que genera un ambiente de inseguridad en la mujer, y temen iniciar cualquier tipo de acción judicial, por temor a represalias, de esa manera dejan que impunemente sus derechos sean menoscabados, y el propósito de la ley quede burlado.

Como se reitera esta circunstancia pudiera preverse, sin tan solo existiera la norma específica que resguardara los bienes conyugales, sin importar que los mismos aparezcan a nombre de un solo cónyuge, pues no tiene sentido que la mujer afectada,

inicie una serie de acciones judiciales, para que se le restituyan los bienes gananciales, siendo estos un derecho inherente a la institución del matrimonio.

8.2 La necesidad de reformar el Código de Notariado

La necesidad de una reforma al Código de Notariado, a criterio del sustentante, radica en que se adicione un artículo, el cual disponga que es requisito indispensable que ambos cónyuges comparezcan ante notario, a otorgar un inmueble que pertenece a la comunidad conyugal, y de esa manera limitar el derecho del cónyuge titular del bien, de disponer libremente del mismo, lo cual daría un ambiente de seguridad jurídica a la institución de los bienes gananciales.

8.2.1 El notario

“El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de veracidad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados y de cuya competencia por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria”.¹⁰³

Los cónyuges que han adoptado el régimen de comunidad absoluta o comunidad de gananciales, para su matrimonio, tal como quedó plasmado en los capítulos anteriores, los bienes que aportaron al matrimonio o que adquieran dentro la vigencia del

¹⁰³ Jiménez Arnau, Enrique. *Introducción al derecho notarial*, pág. 14.



matrimonio, legalmente vienen a fundirse en una unidad, lo cual constituye el patrimonio conyugal, sin embargo, cuando se adquieren los referidos bienes, por lo regular aparecerán a nombre del marido, sin duda por ser quien hace los contactos para que el negocio se realice, ya que por lo regular la esposa está más dedicada al cuidado de la familia, pero en realidad pertenece a ambos, y es probable que eso ocasione que con posterioridad el marido acuda ante el notario hábil de su confianza, a enajenar el bien adquirido, sin el consentimiento de la mujer, reflejándose de esa manera la desprotección jurídica de los bienes adquiridos en el matrimonio, ya que el Artículo 131 del Código Civil, establece que los cónyuges tienen la libre disposición de los bienes que aparecen inscritos a su nombre en los registro públicos.

8.2.2 Contratos traslativos de dominio

La definición de dominio que proporciona Manuel Ossorio es la siguiente: “Poder que uno tiene de usar y disponer libremente de lo suyo.”¹⁰⁴ “De esta manera, cuando nos referimos al tema de los contratos traslativos de dominio, nos estamos refiriendo a aquellos que trasladan, en forma plena, el dominio, es decir, la propiedad, con todo lo que le es inherente al poder que el dueño tiene respecto a la cosa (mejor bien) que le pertenece.”¹⁰⁵

El Código Civil guatemalteco, regula cuatro contratos traslativos de dominio, siendo los siguientes: a) Contrato de compraventa, el cual está regulado en el Artículo 1790; b) El

¹⁰⁴ Ob. Cit. pág. 343

¹⁰⁵ Alvarado Sandoval, Ricardo y José Antonio Gracias González. *El notario ante la contratación civil y mercantil*. pág. 101.



contrato de permuta, regulado en el Artículo 1852; c) El contrato de donación, establecido en el Artículo 1855; y d) El contrato de mutuo, regulado en el artículo 1942; el contrato traslativo de dominio se puede definir como: “aquel por cuya una o más personas transfieren el dominio de un bien a otra u otras.”¹⁰⁶

El notario que actúa en el ejercicio liberal de su profesión, no está obligado a investigar la naturaleza de un bien mueble o inmueble que sea motivo de un contrato de compraventa, la ley de ningún modo le exige que indague si el bien pertenece a la comunidad conyugal o no, previo a autorizar un instrumento público, basta con que el vendedor sea el que aparece como propietario del bien motivo del contrato que se celebrará, por esa razón el sustentante considera que es urgente que se plantee a donde corresponde un proyecto de ley, el cual tenga por objeto reformar el Artículo 131 del Decreto Ley 106 y el Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, a efecto de que se adicione un precepto legal, que se prohíba adquirir bienes a nombre de uno de los cónyuges, durante la vigencia del matrimonio bajo los regímenes de comunidad absoluta o comunidad de gananciales; o en su defecto que se limite la libre disposición de los bienes adquiridos dentro del matrimonio, y que sea requisito fundamental la comparecencia de ambos cónyuges ante notario, para que pueda faccionar los instrumentos públicos, que contengan contratos traslativos de dominio de los bienes adquiridos en el matrimonio, esto tomando en consideración el principio de igualdad de derechos y obligaciones, en que se fundamenta el matrimonio; y de esa manera evitar posteriores perjuicios en el patrimonio conyugal, ya que existe clamor

¹⁰⁶ *Ibid.* pág. 102



popular, derivado de esta problemática que está afectando a las cónyuges separadas de hecho.

Tomando en consideración la problemática planteada, algunos notarios por cierto de mucha trayectoria, aun no estando obligados por la ley, sino únicamente por conciencia social, se han dado a la tarea de tener el máximo cuidado de que al momento de identificar al otorgante de un inmueble, previo a la autorización de un instrumento público que contenga la enajenación de un inmueble, tomando en consideración que es requisito esencial para la autorización de un instrumento público, consignar el nombre y apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión y domicilio, por lo que cuando el vendedor en su estado civil aparece como casado, le interroga si la esposa está enterada de la realización del contrato y si está de acuerdo con el negocio que se va a realizar, o en otras oportunidades identifican a ambos cónyuges en el instrumento público, en el cual consignan que la cónyuge atendiendo al derecho del cincuenta por ciento que le corresponde da su consentimiento para la formalización del contrato, actitud loable y ética que distingue el ejercicio de la hermosa y delicada profesión del notariado, “labor del notario, bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin notarios competentes y honorables, muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición serían víctimas diarias del abuso y del engaño”.¹⁰⁷

Cuando el cónyuge afectado acciona ante los tribunales, el notario que ha autorizado un instrumento público por medio del cual se ha enajenado un bien perteneciente a la

¹⁰⁷ Carral y de Teresa, Luis. *Derecho Notarial y derecho registral*, pág. 10.



comunidad de bienes, por lo regular suele citársele o dársele audiencia para que se pronuncie al respecto, lo cual es incómodo para un profesional del derecho que ostenta fe pública, por lo que a efecto de evitar esta clase de inconveniente, el sustentante considera que es necesario que se reforme lo relativo al otorgamiento de bienes inmuebles, donde el otorgante aparece en su estado civil como casado, en el cual se establezca la obligatoriedad de la comparecencia voluntaria de ambos cónyuges, ante notario hábil, para el otorgamiento de contratos traslativos de dominio de bienes inmuebles, que han sido adquiridos dentro del matrimonio, y de esa manera evitar un ulterior daño y perjuicio al cónyuge que ignora lo que está sucediendo con los bienes que también le corresponde.

8.3 Proyecto de ley

DECRETO NÚMERO: _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que los hombres y las mujeres tienen iguales derechos, oportunidades y responsabilidades y que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe sus y derechos patrimoniales, y especialmente cuando están matrimonios bajo el régimen de comunidad absoluta o comunidad de gananciales.

CONSIDERANDO



Que el actual Código Civil, regula figuras que dejan en desprotección los bienes gananciales, que aparecen inscritos en los registros públicos a nombre de uno de los cónyuges, en el otorgamiento de contratos traslativos de dominio, antes de la disolución de la comunidad de bienes.

CONSIDERANDO

Que es urgente incluir en el Código Civil y en el Código de Notariado, reformas a efecto de garantizar a los cónyuges, el derecho que poseen sobre los bienes que han adquirido durante la vigencia del matrimonio civil, y de esa manera evitar posteriormente acciones procesales dilatados y onerosos, y de esa manera solucionar el problema de los cónyuges afectados en su patrimonio, por la libre disposición de los bienes comunes y de esa manera contribuir a otorgar confianza y armonía entre la sociedad guatemalteca.

Por tanto

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

Decreta

Las siguientes:

REFORMAS



AL DECRETO LEY 106 DEL JEFE DE GOBIERNO, CÓDIGO CIVIL Y EL DECRETO
314 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, CÓDIGO DE NOTARIADO.

Artículo 1º. Se reforma el Artículo 131 del Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno, Código Civil, el cual queda así:

Artículo 131. Bajo el régimen de comunidad absoluta o en el de comunidad de gananciales, ambos cónyuges administraran el patrimonio conyugal en forma conjunta. Los bienes adquiridos durante la vigencia del vínculo matrimonial, deben ser inscritos a nombre de ambos cónyuge, a excepción de los bienes establecidos en los Artículos 124 y 127.

Cada cónyuge tiene la libre disposición de los bienes propios, calidad que debe acreditar con documentos fehacientes.

Es obligatoria la comparecencia de ambos cónyuges ante notario hábil, para el otorgamiento de contratos donde se disponga de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, en la cual conste bajo juramento la voluntad expresa de ambos cónyuges, para que el cónyuge que aparece como propietario pueda disponer del mismo, requisito sin el cual no se le dará trámite en el registro respectivo.

Artículo 2º. Se adiciona el numeral 7º. al Artículo 31 del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, el cual queda así:



7º. Cuando el estado civil del otorgante es el de casado, el notario no podrá autorizar instrumento público alguno, sin la comparecencia de ambos cónyuges, quienes bajo juramento declararan expresamente su voluntad, para la realización del acto o contrato.

Artículo 3º. Vigencia: El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL DOS DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DOCE.

PRESIDENTE

SECRETARIO

SECRETARIO

PALACIO NACIONAL, Guatemala, veinticinco de mayo del año dos mil doce.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

PRESIDENTE.

MINISTRO DE GOBERNACIÓN

SECRETARIO.



CONCLUSIONES

1. En consecuencia la falta de un asesoramiento legal adecuado a los contrayentes al momento de celebrar el matrimonio, genera la desprotección jurídica de los bienes gananciales, ya que por lo general en nuestro medio es el alcalde municipal quien celebra el matrimonio, y por lo regular estos funcionarios, no son profesionales del derecho, y algunos casos hasta son analfabetos, por lo que desconocen lo trascendental del acto, las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económicos del matrimonio.
2. Como resultado de la investigación desarrollada se desprende que el Artículo 131 del Código Civil, deja en total desprotección los bienes gananciales, al establecer la libre disposición de los bienes que se encuentran inscritos en los registros públicos a nombre de uno de los cónyuges, por lo que se debe tomar en consideración que la parte más afectada en nuestro medio es la esposa.
3. Atendiendo a que no existe una norma jurídica que limite la comparecencia del vendedor en un contrato, quien en su estado civil aparece como casado, ni una norma que prohíba al notario autorizar el contrato, sin la comparecencia de ambos cónyuges, es lo que está coadyuvando al menoscabo de los bienes gananciales.



RECOMENDACIONES

1. Que es necesario modificar el Artículo 92 del Código Civil, a efecto de limitar la facultad que tienen los alcaldes o concejales municipales para autorizar el matrimonio, salvo que sean profesionales del derecho, para que los futuros cónyuges, previo a contraer matrimonio, reciban la asesoría legal respectiva, para que conscientemente otorguen capitulaciones matrimoniales o adopten un régimen económico del matrimonio, para evitar la incertidumbre sobre los bienes futuros que conformarán el patrimonio conyugal.
2. Que es de urgente necesidad que el Congreso de la República, reforme el Artículo 131 del Código Civil, para evitar la libre disposición de los bienes que pertenecen a la comunidad conyugal, por uno de los cónyuges, y siendo la familia la base de la sociedad, el Estado debe velar, para que no se menoscabe el derecho de gananciales de los cónyuges, y así evitar que se continúe burlando el derecho de la esposa.
3. Que el Congreso de la República, adicione un Artículo al Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se establezca como requisito indispensable la comparecencia de ambos cónyuges ante notario, para el otorgamiento de contratos donde se disponga de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, y de esa manera evitar que uno de los cónyuges enajene un bien inmueble sin el consentimiento del otro cónyuge.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 1t.; ed., 1ª. Reimpresión; Guatemala: Ed. VILE, 2009. Págs. 902.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Guatemala, Guatemala: 3ª. ed.; Ed. Estudiantil Fénix, 2009. Págs. 724.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. 1t.; Universidad Rafael Landívar. Guatemala, Guatemala: Ed. Académica Centroamericana, 1982. Págs. 220.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil I, II, III**. 7ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2008. Págs. 522.
- CABALLEROS DEL VILLAR, Ingrid Lorena. **Análisis de los daños y perjuicios que se ocasionan en el régimen de Comunidad Absoluta de bienes y la comunidad de gananciales cuando el Notario no da aviso de Matrimonio**. Tesis de graduación 2006. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 118.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 28ª ed. revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá – Zamora y Castillo; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 2003.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. 3ª. ed., México: Ed. Porrúa. S. A., 1976. Págs. 320.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Manual de derecho civil español, común y foral**. 9ª. ed.; revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José M. Castán Vázquez; Madrid, España: Ed. Reus, S. A., 1976.



CRUZ DÍAZ, Celia Patricia. **Matrimonio, divorcio y sus efectos en la sociedad guatemalteca como análisis crítico.** Tesis de graduación, 2011. Universidad de San Carlos de Guatemala. Págs.112.

ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y el estado.** Ed., 19ª. Reimpresión; D.F., México: Ed. Cultura Popular, 1989.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** 4vol.; Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1975.

GARCÍA RECOPACHÍ, Sandra Lorena. **Análisis jurídico de la liquidación del patrimonio conyugal por divorcio cuando no están acordadas las capitulaciones matrimoniales.** Tesis de graduación, 2006. Universidad de San Carlos de Guatemala. Págs. 68.

GÓMEZ GARCÍA, Edward Rosalío. **Posibilidades y medios de prueba, que pueden ser utilizadas por la madre soltera, para probar la paternidad y filiación de sus menores hijos.** Tesis de graduación 2011; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Págs. 144.

[http://www.MujeresHoy-paternidad responsable ¿un contrasentido.htm](http://www.MujeresHoy-paternidad%20responsable%20¿un%20contrasentido.htm)

[http://es.wikipedia.org/wiki/matrimonio_en_la_antigua_roma#mv_head.](http://es.wikipedia.org/wiki/matrimonio_en_la_antigua_roma#mv_head)

JIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial.** Madrid, España: Ed. Universidad de Navarra, S. A., 1976. Págs. 882.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho.** 1t.; 4ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2004. Págs. 147



NÁJERA FARFÁN, Mario Efraín. **Derecho procesal práctico**. Guatemala: (s.e), 1981. Págs. 495.

OCHOA LÓPEZ, Aleida Rosario. **La acción de daños y perjuicios como consecuencia de la disposición de los bienes gananciales por uno de los cónyuges dentro del matrimonio**. Tesis de graduación, 1997. Universidad de San Carlos de Guatemala. Págs. 101.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 30^a. ed.; Actualizada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2004. Págs. 1005.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 6Vol.; Pamplona, Madrid, España: Ed. Arazandi. 1979. Págs. 979.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil introducción personas y familia**. México: Ed. Porrúa, S. A., 1988. Págs. 537.

PETIT, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**. Traducido de la 9^a. ed.; francesa, por D. JOSE FERRÁNDEZ GONZÁLEZ. 4^a. ed.; San Salvador: Ed. Jurídica Salvadoreña, 2008. Págs. 713.

VARIOS AUTORES. **Enciclopedia jurídica Omeba**. 5t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica. 1956.

ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. 2^a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, SRL., 1987.



Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 314, 1946.