

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man in a crown and robes, possibly a saint or a historical figure, seated on a horse. Above the figure is a crown with a cross. The seal is surrounded by a circular border containing the Latin text "UNIVERSITAS CAROLINA ACADÉMICA COACATEMALENSIS INTER CÆTERA ORBIS CONSPICUA".

**ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LOS REQUISITOS Y MECANISMOS
DE VALIDEZ PARA LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ESPECIALES
EN EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA**

JORGE LUIS BARRERA VALDIZÓN

GUATEMALA, FEBRERO DE 2014

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

**ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LOS REQUISITOS Y MECANISMOS
DE VALIDEZ PARA LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ESPECIALES
EN EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JORGE LUIS BARRERA VALDIZÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2014

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Secretario:	Lic. Leonel Estuardo Ruiz Nuñez
Examinador:	Lic. Juan Adolfo Velásquez Flores

Segunda Fase:

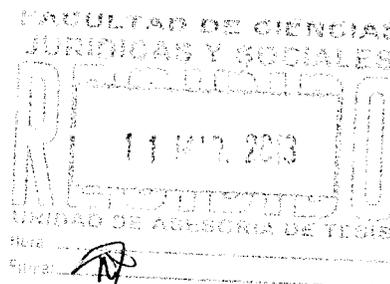
Presidente:	Lic. José Antonio Meléndez Sandoval
Secretario:	Lic. Erwin Eduardo Velásquez Herrera
Examinador:	Lic. Edwin Noel Peláez Córdón

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala)

Lic. Marlon Aníbal Rosales
Arco 4-7 casa numero 40-30 Zona 5, Colonia Jardines de la Asunción
Tel. 53354805

Guatemala, 07 de marzo del año 2013

Dr. Bonerge Amílcar 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:

Le doy a conocer que procedí a la asesoría de tesis del bachiller JORGE LUIS BARRERA VALDIZON, con base en el nombramiento recaído en mi persona de fecha dieciocho de febrero del año dos mil trece; intitulada: **"ESTUDIO DOGMATICO Y LEGAL DE LOS REQUISITOS Y MECANISMOS DE VALIDEZ PARA LA CELEBRACION DE MATRIMONIOS ESPECIALES EN EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA"**. Después de la asesoría prestada, hago de su conocimiento:

- 1) En relación al contenido científico y técnico de la tesis, la misma es de importancia debido a que analiza y estudia jurídicamente los matrimonios especiales que regula la legislación civil guatemalteca.
- 2) Al desarrollar la tesis se utilizaron los métodos y las técnicas de investigación adecuados. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer el matrimonio; el sintético, estableció sus características; el inductivo, dio a conocer los matrimonios especiales; y el deductivo, indicó su regulación legal.
- 3) En cuanto a la redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje apropiado. Los objetivos señalaron los elementos jurídicos que informan los matrimonios especiales en la legislación civil del país.
- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante es fundamental para las ciencias jurídicas y sociales, debido a que analiza jurídicamente la celebración de matrimonios especiales.
- 5) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.

Lic. Marlon Aníbal Rosales

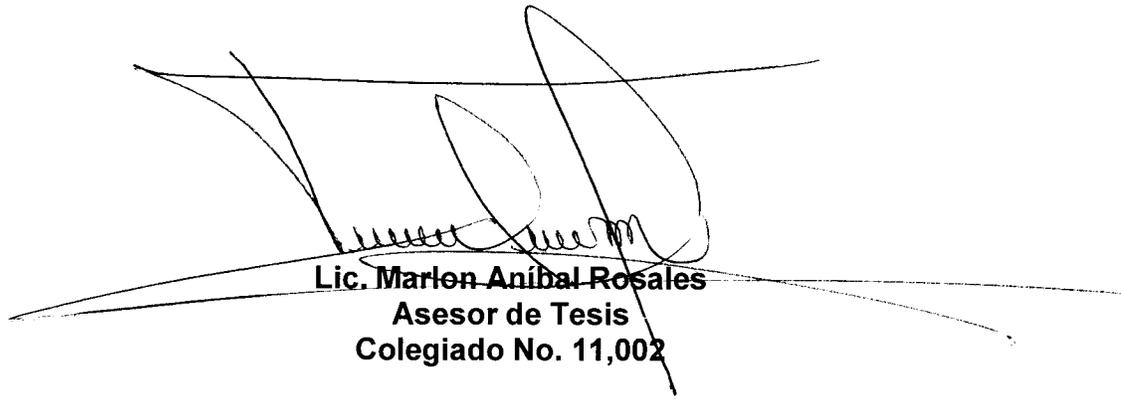


Lic. Marlon Aníbal Rosales
Arco 4-7 casa numero 40-30 Zona 5, Colonia Jardines de la Asunción
Tel. 53354805

6) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargue de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a señalar la importancia del estudio dogmatico y legal de los requisitos y mecanismos de validez para la celebración de matrimonios especiales.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el tramite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Publico de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima,



Lic. Marlon Aníbal Rosales
Asesor de Tesis
Colegiado No. 11,002

Lic. Marlon Aníbal Rosales
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA

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

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JORGE LUIS BARRERA VALDIZÓN, titulado ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LOS REQUISITOS Y MECANISMOS DE VALIDEZ PARA LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ESPECIALES EN EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA. 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/silh.

Lic. Ayidán Ortiz Oreñana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por permitirme llegar a este momento tan especial en mi vida, por los triunfos y momentos difíciles que me han ayudado a valorarlo cada día más.
- A MI MADRE:** Por haberme educado y guiado correctamente, gracias a sus consejos, por el cariño que siempre me ha brindado, por cultivar e inculcar ese sabio don de la responsabilidad.
- A MI PADRE:** A quien le agradezco el cariño, y el apoyo que me brindó para culminar mi carrera profesional.
- A MI QUERIDA HIJA:** Por haber venido a cambiarme la vida, y ser el motivo de este esfuerzo, ¡te amo!
- A ELVIRA VELASQUEZ:** Por todo su amor, apoyo, comprensión, abnegación y sobre todo por ser un soporte en mi vida.
- A MIS ABUELOS:** En especial a mi abuelo Salvador Barrera que siempre ha esperado este logro y quien ha sido un gran apoyo durante toda mi carrera.
- A MIS HERMANOS:** Por que siempre he contado con ellos para todo, gracias a la confianza que siempre nos hemos tenido; por el apoyo y amistad



A MATILDE ALVAREZ:

A quien considero como una segunda madre y, quien se ha de sentir bastante orgullosa de este logro que tanto esperó.

A MIS FAMILIARES:

Gracias a todos mis familiares que directamente me impulsaron para llegar hasta este lugar, a todos ellos que me resulta muy difícil poder nombrarlos en tan poco espacio, sin embargo saben que son muy especiales.

A MIS AMIGOS:

Que durante toda mi vida han estado conmigo, los que conocí en la universidad y los que gracias a Dios ha puesto en mi camino, agradecerles por brindarme su amistad, esperando seguir contando con cada uno de ustedes.

A:

La Gloriosa Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala; templo del saber que colmó mi ser de conocimiento, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. Familia y matrimonio en el derecho romano.....	1
1.1 La familia en el derecho romano.....	3
1.1.1 Definición de familia.....	3
1.1.1.1 Familia proprio iure.....	5
1.1.1.2 Familia communi iuri.....	6
1.1.2 Constitución de la familia.....	8
1.1.3 Parentesco.....	10
1.1.3.1 Clases.....	11
1.1.3.1.1 Agnatio.....	11
1.1.3.1.2 Cognatio.....	11
1.1.3.1.3 Adfinitas.....	13
1.1.3.1.4 Gentilidad.....	13
1.1.3.2 Cómputo: líneas o grados.....	13
1.1.4 Importancia de la familia en el derecho romano.....	14
1.2 El matrimonio en el derecho romano.....	15
1.2.1 Formas de contraer matrimonio.....	17
1.2.2 Formas de disolución del matrimonio romano.....	18
1.2.3 Otras uniones diferentes al matrimonio romano.....	19
1.2.3.1 Contubernio.....	20
1.2.3.1 Concubinatio.....	21
1.2.4 Los esponsales para el derecho romano.....	23
1.2.5 La dote.....	24



CAPÍTULO II

2. La familia.....	27
2.1 Definición.....	27
2.2 Evolución de la familia.....	31
2.3 La familia y el derecho.....	35
2.4 La familia y la sociedad.....	38
2.5 Sistemas propios del desarrollo familiar.....	41
2.5.1 Límites de los sistemas.....	45
2.6 El derecho de familia.....	47
2.6.1 Principios.....	48
2.6.2 Importancia del derecho de familia.....	49
2.6.3 División del derecho de familia.....	50
2.6.4 Características del derecho de familia.....	52
2.6.5 Actos jurídicos y derechos de familia.....	54
2.6.6 Fuentes del derecho de familia.....	56
2.6.7 El estado de familia.....	56
2.6.8 El parentesco.....	58

CAPÍTULO III

3. Del matrimonio y la unión de hecho.....	63
3.1 El matrimonio.....	63
3.2 Fundamento legal.....	67
3.3 Elementos esenciales para la validez del matrimonio.....	68
3.3.1 El consentimiento.....	69
3.3.2 La capacidad.....	70
3.3.3 La formalización.....	71
3.4 Deberes y derechos que nacen del matrimonio.....	73



3.5 La unión de hecho..... 74

 3.5.1 Diferencias y similitudes con el matrimonio..... 75

 3.5.2 La unión de hecho como institución social..... 75

 3.2.3 Requisitos para declarar la unión de hecho..... 76

 3.2.4 Efectos de la unión de hecho..... 77

 3.2.5 Del apellido de la mujer casada o de la unida de hecho..... 79

CAPÍTULO IV

4. Análisis de los requisitos y mecanismos de validez para la celebración de los matrimonios especiales..... 81

 4.1 Ritos de las nupcias romanas y su influencia simbólica en el matrimonio moderno..... 81

 4.2 Matrimonios especiales en la legislación civil guatemalteca..... 90

 4.2.1 Matrimonio por poder..... 95

 4.2.2 Matrimonio celebrado fuera de la República..... 96

 4.2.3 Matrimonio de menores de edad..... 97

 4.2.4 Matrimonio de contrayente que fue casado..... 100

 4.2.5 Matrimonio de contrayente extranjero..... 102

 4.2.6 Matrimonio en artículo de muerte..... 104

 4.2.7 Matrimonio de militares..... 106

 4.3 Corolario: la finalidad del matrimonio y la importancia de la familia, con prelación sobre las formalidades legales reguladas en los matrimonios especiales..... 108

CONCLUSIONES..... 115

RECOMENDACIONES..... 117

BIBLIOGRAFÍA..... 119

INTRODUCCIÓN

En esta tesis se aborda el tema del matrimonio como base de la familia, y de la familia como base de la sociedad, acerca de la premisa que la familia es la célula social del ordenamiento humano, y que las familias basadas en la institución del matrimonio, tienen mayores posibilidades de éxito.

Por lo anterior, fue necesario estudiar los antecedentes de estas dos instituciones (matrimonio y familia) desde el derecho romano. Seguidamente se estudió el trato jurídico que la legislación civil nacional concede a estos temas.

El objetivo general concretado fue: desarrollar una investigación científica y objetiva que sirva como un aporte innovador a las ciencias jurídicas y sociales de Guatemala, acerca de un tema importante como lo es la prelación que las instituciones públicas, los legisladores y la sociedad, deben dar a los fines del matrimonio como base de la familia, sobre la exigencia de requisitos legales para formalizar dicha institución.

Asimismo, se abordó como tópico final y principal, los requisitos y mecanismos de validez de los matrimonios especiales. El interés que generó este tema fue determinar si al llevarse a cabo el matrimonio de una manera distinta a la que convencionalmente regula el Código Civil, la esencia de esa institución jurídico-social, sufría algún detrimento, o bien, debido a que sus principios y valores continuaban incólumes, las formas, solemnidades, requisitos y rituales del matrimonio, son secundarias, y por consiguiente no son determinantes de la validez del acto. Puesto que existen matrimonios especiales en los que los requisitos tradicionales no son exigidos, tal es el caso del matrimonio en artículo de muerte o el matrimonio de los militares.

La hipótesis investigativa es la siguiente: los matrimonios especiales regulados en el Código Civil guatemalteco, mantienen la misma función jurídica y cumplen los mismos fines legales y sociales del matrimonio común. Este punto fue comprobado al establecer



que debe prevalecer la función y fines del matrimonio, sobre cualquier exigencia formal para su celebración, dada la importancia de esa institución, para la familia y la sociedad.

El método utilizado en la presente, es el deductivo, pues de esta manera está integrado el desarrollo de la investigación, se recurrió al estudio de la normatividad positiva de la legislación guatemalteca, se empleó técnicas documentales y fichas bibliográficas con las cuales se obtuvo información de los medios de comunicación de las distintas instituciones públicas de la literatura doctrinaria y jurídica sustentadas por reconocidos pensadores contemporáneos y a partir de este proceso investigativo, se elaboro el informe final de tesis.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: En el capítulo uno trata la familia y matrimonio en el derecho romano; en el capítulo segundo se aborda el tema de la familia; en el siguiente capítulo se trata el matrimonio y la unión de hecho; y en el capítulo cuarto, el cual es el último, se establece el análisis de los requisitos y mecanismos de validez para la celebración de los matrimonios especiales.

Este último capítulo contiene la propuesta final de la tesis y constituye el aporte intelectual a las ciencias jurídicas y sociales. Los capítulos mencionados se complementan con las conclusiones y recomendaciones de la investigación. De la lectura de la tesis, podemos confirmar la comprobación de la hipótesis planteada inicialmente en el plan de investigación.



CAPÍTULO I

1. Familia y matrimonio en el derecho romano

En la presente tesis trataremos fundamentalmente el tema de los matrimonios especiales, mismo que será materia del último capítulo. Sin embargo, empleando el método científico deductivo, que orienta la investigación de lo general o universal a lo particular o individual, es preciso abordar primero tres macro-temas a lo largo de los capítulos previos al ensayo final, conclusiones y recomendaciones.

Dos de los referidos macro temas son obviamente la familia y el matrimonio, puesto que ambas instituciones se encuentran intrínsecamente relacionadas. Asimismo, como marco superior e introductorio, es indispensable abordar el tema del derecho romano y el tratamiento que otorgaba a las referidas instituciones jurídicas.

Lo anterior porque consideramos que es necesario conocer el antecedente directo del derecho civil y la fuente de las modernas instituciones que analizaremos, con el objetivo de que *podamos comprender y dimensionar el basamento histórico que condicionó la moldura de la normativa jurídica en esas materias, así como la mutación que ha sufrido hasta nuestros días.*

Tenemos tendencia a olvidar que una civilización es mucho más que una secuencia de batallas o un panteón de personajes ilustres; su arte, su literatura, y en cierta forma su



economía son elementos que conforman y nos ayudan a entender qué fue y qué representó un pueblo en la historia.

El derecho, como aceite que engrasa el engranaje de la vida en comunidad, es uno de los elementos más definitorios de esta civilización tan admirada por nosotros, la Romana.

El arte de la guerra, el honor y el orgullo, la lengua que es madre de todas, las costumbres, la arquitectura, los sabios y a cada una de estas categorías podemos darle nombres y fechas de ilustres acontecimientos. Eso era Roma, o mejor, buena parte, pero no toda. Roma era el derecho, o mejor aún, el derecho era Roma.

Allí donde llegó Roma, hizo prevalecer su derecho. La urbe misma emanaba y se alimentaba de ese derecho. Las normas de los demás pueblos del mundo eran una pantomima: plagadas de superstición, errores, incoherencias y debilidad. Ni las ciudades estado griegas rivalizaron nunca con el derecho romano.

El derecho romano era perfecto, superior, hoy cada día en nuestra vida, aplicamos el derecho romano. A cada momento, los juristas hacemos reflexiones prácticamente idénticas a las del Divino Julio, Cicerón, Catón, Livio, Druso, Augusto, Constantino y Ulpiano.

No solo en el Mediterráneo más romanizado, en todo el orbe. Y no solo para según qué



temas, para todo: propiedades, bienes, obligaciones y contratos, delitos y sus penas, filosofía del derecho, fiscalidad, derecho público y estatus de magistrados, sucesiones, ciudadanía, familia y matrimonio.

1.1 La familia en el derecho romano

En el libro de Alzamora encontramos que: “Los latinistas estiman que el vocablo familia, etimológicamente, deriva del sustantivo famēs que significa hambre; o del sustantivo famulus que significa siervo. Si deriva de famēs es posible que el origen se atribuya a que dentro de la organización familiar se satisface las dos formas de hambre más voraces que el sujeto tiene: el hambre individual que se sacia alimentándose; y, el hambre que podríamos llamar no individual sino específico que contribuye a la multiplicación de la especie, y que constituye a la satisfacción del apetito sexual en el matrimonio”.¹ De lo anterior se deduce que, según los antiguos romanos, estos dos apetitos (alimentación y sexualidad) se cumplen dentro de la familia.

1.1.1 Definición de familia

Al indagar en los textos sobre derecho romano encontramos que ante la pregunta ¿qué acepciones tuvo la familia en el Derecho romano?, se ha dicho que fueron varias; unas veces se ha tomado, en el sentido de la gens, es decir; el conjunto de familias con antepasado común o que están aún sometidas a su potestad; otras en el sentido de

¹ Alzamora Silva, Lizardo, **Derecho romano**, pág. 48.



familia stricto sensu, es decir, el padre y sus sometidos, propiamente familiares, mujer e hijos; a veces representa los esclavos de un señor; otras, cuántas personas están bajo su poder, mujer, hijos, esclavos, y otras como el conjunto de bienes patrimoniales de la familia.

Según Alzamora: “Ulpiano afirmaba que, llamamos familia a muchas personas que o por su naturaleza o de derecho, están sujetos a la potestad de uno solo”.²

El autor Gamarra Pereda, refiriéndose al Derecho Familiar Romano, lo define como aquel: “...conjunto de normas que regula la institución familiar, cuyas partes constitutivas son el parentesco, la patria potestad y el matrimonio”.³

Eusebio Díaz señala que es el: “...conjunto de reglas, facultades y condiciones jurídicas necesarias para que la familia nazca, viva y se extinga”.⁴

Los romanos –escribe Tello Johnson– “...tuvieron una concepción especial de familia, la cual giró alrededor del paterfamilias con poderes absolutos en el orden político, económico y religioso”.⁵ Esta idea de la familia, se diferencia con nuestra organización moderna, en la cual la unidad familiar está constituida por el vínculo o parentesco de

² **Ibid.** pág. 52.

³ Gamarra Pereda, Manuel, **Manual de derecho romano**, Tomo I, pág. 45.

⁴ Díaz, Eusebio, **Instituciones de derecho romano**, pág. 72.

⁵ Tello Johnson, Jacinto, **Instituciones de derecho romano I**, pág. 96.



consanguinidad (natural) y la afinidad como consecuencia del matrimonio, a las cuales se agrega la política por la adopción.

Las designaciones de paterfamilia, materfamilia, filius y filiaua famuillas, no tienen el mismo significado que podrían tener hoy, si hacemos la traducción al castellano.

Así, paterfamilias no equivale a nuestra palabra “padre” ni filiusfamilia a nuestra expresión “hijo”. Según Tello: “...paterfamilias significaba jefe de casa, sui iuris, no sujeto a potestad alguna, una persona independiente”.⁶ Más adelante agrega el referido autor que: “...Pero se llama ‘pater familia’ al que tiene dominio en la casa... aunque no tenga hijo”.⁷

1.1.1.1 Familia proprio iure

¿Qué se entiende por familia en sentido proprio iure? Al respecto dice Tello: “Llamamos familia a muchas personas que, o por su naturaleza o de derecho, están sujetas a la potestad de uno solo”.

Según este concepto –prosigue Tello– “...según Ulpiano, familia o domus es el conjunto de personas que están sujetas al poder de un mismo jefe. Dichas personas son los sui

⁶ **Ibid.**

⁷ **Ibid.** pág. 97.

iuris y los alieni iuris”.⁸ Los primeros son aquellos que no están sometidos a ninguna potestad.

La cita textual continúa así: “..Al homo sui iuris se le llama paterfamilias, sin que ello signifique que tenga hijos o que sea mayor de edad. Alieni iuris son los que están sujetos a potestad del jefe de familia o del señor, porque en esta categoría existen alieni iuris libres y no libres”.⁹ Entonces, podemos decir que en la expresión de Ulpiano, citada por Tello, en la familia en el sentido propio, están comprendidos un homo sui iuris que es el jefe de la domus y los alieni iuris que pueden ser la esposa casada cum manu que ocupa el lugar de hija (loco filiae) y los descendientes hijos, nietos, etcétera. Sigue diciendo Tello: “Por ejemplo, el padre de familia, la madre de familia, el hijo de familia, la hija de familia y los demás que siguen en el lugar de estos como los nietos y las nietas y demás descendientes”.¹⁰

1.1.1.2 Familia communi iuri

Es de observar –continúa Tello–: “...que este tipo de familia, adquiere una significación después del fallecimiento del pater familias, pues ocurrida a la muerte de éste la familia se dividía en otras que tenían como jefes a los hijos varones del difunto, pero el vínculo

⁸ **Ibid.**

⁹ **Ibid.**

¹⁰ **Ibid.**



agnaticio no se extingue, sino que subsistía entre todos los que habían estado bajo la patria potestad del padre premuerto”.¹¹

Agrega Díaz: “Por derecho común decimos familia la de todos los agnados, porque aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia. Sin embargo todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia los cuales fueron dados a luz de la misma casa progenie”.¹² (sic.) En efecto, este concepto amplio de familia en su doble acepción constituye la familia agnaticio porque la forman sobre el parentesco por agnación.

Más aún, con las transformaciones que se produjo durante siglos, vamos a encontrar otro tipo de familia cognaticia o familia natural en la cual la unión de las personas se produce por la descendencia directa de unos con respecto a sus ascendientes.

Esta clase de familia tenía como elemento aglutinante el parentesco por cognación (cognatio naturalis).

De todo lo expuesto concluimos que los romanos de la época clásica concibieron a la familia agnaticia como un conjunto de parientes de descendencia masculina, la misma que tenía existencia jurídica y que estuvo conformada por: a) los que estaban sometidos a la potestad del jefe de la domus o a la manus en el caso de la esposa; b) los que estuvieron bajo esa autoridad y que lo estarían si viviese; c) los que nunca

¹¹ **Ibid.** pág. 98.

¹² Díaz, **Op. Cit.** pág. 85.



estuvieron bajo la autoridad del pater, pero que lo llegarían a estar si aquel estuviera vivo.

1.1.2 Constitución de la familia

Desde este punto de vista (Familia communi iuri), la familia estaba integrada por las siguientes personas: El jefe o pater familias, la mujer in manu, la mujer o mujeres del hijo o hijos, respectivamente, en justum matrimoni, los hijos y nietos del pater familias, las personas adoptadas, los hijos legitimados, las personas dadas in mancipii.

Fácilmente puede comprenderse que la organización de familia romana es de carácter patriarcal y que es el padre o el abuelo paterno el que ejerce las cuatro potestades siguientes:

- “La manus sobre la mujer: El poder marital es lo que llamaban los romanos la manus marital. Es el poder del marido sobre la mujer, no sólo sobre la propiedad, sino sobre la persona de la mujer.
- La patria potestas sobre los hijos: En el Derecho Romano la definición de patria potestad es diferente a la normal que actualmente tenemos. Se ha dicho que es el conjunto de derechos que el padre tiene sobre las personas y bienes de sus descendientes. En efecto, para los romanos consistía en el poder jurídico de una



persona sobre sus descendientes, pero no todos podía gozar de este poder sino que sólo correspondía a un varón sui iuris, es decir a un paterfamilias.

- El poder dominical sobre los esclavos: Según las fuentes románicas el poder dominical es el poder del dominus, del señor. La potestad dominica es la autoridad que ejercía el pater familias sobre sus esclavos. Dominus significa en latín señor. Domingo es el día del señor: era pues el poder o señorío de un señor sobre los esclavos o servus.
- El mancipium sobre otros hombres libres: Por último, el poder mancipial. Mancipio viene de manu y de capere, que significa tomar o capturar por la mano. Era el poder. Era el poder de un hombre libre sobre otro hombre libre. Un poder parecido al de la esclavitud con la diferencia de que el sujeto pasivo no era un esclavo, aun cuando tampoco era absolutamente libre”.¹³ (sic.)

Además de estos poderes, el jefe de la domus, es único dueño del patrimonio de la familia, agregando a ello que es el jefe del culto doméstico (sacra privata). En este culto, están comprendidos el de las almas de los ascendientes (lares), que cuando eran bienhechoras recibían el nombre de “manes” y de “larvas” en el caso de ser malhechores. El sacerdote del culto, hacía libaciones, ofrecía sacrificios entre los “penates” que eran estatuillas que representaban a los genios protectores.

¹³ Alzamora, **Op. Cit.** pág. 59.



1.1.3 Parentesco

El vocablo parientes –según García Del Corral– “...proviene de la voz latina ‘parens, tis’ que a su vez se origina en ‘parere’ que significa engendrar, procrear, propagar la propia especie. Su voz sinónima es el verbo ‘ingenerare’”.¹⁴ Parens entraña la idea de padre, madre, abuelo u otro pariente superior de quien se desciende. Parentela, parentela, familia, idea de conjunto de familiares o parientes. Lo concerniente a los padres. Según la fuente recién citada: “Parientia, obediencia”.¹⁵ Por ende, se llama padre de familia al que tiene dominio (señorío) de la casa. Cuando dos personas se relacionan entre sí por un modo de pertenencia a una misma familia decimos que existe entre ellos un parentesco.

Cornejo Chávez que se ocupa con detención de esta materia relativa al parentesco, da una noción que en seguida repetimos sobre el particular, y que reputamos de interés conocer. En sentido general –dice– se da el nombre de parentesco: “...a la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión”.¹⁶

Claro es, desde luego, que la voz parentesco en el derecho nacional se relaciona con otros términos como tronco, línea y grado.

¹⁴ García del Corral, D. Idelfonso, **Cuerpo del derecho civil romano**, Tomo I (Digesto), pág. 68.

¹⁵ **Ibid.**

¹⁶ Cornejo Chavez, Héctor, **Derecho familiar**, pág. 52.



1.1.3.1 Clases

La doctrina romana estableció los siguientes tipos de parentesco, veamos:

1.1.3.1.1 Agnatio

Gamarra Pereda, considera a la agnatio como un parentesco civil, en virtud del cual: "...un conjunto de personas se hallan vinculadas entre sí por el poder o autoridad del Jefe de la domus o paterfamilias".¹⁷ Según esto, son agnados: a) los hijos nacidos en justae nuptiae, y descendientes in potestate; b) la mujer in manu; c) los adoptados o legitimados; d) los póstumos; e) las nueras casadas cum manu. Este parentesco era la expresión del poder político que tuvo el pater familias y del culto doméstico primitivo. Este parentesco –dice Pereda– "...fue el único que se reconoció hasta el año 543, como fuente de dos derechos de familia y se caracterizó porque subsistía aún después de la muerte del pater familias".¹⁸

1.1.3.1.2 Cognatio

Según el mismo Gamarra Pereda: "...la idea de cognatio hace suponer un parentesco de consanguinidad, consistente en el vínculo que une a las personas que descienden

¹⁷ Pereda, **Op. Cit.** pág. 62.

¹⁸ **Ibid.**



una de otras de un tronco común”.¹⁹ Es decir, este es el parentesco de sangre o natural que vincula a las personas por la generación o filiación.

En este parentesco –agrega– hay que tener presente: “1º las líneas y 2º los grados”.²⁰ En armonía con estos se lleva a cabo el cómputo del parentesco. La línea es de dos clases: directa y colateral. Es directa aquella que vincula a las personas que descienden unas de otras. Es, a su vez, de dos clases, ascendente y descendente. La primera cuando sube de un descendiente a un ascendiente, como de un nieto a un abuelo. Es descendente cuando baja de un ascendiente a descendiente, como de un abuelo a un nieto. Es colateral cuando une personas que entre sí no descienden unas de otras, pero que sí tienen un tronco común, por ejemplo los hermanos, los primos, etcétera.

Igualmente, el grado es el número de generaciones que separa un pariente de otro, esto último, anota Pereda: “...según refieren las Institutas de Justiniano”.²¹ Más aún, este parentesco venía arraigándose desde tiempos muy antiguos. “En el año 543, en que se suprimió el parentesco civil o *adgnatio*, el consanguíneo quedó como único vínculo familiar”.²²

¹⁹ **ibid.** pág. 64.

²⁰ **ibid.**

²¹ **ibid.** pág. 65.

²² **ibid.**



1.1.3.1.3 Adfinitas

En líneas generales –dice Trujillo– que: “...la adfinitas es el parentesco que surge entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, es el mismo grado que éste. Dicho parentesco produce efectos jurídicos, como impedimentos para el matrimonio y el derecho de pedir alimentos”.²³

1.1.3.1.4 Gentilidad

Por último, Trujillo sostiene que: “...la gentilidad es el vínculo no ya de personas que forman la domus, sino de familias que guardan la pureza de sangre y de tradición, de supremacía social y religiosa, a quienes une el nomen gentilicium”.²⁴

Parafraseando al recién citado autor y su obra, decimos que: la ley de las XII Tablas les reconocía derecho para la sucesión, para la tutela y curatela. Con el advenimiento del imperio, llegó la extinción de este vínculo de parentesco.

1.1.3.2 Cómputo: líneas o grados

Nina de la Vega explica que: “...en el derecho romano el parentesco de sangre o consanguinidad se computa a los fines de sus consecuencias jurídicas en líneas y grados”.²⁵ (sic.)

²³ Trujillo Acosta, Nelson, **Derecho romano privado**, pág. 89.

²⁴ **Ibid.** pág. 93.

La línea puede ser recta, en forma ascendente o descendente; o colateral. La línea recta es la serie de individuos engendrados unos por otros; por ejemplo, abuelo, padre, nieto, bisnieto, constituyen una línea descendente; y padre, abuelo, bisabuelo, forman una línea ascendente. La línea colateral (transversa línea) es la constituida por los parientes que no descienden unos de otros, pero que están vinculados entre sí, por un antepasado común. Así por ejemplo hermanos, tíos, sobrinos.

Se llama grado el vínculo entre dos personas. El grado es la unidad de medida de relación de parentesco. Vale decir, que el parentesco se cuenta por grados, cada uno de los cuales corresponde a una generación.

1.1.4 Importancia de la familia en el derecho romano

¿Cuál es la significación de la familia en el derecho romano como causa determinante de la capacidad civil? Como escribe Díaz: "...tal significación es de importancia grandísima porque la familia romana como causa determinante de la capacidad civil no solo es fundamento de los derechos civiles sino que también es la fuente de los derechos políticos".²⁶ Parece extraña esta afirmación que los romanos exponían idéntica doctrina respecto a la ciudadanía; pero importa no olvidar que van en la práctica tan íntimamente unidos ambos status, que no es posible concebirlos con

²⁵ De La Vega De Miguens, Nina Ponssa, **Derecho de familia en el derecho romano**, pág. 16.

²⁶ Díaz, **Op. Cit.** pág. 89.



separación, pues todo ciudadano tiene forzosamente una situación jurídica familiar, ya como jefe, ya como súbdito; la afirmación se refiere, pues, a ambas.

Hemos dicho que era el fundamento de los derechos civiles, y fue la fuente de los derechos políticos; así es, en efecto. Dada la organización familiar y social primitiva, variada por completo en los moldes patriarcales, toda la vida y todo el derecho van enderezados a fines familiares que se concretan en último término en la perpetuidad de la familia, para garantizar también el culto doméstico; a este fin miran todas las instituciones y todos los derechos: el matrimonio y la filiación, la propiedad y la sucesión, la tutela legítima. En general, la materia toda del derecho privado está entroncada con relaciones y fines primordialmente familiares.

1.2 El matrimonio en el derecho romano

Para cualquier romano normal el pragmatismo era parte de su forma de pensar, de manera que el matrimonio no se escapaba de ese vicio utilitarista. Los romanos, institucionalmente monógamos, concibieron las relaciones sexuales continuadas, con voluntad de convivencia y de vida en común, como un contrato, ya no entre dos personas, sino entre dos familias.

Así, hay que distinguir dos acepciones de la palabra “matrimonio”, según el tratadista Rodríguez Pastor: “...la celebración y la institución como forma de vida”.²⁷

²⁷ Rodríguez Pastor, Carlos, **Prontuario de derecho romano**, pág. 92.



Empecemos por la celebración. Para empezar, en el derecho romano clásico, según Rodríguez: "...para contraer matrimonio era necesario que ambos contrayentes ostentaran la ciudadanía romana. Esto es, que gozaran no solo del status libertatis sino también del status civitatis (que fueran libres y además, ciudadanos), es decir el ius conubium".²⁸ Cualquier otra unión (por ejemplo: ciudadano-extranjera) era considerado un concubinato. Debían tener la madurez sexual suficiente (por haber alcanzado una edad o porque biológicamente mostraban signos de haberla alcanzado). Agrega Rodríguez que: "Los hijos nacidos de este matrimonium iustum serían sometidos a la patria potestas (sí, con derecho sobre la vida y la muerte de los hijos)".²⁹

Cumpliendo ambos contrayentes los requisitos necesarios debían celebrar el contrato. Esta celebración del contrato ha encontrado diversas variantes a lo largo de la Historia, pero lo principal era que en un momento determinado formaban un núcleo familiar independiente, ya fuera cum manu o sine manu.

No podemos olvidar los impedimentos para contraer matrimonio, que nos señala Guzmán Brito:

- "Vínculo: la vigencia de un matrimonio anterior impide uno posterior. Impide el matrimonio, pero no las relaciones extra matrimonium, claro.

²⁸ **Ibid.** pág. 93.

²⁹ **Ibid.**



- El parentesco: se permitía el matrimonio entre primos hermanos.
- Se prohibió el matrimonio de adúltera con el cómplice de tal.
- Se prohibió que la viuda contrajera matrimonio antes de pasados diez meses desde la muerte de su marido. Por una razón: por si estaba embarazada, no tener dudas de quién era el padre. Bonita reflexión digna de romanos que aún hoy sobrevive en nuestro Derecho”.³⁰

1.2.1 Formas de contraer matrimonio

Según Guzmán Brito, las formas de contraer matrimonio en el Derecho Romano, eran las siguientes:

- “Confarreatio: forma sacra de contraer matrimonio. Los contrayentes cocían juntos un pan ante el pontifex maximus y el flamen dialis”.³¹ Su carácter sacro lo hacía de difícil disolución, pero no imposible (el divorcio sería mediante la difarreatio).

³⁰ Guzman Brito, Alejandro, **Derecho privado romano**, Tomo I, pág. 97.

³¹ **Ibid.** pág. 101.



- “Coemptio: forma más usual y práctica. Se realizaba una compraventa ficticia de la novia, por la que el marido adquiría la manu (poder) sobre ella. Es la versión matrimonial de la ceremonia de liberación de esclavos, la manumissio”.³²
- “Usus: si el marido ejercía sobre la mujer la manus (poder) durante un año, se entendía que la adquiría para siempre. Excepto si la mujer se ausentaba de la casa durante tres noches seguidas: usurpatio trinoctii”.³³ Notemos que es una versión matrimonial de la prescripción adquisitiva.

Hay que decir aquí que lo expuesto sirve hasta Augusto quien introdujo pequeñas variaciones encaminadas a una política demográfica: “...procurar que los romanos “puros” procrearan y que los libertos no lo hicieran tanto. ¿Cómo lo consiguió? Mediante una política de incentivos fiscales. Tal era su sutileza”.³⁴

Como el matrimonio romano estaba pensado para ser una institución que debía renovarse con el consentimiento continuado de los cónyuges (affectio maritalis), se permitía el divorcio, claro. (Fue más adelante, que las concepciones cristianas lo impidieron).

³² **Ibid.** pág. 103.

³³ **Ibid.** pág. 104.

³⁴ **Ibid.**



1.2.2 Formas de disolución del matrimonio romano

Hablemos pues de las formas de disolución del matrimonio romano, resumiendo y parafraseando a Betancourt.³⁵

- Por la muerte de uno de los cónyuges.
- *Capitis deminutio maxima*: la captura de uno de los dos cónyuges por el enemigo le convertía en esclavo/a y por tanto perdía su *status libertatis*, que podía recuperar si regresaba.
- *Capitis deminutio media*: cuando un ciudadano era deportado y perdía su ciudadanía, perdía su *status civitatis* y por tanto, la capacidad de contraer o permanecer en matrimonio.
- Divorcio. Sencillamente desaparecía la voluntad de ser marido y mujer. Tampoco hacía falta alegar ninguna causa en época republicana, pero estaba mal visto. Por otro lado, si la promotora del divorcio era la mujer, ésta sufría una serie de sanciones económicas respecto a la dote y los hijos.

Agrega Betancourt que el tipo de divorcio se condicionaba según su causa:

- *“Divortium ex iusta causa: el adulterio. Si la mujer era adúltera o si esta había sido acusada falsamente de serlo.*

³⁵ Betancourt, Fanuel, **Derecho romano clásico**, pág. 111.



- Divortium bona gratia: no es culpa de nadie: impotencia, esterilidad, etc.
- Divortium sine causa: sin causa.
- Divortium communi consensu: de mutuo acuerdo”.

Como conclusión y motivo del matrimonio romano debemos ver que la validez del matrimonio era el hecho que los hijos resultantes estuvieran sometidos a la patria potestas y que nacieran siendo ciudadanos, de manera que las familias y las gens se fueran sucediendo adecuadamente.

1.2.3 Otras uniones diferentes al matrimonio romano

Los romanos no ignoraban –ni mucho menos– el concubinato o las relaciones sexuales con esclavos pero no podían darle el mismo reconocimiento que el matrimonio justo. Tampoco ignoraban que los pueblos no romanos del mundo tenían instituciones muy parecidas, pero: “...no se lo pudieron reconocer hasta que Roma fue el Mundo”.³⁶

1.2.3.1 Contubernio

La unión conyugal entre esclavos no hace surgir matrimonio, por cuanto faltando el conubium, ella era considerada un contubernium. No podían concebir los romanos que las uniones de esclavos tuviesen importancia jurídica y que por ende se tomase en consideración la descendencia paterna. Según Murga: “Todos los juristas romanos

³⁶ **Ibid.**



están concordes en afirmar que entre siervos no existe unión matrimonial: Ulpiano, Regla, 5, 5, 'cum servis nullum est conubium' - 'No existe connubio entre los siervos'. Paulo, Sent. 19, 6. 'inter servos et liberos matrimonium contrahinon potest, contubernium potest' - "Entre siervos y hombres libres, no se puede contraer matrimonio, sino contubernio".³⁷

La tesis cristiana de la igualdad de los hombres, si bien no abole la esclavitud, sin embargo atenúa los rigores de la legislación pagana. Los mismos ritos religiosos servían para santificar las uniones de esclavos y de libres. Afirma Murga que: "Los emperadores cristianos a partir de Constantino tratan de proteger dichas uniones. En el Derecho justiniano, la unión de un hombre libre con su propia esclava viene considerada como una especie de concubinato lícito".³⁸

1.2.3.1 Concubinato

Era una unión lícita, reconocida por el emperador Augusto, de carácter estable, entre personas que por algún motivo estaban impedidas de celebrar justas nupcias. Recién con el cristianismo comenzó a verse como infra valorada esta forma de unión.

Señala Murga que: "Con el nombre de concubinatus se indica, en la terminología jurídica romana, la unión estable del hombre y de la mujer entre los que no existe conubium, o bien, que no tienen la voluntad continua y efectiva de ser recíprocamente

³⁷ Murga, J. Leandro, **Derecho romano clásico I, parte sustantiva**, pág. 83.

³⁸ **Ibid.** pág. 85.



marido y mujer. La concubina no participa de la dignidad y del rango social del marido y sus hijos no son legítimos. Tal unión adquirió relevancia jurídica después de las normas establecidas por la *lex Iulia de adulteriis* y de la *lex Iulia et Papia Poppaea*. La primera castigaba como *adulterium* o como *stuprum* toda unión sexual fuera del matrimonio y enumeraba una serie de mujeres *in quas stuprum non committitur*, esto es, con las cuales era lícito tener relaciones sexuales sin incurrir en penas. La segunda excluía que algunas uniones conyugales pudieran ser consideradas matrimonios legítimos. La primera ley, según Bomfante, hacía posible una unión extraconyugal estable, que no podía ser perseguida penalmente, mientras que la segunda favorecía la formación de concubinatos”.³⁹ (sic.)

A pesar de que estuviera legalmente difundido en la vida social y se practicara también en las clases romanas más elevadas y por los mismos emperadores, en el derecho clásico el concubinato tuvo escasa relevancia jurídica; parece que tuvo un relieve especial el concubinato de la liberta con el propia patrono; la mujer era llamada con el título de *matrona* y de *materfamilias*, y podía ser sometida a la acusación pública de *adulterio iure extranei*. El instituto asumió importancia jurídica bajo los emperadores cristianos, que lo combatieron siguiendo dos caminos distintos pero que concurrían al mismo fin; rebajando la condición de la concubina y de los hijos de la misma e intentando convertir el concubinato en unión conyugal. Añade Murga que: “En el Derecho justiniano, abolida la categoría de las mujeres *in quas stuprum non committitur*, es jurídicamente lícito previa declaración de los dos que conviven, el

³⁹ *Ibid.* pág. 86.



concubinato con mujeres ingenuas, hasta entonces tolerado en la práctica, o mejor, no castigado”.⁴⁰ (sic.) El concubinato es ahora configurado como una unión conyugal inferior al matrimonio legítimo; como éste, es rigurosamente monogámica, prohibiéndose al hombre que tiene esposa tener también una concubina y al soltero tener más de una; sólo puede constituirse entre personas que tienen la edad requerida para el matrimonio y entre las que no existen los impedimentos de la parentela y de la afinidad vigentes para el matrimonio. Para calificar jurídicamente una unión conyugal como matrimonio o como concubinato se atiende exclusivamente a la voluntad inicial de las partes, si han querido constituir una u otra relación.

1.2.4 Los esponsales para el derecho romano

Señala Rodrigo Panero que: “Con el nombre de ‘sponsalia’ y con el término moderno de ‘desposorio’ se designa el compromiso, que puede ser asumido en formas diferentes y al que el Derecho positivo puede atribuir una eficacia jurídica distinta, de unirse en matrimonio con una determinada persona”.⁴¹ El derecho positivo vincula algunas consecuencias jurídicas de carácter patrimonial, dirigidas a revocar los actos realizados con vistas a las futuras nupcias y a colocar a las dos partes de nuevo en la misma situación patrimonial en que se encontraban antes de haber asumido el compromiso; puede finalmente constituir entre las partes un vínculo no sólo obligatorio sino también personal, atribuyendo a quienes han asumido recíprocamente el compromiso algunos derechos y deberes propios de los cónyuges y dando de este modo a los esponsales el

⁴⁰ **Ibid.** pág. 87.

⁴¹ Panero, Rodrigo, **Derecho romano**, pág. 200.



carácter de un instituto propiamente tal e independiente. En la historia del Derecho romano asistimos a una transformación del instituto; mientras que en la época clásica resulta que tiene una importancia casi exclusivamente social, "...en el período postclásico y justiniano, por influencia cristiana, se reconocen a los esponsales nuevos e importantes efectos".⁴² (sic.)

1.2.5 La dote

Informa Fernandez Barreiro –respecto a la dote– que: “Surgió vinculada al matrimonio cum manu, ya que al dejar de pertenecer a su familia de origen y pasar a heredar en la de su esposo, se entregaba estos bienes al marido por parte de la familia de la esposa, como compensación. No era una donación, sino una dación por causa onerosa, destinada a solventar los gastos del hogar. Luego se extendió al matrimonio sine manu. Al principio fue una cuestión honorífica, o sea, no obligatoria, hasta que Justiniano lo transformó en una obligación legal”.⁴³

La institución patrimonial característica del matrimonio romano es la dote. La dote es una institución del régimen patrimonial de la familia. La dote viene a ser un conjunto de bienes, que se entregan o se prometen al marido con ocasión de un matrimonio, bien sea por parte de la mujer o de quien tenga la potestad sobre ella, bien sea por parte de un extraño, a los fines que este conjunto de bienes sea usado para ayudar a los gastos del matrimonio.

⁴² **ibid.**

⁴³ Fernández Berreiro, Ángel Patricio, **Fundamentos de derecho privado romano**, pág. 58.

En el derecho clásico esa entrega de bienes, toma la figura particular de la dote creándose una verdadera institución desde el punto de vista jurídico. Explica Fernández Barreiro que: “Si en el Derecho antiguo, el marido adquiere la propiedad sobre esos bienes dotales, ya a finales de la República en caso de disolución del matrimonio, la dote viene tutelada por una llamada *actio rei uxoriae*, a sea, el marido tiene que entregar la dote que le ha sido dada, pues la mujer la puede reclamar mediante la acción nombrada”.⁴⁴ (sic.) Así el derecho de propiedad sobre los bienes dotales, que en un principio era absoluto, se condiciona luego a la permanencia del matrimonio. Agrega el recién citado autor que: “En el derecho clásico, la mujer tiene dos acciones, para hacer restituir la dote: *actio rei uxoriae* y la *actio ex stipulato*”.⁴⁵ Estas dos acciones no eran reales, no se concebía en que la mujer o quien hubiese constituido la dote, tuviese sobre los bienes dotales, derechos reales, pero a pesar de ello al disolverse el matrimonio se tenían estas dos acciones para reclamar dichos bienes. Cosas o bienes sobre los cuales para el derecho romano podían constituirse en dote: Cualquier bien de tipo patrimonial, bien sean cosas corporales o incorporales.

La dote se constituía de tres modos, según Fernández Barreiro: “a) *Dotis Datio*, es el transferimiento real de los bienes que se van a dar como dote, de conformidad con la naturaleza de dichos bienes. b) *Dicto Dotis*, es una forma especial y solemne que existe para constituir una dote, se sabe que constituía un contrato llamado *verbis* pues se hacía mediante la pronunciación de palabras solemnes. c) *Promissio Dotis*, era un

⁴⁴ **ibid.**

⁴⁵ **ibid.** pág. 60.

negocio jurídico solemne que se perfeccionaba a través de una pregunta y de una respuesta”.⁴⁶

El autor señalado apenas en líneas anteriores, expone como clases de dote, las siguientes: “a) Dote necesaria y dote voluntaria. Se llama necesaria, a la dote constituida por la mujer, su padre o descendiente paterno, y excepcionalmente por la madre, en razón a que tales personas están obligadas a ello por la ley. La dote constituida por cualquier otra persona, es Voluntaria. b) Dote profectia y dote adventicia. La primera, es la constituida por el padre o descendiente paterno de la mujer; la es la aportada por otras personas. c) Dos aestimata. Es aquella cuyo valor ha sido tasado al constituirla”.⁴⁷ (sic.)

Ahora bien, ya hemos conocido diversos detalles de la familia y del matrimonio en el derecho romano; sin embargo, no hemos acabado con el tema en estas líneas. Por el momento daremos una tregua al asunto y volveremos a él en el último capítulo, cuando abordemos lo relacionado a los “ritos en las nupcias romanas y el significado de su simbología en el Derecho Moderno” (sic.), puesto que consideramos que el tema ritual del matrimonio romano debe estar muy próximo al tema final de la tesis, cual es, el entendimiento de los matrimonios especiales y de sus formalismos (“rituales” en otras palabras) en el derecho civil guatemalteco.

⁴⁶ **ibid.** pág. 62.

⁴⁷ **ibid.**



CAPÍTULO II

2. La familia

Como lo expresamos en el capítulo precedente, la familia y el matrimonio son instituciones jurídico civiles que se encuentran indefectiblemente entrelazadas. Todo matrimonio es una familia. Un dicho popular sajón dice: “¿Cómo se llama a dos personas que están dentro de una casa y que se quieren mucho? La respuesta es ‘familia’”. Por ello, no podemos desligar el tema del matrimonio del tema de la familia y del derecho de familia. En consecuencia, dedicaremos el presente capítulo y el siguiente, precisamente para atender ambos tópicos jurídico sociales.

Para nosotros, la familia es la reunión de sujetos ligados entre sí por las líneas del parentesco con roles y funciones determinados por su edad y el lugar que ocupan al interior del núcleo familiar para la reproducción de la vida material y social, esta definición permite entender de manera precisa y central lo que es familia. Sin embargo, lo mejor es precisar la definición legal y/o doctrinal del concepto.

2.1 Definición

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición legal del concepto “familia”. Lo más cercano al término es lo regulado en la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, que en su Artículo 2, regula:

“Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:... f. Familia ampliada: Es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias. g. Familia biológica: Comprende a los padres y hermanos del adoptado”. Como puede notarse, las definiciones legales citadas cumplen su función dentro del contexto normativo que las contiene, sin embargo, no abarca el verdadero sentido y extensión del concepto “familia”.

Debido a que nuestro ordenamiento jurídico no da una definición, para hacerlo buscamos diversos elementos: sujeción (de los integrantes de la familia a uno de sus miembros), la convivencia (los miembros de la familia viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa), el parentesco (conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad), la filiación (conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o la filiación, aunque excepcionalmente por la adopción).

Para Carlos Vidal: "Familia en derecho argentino es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva".⁴⁸

⁴⁸ Vidal Taquini, Carlos, **El derecho de familia**, pág. 32.

Como lo vemos, la familia es una institución social. La ley impone la regulación no sólo al matrimonio, sino también a la filiación y a la adopción. La calidad de miembro de la familia depende de la ley y no de la voluntad de las personas.

La Real Academia de la Lengua Española, nos ofrece varias definiciones de familia, así, entiende como familia: "Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Hijos o descendencia. Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común."⁴⁹

Para Rojina Villegas, familia significa: "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 naturalista), y que constituye un todo unitario... en sentido amplio, puede incluirse, en el término familia, personas difuntas (antepasados, aun remotos), o por nacer; familia con 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".⁵⁰

La UNESCO ha realizado estudios acerca de la familia. En un estudio publicado en el año 2007, acerca de la integración familiar, ofrece la siguiente definición: "Familia, en antropología cultural, tipo de agrupación humana que incluye a núcleos conyugales

⁴⁹ Real Academia De La Lengua Española, **Diccionario de la real academia de las lenguas españolas**, pág. 332.

⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael. **El derecho mexicano**. Pág. 33.



emparentados, que comparten lugar de residencia y tutela, repartidos en varias generaciones y líneas colaterales respecto a un antepasado común. Familia es el conjunto formado por el padre y la madre, hijos, nietos, tíos, tías, sobrinos y sobrinas, siempre que coexistan bajo un mismo techo”.⁵¹

Como ya se ha señalado, la familia tiene muy diversas formas de definirse, algunas responden a contenidos jurídicos y otros a aspectos históricos. Siguiendo los lineamientos expuestos por Manuel Ossorio, se define a la familia como: “Familia, en un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se le refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes, a los colaterales por consanguinidad, a los afines y legales, todos dentro de los grados que establece la ley; y en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo la patria potestad”.⁵²

Nuestro ordenamiento jurídico, como ya se expuso anteriormente, no ofrece una definición de “familia” estrictamente hablando, sin embargo, hace una relación de la misma con el matrimonio, tomando como base esta instrucción como punto de partida a la formación familiar. En este sentido, Puig Peña, ofrece la siguiente definición: “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 autoridad y

⁵¹ Unesco, **La integración familiar moderna**, pág. 12.

⁵² Ossorio, Manuel. **Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 407



sublimada por el amor y respeto, se dé a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.⁵³

2.2 Evolución de la familia

Revisaremos la historia de este particular fenómeno social a lo largo de las diversas etapas históricas, aunque en lo posible limitando la descripción a datos que nos permitan conocer sobre los orígenes de esta manifestación de sociedad.

El ser humano ha definido su interacción con el medio y sus representaciones siempre por medio del primer espacio de relación psíquica y social como lo es la familia, desde tiempos antiguos la misma ha sido la matriz configuradora de las reglas sociales y sus *determinaciones, en donde los sujetos van aprendiendo habilidades y roles enmarcados* siempre en el ámbito de las relaciones sociales.

Al respecto Françoise Zonabend –citado por Burguiere–, sostiene que las razones biológicas puras no alcanzan para explicar la existencia de la institución familiar: “...ni la paternidad ni la maternidad se reducen a papeles biológicos; se encuentran socialmente determinadas, lo mismo que el amor paterno o materno. Análogamente, ninguna razón natural permite comprender la obligación de proseguir las relaciones sexuales entre una pareja de individuos a lo largo de toda una vida. Sin embargo se observa que cualquier sociedad establece una diferencia entre unión legal, sancionada

⁵³ Puig Peña, Federico, **Tratado de derecho civil**, pág. 3.



jurídicamente, y unión libre (concubinato) o relaciones sexuales esporádicas, aunque éstas sean toleradas o incluso prescritas por el grupo. En todas las sociedades tradicionales organizadas en grupos de edad, se separa claramente a los casados de los solteros y, en muchas culturas, cuando estos últimos han superado una determinada edad son objeto de conmiseración: carecen de un papel preciso que desempeñar y de estatus social reconocido".⁵⁴

A través de miles de años de historia el ser humano fue incorporando experiencias conformando una unidad en la cual los sujetos reconocen modelos de conducta, en donde el desarrollo y la expresión de estas predisposiciones o imágenes latentes dependen enteramente del resultado de la interacción y la experiencia, con lo cual pueden reproducir o cambiar sus factores de relacionamiento teniendo en cuenta el desarrollo personal y psíquico, al interior de su micro contexto es decir de ese espacio familiar y los vínculos que forma el mismo.

Entonces podemos afirmar que la familia no es la simple unión de sujetos y que su dinámica sea lineal, por el contrario se encuentra siempre en constante evolución y cambio acorde a las necesidades de sus integrantes y las exigencias del medio social para mantenerse a través del tiempo, y a su vez manifestarse de manera cualitativa hacia la consecución y satisfacción de los requerimientos de sus miembros y llegar al equilibrio interno y también ser un puente entre la interacción social.

⁵⁴ Burguiere, André. **Historia de la familia**. Pág. 32.



Jean Jaques Glassner afirma que la familia puede conceptualizarse o situarse como un elemento mutable y dinámico al interior de sí misma como con la sociedad: “Cuando se afirma que la familia constituye la célula básica de la sociedad, a la cual da cohesión y estabilidad, ¿Se ha dicho todo? En realidad, el enunciado de tal postulado contribuye sobre todo, con más o menos elegancia, a eludir el problema. El entorno social y su representación, los límites demográficos, las condiciones de la producción, pero también la dinámica de las condiciones de alianza y el marco político son en grados diversos lo que determinan su naturaleza, su lugar y su importancia.... en el conjunto de los procesos sociales. Así definida, la institución familiar es una realidad positiva que se inscribe en el curso de la historia y se modifica con el paso del tiempo”.⁵⁵ (sic.)

La familia es vista entonces como un entorno aparte y parte de la sociedad, esta aparente dicotomía entre sociedad y familia ha tratado de eliminar la vinculación dialéctica entre las dos, causando una dificultad teórica y práctica para definir a la familia en su totalidad, tratando siempre de reducir su estudio y definición a la relación entre sus miembros viendo su interacción como relaciones de causa y efecto, totalmente independientes del macro contexto. Es por eso que la familia no puede ser vista estrictamente como un sistema aislado sino situarla como un sistema histórico con reglas y funciones propias pero en completa relación con el desarrollo económico, político, cultural de cada sociedad.

⁵⁵ Glassner, Jean Jaques, **Familia y patrimonio**, pág. 68.

Ninguna familia es igual a otra, todas se inscriben en el mismo proceso cultural pero funcionan de maneras distintas, debido a que las familias buscan auto regularse y llegar al equilibrio, esto implica que las estrategias, momentos, discursos, normas, funciones y roles se diferenciaran y actuaran en mayor y menor grado dependiendo de las demandas familiares y sociales, la diversidad en las familias puede presentarse en muchas formas y momentos como pueden ser sucesos familiares, número de hijos, su estructura, etcétera.

Martin Lopez –citando a Rapoport y Rapoport–, presenta cinco elementos básicos para definir la diversidad familiar tanto en organización como en funcionamiento y son:

- “Organización Interna: La diversidad sería el resultado de diversos patrones del trabajo domestico o del trabajo fuera del hogar, y por tanto, de la naturaleza y extensión del trabajo no remunerado en el hogar.
- Cultura: Variaciones en las conductas, creencias y prácticas como resultado de afiliaciones culturales, étnicas, políticas o religiosas.
- Clase social: Diferencias en la disponibilidad de recursos materiales y sociales.
- Periodo Histórico: Resultado de las experiencias particulares que tienen las personas nacidas en un periodo histórico determinado.



- Ciclo Vital: Cambios como resultado de los sucesos que tienen lugar a lo largo del ciclo vital (Tener hijos, si los hijos son bebés o adolescentes)⁵⁶ (sic.)

Podemos constatar que estos cinco puntos de diversificación familiar son comunes, pero cada uno actúa de manera diferente e influencia de manera distinta la relación al interior de la familia, por ejemplo al hablar de organización interna no se hace referencia solamente al establecimiento de roles o tareas al interior de la familia, sino que también tiene mucho que ver con el lenguaje y la forma en cómo se da la comunicación entre los miembros, porque si bien los roles y funciones pasan por estados de jerarquía familiar los mismos son aceptados e internalizados por medio del lenguaje.

2.3 La familia y el derecho

El Derecho de Familia regula realidades preexistentes a las normas escritas. La realidad familiar es un hecho preexistente a su regulación. Es parte del Derecho Civil. Su vinculación responde al contenido sustancial de ambas disciplinas y es claro que la autonomía del derecho de familia del derecho civil no reportaría ninguna ventaja práctica que la hiciera apetecible.

Manuel Ossorio, al referirse al derecho de familia, lo define como: “Una rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y, en general, al la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad”.⁵⁷

⁵⁶ Martín López, Enrique, **Familia y sociedad**, pág. 204.



Decimos entonces que, el derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio, del parentesco y de la adopción.

Muchos tratadistas ubican al derecho de familia como una rama del derecho civil, sin embargo, algunos otros como Antonio Cicu, señala que: "...el derecho de familia no debe encasillarse en ninguna rama del derecho; ya que, aceptando que generalmente se le trata como parte del derecho privado; disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe de ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho. Sostiene que, si la distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta de la diversa posición que al individuo reconoce al estado (posición de dependencia con respecto al fin en derecho público y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público: interés superior, y voluntades convergentes a su satisfacción; pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al estado; en cuanto que no hay en ella sino una esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones, temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se le encomiendan".⁵⁸

⁵⁷ Ossorio, **Op. Cit.** pág. 302.

⁵⁸ Cicu, Antonio, **Derecho de familia**, pág. 92.

Con base a lo anterior, lo que tradicionalmente había considerado al derecho de familia como una sub-rama del derecho civil, ha de considerarse, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho, con principios propios. Así tenemos el ejemplo de países que han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un código de familia (aparte de un código civil). Ése ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá, Polonia y Rusia, entre otros.

Giovanni Orellana, al respecto de la naturaleza jurídica del derecho de familia escribe: “El derecho de familia siempre ha pertenecido al derecho civil y como consecuencia al derecho privado, pero en la actualidad dada la importancia, algunos autores opinan que debe separarse del derecho civil y formar una ciencia jurídica independiente y autónoma. En el derecho guatemalteco forma parte del derecho civil”.⁵⁹

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de familia es un campo de estudio del derecho civil. El código civil guatemalteco regula la familia dedicándole el Título II del Libro I, que trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela, el patrimonio familiar.

⁵⁹ Orellana, Giovanni, **Derecho civil sustantivo I y II**, pág. 116.



2.4 La familia y la sociedad

La universalidad del sistema de parentesco, del matrimonio y de la familia permite suponer que cumple funciones de gran importancia, difícilmente sustituibles, en todas las sociedades; la familia posee una función mediadora dentro de la sociedad, ya que enlaza a las personas con la estructura social más amplia.

Si no se otorga satisfacción a necesidades tales como la producción y la distribución de alimentos, la socialización de niños y ancianos, la protección de enfermos y embarazadas, y el control de tensiones, la sociedad no podría perpetuarse. Estas funciones pueden estar más o menos atribuidas a la familia, pero aun hoy, cuando en las sociedades modernas se han reducido sus funciones, cumplen parte de ellas. Otras funciones están vinculadas con la reproducción de la especie humana, las relaciones sexuales y las restricciones sociales que existen en ellas.

La importancia de la familia en el proceso de socialización temprana, y la vinculación biológica entre madre e hijos como un elemento que facilita la interacción simbólica que permite tal proceso. Ya que, si una sociedad debe sobrevivir de una generación a otra, también debe tener algunas disposiciones para reemplazar a sus miembros. Puesto que las necesidades sexuales pueden satisfacerse sin la reproducción, las sociedades deben motivar a las personas a que tengan hijos.



La UNESCO a afirmado que: “Todas las sociedades actuales o que, habiendo existido, hayan dejado rastros de su organización social, reconocen ciertas estructuras de relaciones que se llaman de parentesco y que determinan a la familia como grupo social. Un sistema de parentesco consiste en un conjunto de relaciones que derivan del matrimonio y de la descendencia y que otorgan posiciones sociales; éstas, como todas, atribuyen derechos y obligaciones y están regidas por un conjunto de normas. Esto hace particularmente importante el estudio de las estructuras sociales que permiten y regulan la aparición de nuevos miembros en la sociedad, su cuidado inicial y su inserción en el sistema social”.⁶⁰

Por su parte, los condicionamientos biológicos de la especie humana hacen propicia la existencia y duración de una estructura como la familia. Según la Unesco: “La dependencia extrema y extensa del niño respecto de sus padres, debido a su indefensión física y falta de aptitudes por varios años, resulta superior a la de muchas otras especies. Esto prolonga una necesidad que en aves o mamíferos resulta mucho más reducida en el tiempo. Por otra parte, la inexistencia de una época de celo en la especie hace que el impulso sexual, además de ser universal, sea permanente en hombres y mujeres. Este dato biológico condiciona una mayor asociación entre los sexos, que no se interrumpe en ninguna época del año: las necesidades sexuales deben ser satisfechas en todo el período adulto de los miembros de la especie, y también condiciona la duración y extensión de las uniones estables”.⁶¹ El primer fenómeno atañe a la relación entre madre e hijo; el segundo, a la que existe entre

⁶⁰ Unesco, **Op. Cit.** pág. 16.

⁶¹ **Ibid.** pág. 18.



hombre y mujer; ambos definen socialmente la de padre e hijo, y todas ellas, a la familia básica.

Los sociólogos que adoptan una perspectiva de poder señalan que en la mayor parte de la historia moderna los esposos han ejercido en forma creciente el poder y la autoridad dentro de la familia. Indica el informe de la UNESCO que: “Estos patrones son el resultado de que los hombres han dirigido para asegurar un status privilegiado en la sociedad. La familia puede considerarse como una construcción social configurada por acciones individuales y fuerzas externas. Una comprensión más completa de la familia debe tener en cuenta la variación en la construcción social de la familia que existe de una sociedad a otra. Los sociólogos y los antropólogos han hecho esto al distinguir entre varios patrones de organización familiar”.⁶²

La importancia que reviste la familia en la sociedad radica en que constituye la célula básica de la sociedad. Es el principio, la base, el fundamento de la organización social; por eso tiene primacía sobre otras organizaciones sociales.

A través de la familia se integra la persona en la sociedad. La familia es la sociedad más cercana al individuo. Es independiente y anterior a la potestad civil. Es una comunidad y primera escuela del trabajo.

⁶² **Ibid.**



La familia se impone a la autoridad política. Así pues la patria potestad no puede ser extinguida ni absorbida por el poder público. Familia y sociedad civil son complementarias en la defensa y promoción del bien de los individuos y del bien común.

La familia tiene derecho a ser protegida por el Estado y los otros cuerpos sociales. El Artículo 1 de la Constitución Política de la Republica, regula: "Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin *supremo es la realización del bien común*".

La Constitución Política establece que el Estado de Guatemala protege a la persona, pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares.

2.5 Sistemas propios del desarrollo familiar

La familia –según Fuster–, se define como: "...el vinculo primario entre la sociedad y sus integrantes permitiendo a los mismos desde sus recursos como grupo y como sujetos integrarse de manera activa y dialéctica a la lógica socio-histórica del contexto en el que se desarrolla, la familia es presentada como una organización es decir un



sistema vivo y dinámico el cual en su interior se maneja y se modifica de acuerdo a las necesidades de sus miembros y las implicaciones que el contexto tenga sobre la misma, la teoría de los sistemas sustenta y apoya esta definición de familia, como vemos la misma permite entender de manera más amplia la conformación de los grupos familiares y su actuación como unidades independientes y dependientes a la vez del contexto, para explicar la familia como un sistema se reconocen o aplican varios conceptos como: Sistema; límites; comunicación; sucesos; funciones; roles; conflicto; reglas y ciclo vital de la familia”.⁶³

Analizando los términos de Fuster,⁶⁴ la familia constituye una totalidad integrada y compleja donde sus miembros ejercen una influencia continua y reciproca entre si, en si la familia es un entramado de relaciones, lingüísticas, físicas y subjetivas en donde cada miembro es a su vez, actor y creador de situaciones al interior de la dinámica, no son aislados los momentos de tensión o de tranquilidad al interior de la dinámica por que la familia es en sí dinámica y no estática.

Dentro de esta definición de sistema tenemos varios subsistemas, estos hacen referencia a ser lugares o dinámicas familiares más pequeñas que se desprenden de la interacción de la totalidad familiar, los subsistemas más influyentes son:

- Sistema parental: Este es el sistema más importante al interior de la dinámica, el mismo integra y fortalece las relaciones entre los demás subsistemas, también

⁶³ Fuster Gracia, Enrique, **Psicología social de la familia**, pág. 38.

⁶⁴ **Ibid.** pág. 39.

se encarga de obtener y otorgar recursos afectivos, sociales, materiales satisfaciendo así las necesidades de sus miembros permitiendo también un desarrollo paulatino de la diferenciación y afirmación de las identidades de cada uno de los integrantes, asumiendo también las soluciones frente a las crisis.

- Sistema hijos: Más que un sistema es la relación que tienen los padres en consecuencia de la satisfacción y la demanda de las necesidades de sus hijos, se lo toma como un sistema debido a los diferentes momentos en el desarrollo de los mismos en donde las necesidades y demandas van variando con el paso del tiempo y la etapa de proceso en la que se hallen sus hijos.
- Sistema hermanos: Este sistema es mas autónomo que el anterior, si bien dependen del sistema parental aquí la correlación entre los hermanos es lo que prima y se manifiesta una relación entre iguales independiente de las exigencias de los padres sino que hace referencia a la rivalidad entre hermanos entendida la misma como la búsqueda de la autoafirmación y de un lugar relevante al interior de la familia
- Sistema pareja o conyugal: Este hace relación a la vida matrimonial y sexual de la pareja, en cuan satisfactoria y beneficiosa es para ellos tanto como individuos y a su vez como pareja, también implica conocer las afinidades, deseos y



perspectivas comunes que la pareja comparte así como también indagar qué nivel de comunicación y comprensión que existe entre ambos.

- Sistema familiares o la familia extendida: Es la relación, importancia e implicación que tienen otros miembros que no son parte constante en la dinámica familiar pero sin embargo influyen positiva o negativamente en el desarrollo y en las decisiones de la constelación familiar.
- Sistema amigos: Este sistema puede convertirse muchas veces en el soporte de uno de los miembros de la familia, algunas veces en su mayoría los hijos recurren a este sistema como un apoyo en la búsqueda de la comprensión y aceptación de sus lenguajes, estilos, vivencias y sentires, se asemeja mucho al subsistema hermanos pero sin pugna por la diferenciación porque aquí lo que se busca es el reconocimiento de un igual casi como un reflejo de si mismo, en si este sistema lo que hace es afianzar o potenciar capacidades de los sujetos que al interior de la familia son minimizados o pasados por alto.

Añade Fuster que: “Estos sistemas tienen roles y funciones delimitados y marcados en su interior pero al igual que la familia coinciden en ser puntos de encuentro, discusión, aceptación y generación de nuevas actitudes y códigos lingüísticos así como contener a los integrantes en un espacio vital reconocido por los mismos como suyo integrándose completa o parcialmente”.⁶⁵

⁶⁵ **Ibid.** pág. 45.



Esto establece otro concepto en la teoría de los sistemas el cual es la jerarquía, como vemos, la familia es parte de un sistema mas grande como lo es la sociedad entonces la jerarquía se entiende como: "...el todo organizado por sistemas más pequeños jerárquicamente estructurados influenciados e inmersos en sistemas más amplios, estratificando los mismos en una creciente complejidad dividiendo los mismos en subsistemas, sistemas y suprasistemas".⁶⁶

2.5.1 Límites de los sistemas

Los límites –según Fuster– son: "...todas aquellas reglamentaciones que permiten la delimitación exacta de los espacios, derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos y sus correspondientes sistemas, es decir permiten diferenciar y establecer el grado de influencia y contacto de los sistemas entre sí sabiendo cómo fluye la información y cómo interactúan con su medio".⁶⁷ En sí, lo que ayudan los límites es a diferenciar un sistema de otro, los límites son establecidos en función de las necesidades o los acuerdos que se den entre los miembros de una reunión familiar, también los límites ayudan a comprender en qué grado las familias dejan influenciarse por el contexto en que las rodean. *Tenemos cuatro tipos de figuras parentales las cuales vamos a definir a continuación:*

- "Padres Autoritarios: Son aquellos que tratan de imponer sus reglas y modelos de convivencia por medio de la fuerza ya sea esta física o lingüística, las formas

⁶⁶ **ibid.** pág. 50.

⁶⁷ **ibid.** pág. 51.



de relación más comunes son la coacción, amenazas, castigos que mantienen una dinámica rígida y un dialogo unilateral en donde no existe el consenso y los intereses de los demás están mediados por el interés de los padres o de uno en particular.

- **Padres Permisivos:** Son aquellos que tratan de llevar la dinámica de forma armónica y sin conflictos pero a su vez son incapaces de concretar límites claros y los mismos siempre se vuelven contradictorios, .los intereses de los padres por llevar de mejor manera la dinámica contradicen al otro llevando el caos en un ambiente aparentemente organizado, los castigos o amenazas son frecuentes pero se utilizan como último recurso pero lo perjudicial es que las repercusiones o el uso de estos elementos puede ser muy fuertes y causar más problema que una solución, la comunicación es activa pero altamente dispersa, existen acuerdos mínimos y consenso pero los mismos no se cumplen debido a la falta de regulación entre la pareja para manejar a la familia.
- **Padres Indiferentes:** Estos buscan la autorregulación de sus miembros en base a sus propias particularidades, pero influyen muy poco en la relación afectiva o interés por las actividades de sus demás integrantes, se complacen o limitan a cumplir con sus actividades puntuales como padres o se ven a sí mismos como los proveedores del hogar y se limitan a funciones estereotipadas, los límites no son definidos por los padres sino por los demás miembros y ellos se mantienen



al margen de los mismos, la comunicación es puntual y mínima, el consenso no se halla en grupo sino en los sistemas.

- **Padres Activos:** Estos son la díada óptima dentro de la teoría sistémica, los mismos cumplen con las funciones tanto en su subsistema como con los demás subsistemas, la comunicación es abierta y los conflictos no se minimizan o aíslan sino que se invita a los demás a ser parte del proceso de solución y de consenso, sus límites son claros y determinados pero su vez son flexibles y entendibles por los miembros, no se usa la relación premio o castigo sino una horizontalidad en las relaciones, esto implica que la jerarquización se mantiene pero la participación de todos los miembros es igual de importante”.⁶⁸

2.6 El derecho de familia

Ossorio, al referirse al derecho de familia, lo define como: “Una rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad”.⁶⁹

Para nosotros, el derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio, del parentesco y de la adopción.

⁶⁸ **Ibid.** pág. 55.

⁶⁹ Ossorio, **Op. Cit.** pág. 302.



Para Diego Álvarez, el concepto de derecho de familia, tiene dos acepciones:

- “Instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de una persona. Se alude al título de estado en un sentido formal.
- Causa o título de un determinado emplazamiento. Se alude al título en sentido material o sustancial.”⁷⁰

2.6.1 Principios

Entre los principios que informan el derecho familia se encuentran los siguientes:

- “Son normas eminentemente proteccionistas”.⁷¹
- “Este derecho persigue proteger a la familia”.⁷² En nuestro sistema, el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, esto según el Artículo 1º de la Constitución Política de la Republica.
- “La equidad: El derecho de familia no permite la subordinación entre los miembros de una familia”.⁷³ Aunque los vinculos consanguíneos demanden

⁷⁰ Álvarez Soto, Diego, **Manual del derecho de familia**, pág. 107.

⁷¹ **Ibid.** pág. 114.

⁷² **Ibid.**

obediencia, eso se debe al cuidado que los mayores prodigan al menor de edad, pero no por ello hay o existe subordinación.

- “La moral: La familia está fundada en el amor, sentimiento que se dispensa entre los miembros de la familia y no puede ser exigido por nadie”.⁷⁴ A ninguno puede obligársele a que quiera a otro miembro de la familia, sino que dependen totalmente de la moral y esta no es coercible.

2.6.2 Importancia del derecho de familia

Se aprecia su importancia desde tres puntos de vista; social, político y económico.

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

⁷³ **Ibid.**

⁷⁴ **Ibid.**



Por otra parte, indica Álvarez Soto: "...la relación conyugal y familiar crea entre sus componentes espíritu de responsabilidad, el propósito de observar buenas costumbres, el fomento de los hábitos de trabajo, orden y economía. El carácter moral y religioso de los padres se proyecta en los hijos, en los que llega a tener honda repercusión. El espíritu de unidad y de solidaridad es uno de los pilares de la estabilidad de la familia; y habrá de cultivarse con esmero. En el campo político la familia es un valioso elemento en la organización del estado. En los últimos tiempos éste se ha preocupado en brindarle adecuada protección. En el campo económico se parecía claramente la función de la familia a través del trabajo y la adquisición de bienes".⁷⁵

En Guatemala el régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones otorgadas por los consortes antes o en el acto de la celebración el matrimonio.

2.6.3 División del derecho de familia

El derecho de familia, al igual que otras disciplinas jurídicas, se divide en algunas ramas, así tenemos –según Manzini–:

- “Derecho de familia objetivo: Se entiende como el conjunto de normas que regulan las situaciones emergentes de las relaciones familiares, tales como el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. Este se subdivide a su vez en derecho personal y derecho patrimonial. El primero tiene como función regir las

⁷⁵ **ibid.** pág. 123.



relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; y el segundo ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia.

- Derecho de familia subjetivo: Es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o cada uno de sus miembros, emanadas de la especial configuración que la familia tiene en el derecho.
- Derecho de familia matrimonial: Lo constituye el conjunto de normas que tiene a su cargo regular todo lo relativo al acto y estado de sus cónyuges.
- Derecho de familia de parentesco: Conjunto de normas que regulan la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad), o de los actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curatelas, aunque no constituyen en relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia”.⁷⁶

Otra división, es la que nos ofrece López Herrera, quien señala que el derecho de familia puede enfocarse desde dos ángulos: objetivo y subjetivo.

⁷⁶ Manzini, Genaro, **Derecho de familia**, tomo I, pág. 56.



En sentido objetivo: "...es el conjunto de normas que se regulan las relaciones de las personas que constituyen un grupo familiar o una familia".⁷⁷

En sentido subjetivo se define como: "...el conjunto de derechos que nacen de las relaciones que dentro del grupo familiar mantienen los miembros de esta familia con los demás para cumplimiento de los fines de la unidad familiar".⁷⁸

En general, el Derecho de Familia comprende el conjunto de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción y todo lo referente al estado civil de las personas.

2.6.4 Características del derecho de familia

Dentro de las características propias que conforman el derecho de familia, se encuentran las siguientes –según Manzini–:

- "Contenido moral o ético: Esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones, o más propiamente deberes, fundamentalmente incoercibles".⁷⁹ Por ello no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre; siendo la única excepción el derecho de alimentos.

⁷⁷ López Herrera, Francisco, **El derecho de familia**, pág. 78

⁷⁸ **Ibid.**

⁷⁹ Manzini, **Op. Cit.** pág. 60.



- “Regula situaciones o estados personales: es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etc.) que se imponen erga omnes (respecto de todos). Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales)...”,⁸⁰ pero con modalidades particulares (diversas de aquellas del derecho civil), pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.
- “Predominio del interés social sobre el individual: esta rama posee un claro predominio del interés social (o familiar) en sustitución del interés individual”.⁸¹
- “Normas de orden público: sus normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles”.⁸² No se deja a la voluntad de las personas la regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos (como en el matrimonio o la adopción), pero sólo para dar origen al acto (no para establecer sus efectos).
- “Reducida autonomía de la voluntad: como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad (base del derecho civil) no rige en estas materias”.⁸³
En general, se prohíbe cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones.

⁸⁰ **Ibid.**

⁸¹ **Ibid.**

⁸² **Ibid.**

⁸³ **Ibid.**



- “Relaciones de familia: en esta disciplina, a diferencia del derecho civil (donde prima el principio de igualdad de partes), origina determinadas relaciones de superioridad y dependencia o derechos y deberes, especialmente entre padres e hijos (como la patria potestad)...”,⁸⁴ aunque la mayoría de los derechos de familia tienden a ser recíprocos (como es el caso del matrimonio).

Asimismo, López Herrera nos ofrece las siguientes características: “1) Contiene un sustrato de carácter eminentemente moral, derivado fundamentalmente del derecho canónico. 2) Predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales. 3) Primacía del interés social sobre el interés individual, y una más frecuente intervención del estado para proteger al más débil en la familia. 4) Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes. 5) Los derechos de la familia son inalienables e intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles 6) Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término. 7) Carácter obligatorio o de orden público de las leyes relativas a la familia”.⁸⁵

2.6.5 Actos jurídicos y derechos de familia

Los actos jurídicos de familia son habitualmente solemnes, o sea, requieren de ciertas formalidades (por ejemplo, el matrimonio, la adopción, etcétera); y comúnmente no pueden ser objeto de modalidades (por ejemplo, no pueden estar sujetas a plazo).

⁸⁴ **Ibid.**

⁸⁵ López, **Op. Cit.** pág. 80.



Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familiares.

Julio Asnar informa que: “El acto jurídico familiar es una especie dentro del género acto jurídico. La teoría general del acto jurídico (sus presupuestos y condiciones de validez, vicios, etc.) es aplicable al acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones esté predeterminado por la ley”.⁸⁶

El acto jurídico familiar puede tener por fin inmediato la creación, modificación, conservación e incluso la extinción de relaciones familiares. Álvarez Soto clasifica los actos jurídicos familiares de la siguiente forma: Se clasifican en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia: “El matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, emplazan en el estado de cónyuges, de padre o madre e hijo, y de adoptante y adoptado respectivamente”.⁸⁷

El recién citado autor agrega que: “La revocación de la adopción simple desplaza del estado de familia creado por la adopción”.⁸⁸ Asimismo que: “Hay actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales. Unilateral es el reconocimiento del hijo. Bilateral es el matrimonio”.⁸⁹

Los derechos de familia, que derivan de los actos de familia, son por regla general irrenunciables, inalienables, intransmisibles e imprescriptibles y, además, tienden a ser

⁸⁶ Asnar Galindo, Julio Alberto, **Especialidad del derecho familiar**, pág. 42.

⁸⁷ Álvarez, **Op. Cit.** pág. 110.

⁸⁸ **Ibid.** Pág. 111.

⁸⁹ **Ibid.**



derechos-deberes (como la patria potestad). Sin embargo, los beneficios económicos provenientes de ellos, en algunos casos, pueden renunciarse o prescribir.

2.6.6 Fuentes del derecho de familia

En el derecho guatemalteco se reconocen cuatro fuentes del derecho de familia:

- El matrimonio –regulada del Artículo 78 al 153 del Código Civil–.
- La unión de hecho –regulada en los Artículos del 173 al 185 del Código Civil–.
- La filiación –contenida entre los Artículos 199 al 227 del Código Civil–; y
- La adopción –esta última, regulada en Ley de Adopciones–.

2.6.7 El estado de familia

El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Estas relaciones integran el derecho civil.

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones: Las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etcétera. Para López Herrera: “El interés familiar limita las facultades individuales”.⁹⁰

⁹⁰ López, **Op. Cit.** pág. 221.

La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un status. A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, o, aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso del soltero. El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia.

En ese orden de ideas, López Herrera afirma que: “El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible”.⁹¹

Álvarez Soto nos ofrece las siguientes características sobre el Estado de familia:

- “Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.
- Unidad: Los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen
- Indivisibilidad: La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos (por ejemplo, si es soltero, es soltero ante todos).
- Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto erga omnes para ejercer los derechos que de él derivan.

⁹¹ **ibid.** pág. 223.



- Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Ejemplo: El estado de casado puede transformarse en estado de divorciado.
- Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.
- Imprescriptibilidad: El transcurso del tiempo no altera el estado de familia”.⁹²

Para López Herrera, el estado de familia posee las siguientes características: “El estado de familia es inherente a la persona. No puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular. No puede ser transmitido mortis causa. No pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores (por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos)”.⁹³

2.6.8 El parentesco

El parentesco es una institución que nace como parte integral del derecho de familia. Según López Herrera: “El parentesco es el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción”.⁹⁴

⁹² Álvarez, **Op. Cit.** pág. 126.

⁹³ López, **Op. Cit.** pág. 229.

⁹⁴ **Ibid.** pág. 235.



En nuestra legislación (Artículos 190 al 198 del Código Civil), existen las siguientes clases de parentesco:

- Parentesco por consanguinidad: Es el que vincula o liga a las personas que descienden unas de otras (padres e hijos, recíprocamente), o de un antepasado común.
- El parentesco por afinidad: Es el que vincula o liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.
- Parentesco por adopción: Existe entre adoptante y adoptado (en la adopción simple) o entre el adoptado y sus parientes y los consanguíneos y afines de los adoptantes (en la adopción plena).

En el ámbito del derecho de familia, los principales efectos del parentesco son los relativos al derecho recíproco a alimentos y de visitas. Además, el parentesco por consanguinidad es el presupuesto de la vocación hereditaria legítima.

Otros efectos son que, el parentesco constituye presupuesto de impedimentos matrimoniales en la consanguinidad, la afinidad y la adopción. Confiere legitimación para la oposición a la celebración del matrimonio y para deducir la acción de nulidad del matrimonio. Confiere legitimación para promover la acción de interdicción. Confiere derecho a ejercer la tutela y la curatela legítima, etcétera.



En cuanto a los efectos penales y procesales, el elemento integrante del tipo – en el supuesto caso del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar o en el caso de matrimonio ilegal, si el impedimento es de parentesco que dirime las nupcias–. Calificación agravante del delito –en el homicidio, lesiones, corrupción y prostitución, violación)–. Eximente de responsabilidad –hurto, defraudaciones y en el caso del encubrimiento–.

En el ámbito del derecho procesal, el parentesco puede operar como causal de recusación y excusación de magistrados y funcionarios judiciales. Y para no declarar en contra de familiares sindicados.

Según los Artículos citados (190 al 198 del Código Civil) y según nuestro criterio, los conceptos básicos que conforman la institución del parentesco, son los siguientes:

- Grado: Es el vínculo entre dos individuos, formado por la generación. Es el vínculo o relación determinado por la generación biológica (entre ascendientes y descendientes hay tantos grados como generaciones).
- Línea: Es la serie no interrumpida de grados, o sea de generaciones biológicas. La línea también se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por una ascendencia común, aunque cada cual pertenezca a distintas ramas (caso de los parientes colaterales).

- 
- Tronco: Es el ascendiente común de dos o más ramas. Aquel de quien, por generación, se originan dos o más líneas (descendientes), las cuales, por relación a él, se denominan ramas.
 - Estirpe: Raíz y tronco de una familia o linaje.

Mediante el “cómputo” se establece el grado de parentesco existente entre las personas dentro de la familia. Este cómputo se hace de dos formas distintas, según que las personas cuyo grado de parentesco se quiere establecer se encuentren o no en la misma línea:

- Línea recta. Se llama línea recta descendente, a la serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes. Se llama línea recta ascendente, a la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes. En la línea recta, ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones.
- Línea colateral. Se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por un ascendiente común o tronco. Los grados se cuentan también por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Los hermanos están en segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos en el cuarto, etcétera.

En conclusión, la importancia de la familia estriba principalmente en dos pilares fundamentales para la existencia del ser humano: por un lado, la familia brinda al recién nacido protección, cuidado y cariño, enseñándole a través de esas cosas reglas de comportamiento, dónde está el peligro, qué cosas no se deben hacer, cómo ser sano, cómo ser saludable, qué significa cada sensación, etcétera. Esto es así ya que un bebé (de cualquier tipo, no sólo humano) al ser abandonado sin ningún tipo de cuidado o protección de posibles peligros no podría sobrevivir por sí solo. Para los seres humanos, el cuidado y la protección de los padres es necesaria hasta la edad de la adultez, momento en el cual se entiende que la persona ya puede valerse y cuidarse por sí misma; en fin, en primer término, la importancia de la familia radica en que es una institución eminentemente social tutelar de los seres humanos y un mecanismo para perpetuar la especie.

Pero otro de los factores más importantes de la familia, especialmente de la humana, es la posibilidad de establecer una comunicación con otros seres, fenómeno que le permitirá al individuo, luego, adaptarse a la sociedad en la que viven otros individuos. Se estima usualmente que al recién nacido suele llevarle un tiempo comprender que la madre es un ser distinto a él mismo y allí es donde cumple un rol fundamental el padre, separándolos pero también permitiéndole al bebé comprender lentamente que es parte de algo mayor que sí mismo.



CAPÍTULO III

3. Del matrimonio y la unión de hecho

Habiendo entendido los orígenes de la institución de la familia, desde sus anales romanos. Y conociendo la importancia social, humana e individual de la familia y de la rama del derecho creada para tutelarla, es preciso ahora, acercarnos un poco más al tema toral de la tesis, el cual ya hemos abordado en sus antecedentes también romanos, que son la fuente histórica de su existencia. Puesto que el matrimonio es parte de ese derecho de familia, porque el matrimonio es la base común de la institución familiar y porque el matrimonio es la familia. Al mismo tiempo observaremos lo referente también a la unión de hecho, que en el área de derecho romano también analizamos como “concubinato”, y por tratarse de instituciones semejantes, que guardan un mismo fin ulterior, es indispensable conocer y relacionar con el matrimonio.

El matrimonio y la unión de hecho modifican el estado civil de las personas que los contraen. Para entender de una mejor manera estas modificaciones es necesario conocer más sobre estos temas, los cuales explicamos a continuación.

3.1 El matrimonio

El matrimonio es la base necesaria de la familia legítima. Basta recordarlo para comprender su trascendencia en todo el derecho de familia y más aún en toda la organización social.



Según Ignacio Sáenz: “Una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primer 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 de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores estados”.⁹⁵

Doctrinariamente se definió el matrimonio romano, basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas, como: “Conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divine et humane juris communicatio”⁹⁶, que significa: unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del derecho humano y del divino.

Puig Peña lo define como: “El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio de procreación y educación de los hijos”.⁹⁷

Otros autores lo denominan como: “El matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. Más

⁹⁵ Sáenz, Ignacio, **Del vínculo matrimonial y otras uniones civiles**, pág. 44.

⁹⁶ Varios Autores, **El matrimonio civil**, pág. 08.

⁹⁷ Puig Peña, Federico, **Tratado de derecho civil**, pág. 67.



brevemente, es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida”.⁹⁸

Según los doctrinarios, Planiol lo definió como: “Un acto bilateral, solemne en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes”.⁹⁹

Sara Montero lo define como: “La forma legal de constituir la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley”.¹⁰⁰

El Artículo 78 del Código Civil guatemalteco lo define 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 auxiliarse entre sí”.

Entonces, a nuestro juicio, de las definiciones anteriores se pueden señalar las siguientes características:

⁹⁸ Borda, Guillermo, **El derecho civil**, Tomo I, pág. 49.

⁹⁹ Varios autores, **El matrimonio civil**, pág. 18.

¹⁰⁰ Montero, Sara, **Derecho civil constitucional**, pág. 114.



- Implica una unión del hombre y la mujer, unión que se traduce en derecho y deberes recíprocos. Para fortalecerla, la ley procura una división de trabajo y de potestades, y en determinados casos concede la decisión preponderante a uno de los esposos, generalmente al marido.
- Es una unión permanente; este carácter se manifiesta aun en los países que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando dos personas se casan, lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depare el destino, y aunque más tarde se divorcien y vuelvan a contraer nuevas nupcias, hay siempre en la institución un íntimo y connatural sentido de permanencia.
- Es monogámica; aunque algunos pueblos conservan todavía la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de singularidad. Y no solamente no se concibe más que un solo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual con otra persona que no sea su cónyuge. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución.
- Es legal; no basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia como en el caso del concubinato, o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley. Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de esta. Es claro que la noción del matrimonio no se

agota aquí, pues por encima de lo legal está su substancia moral y religiosa. De ahí que las normas jurídicas, religiosas y morales se disputen el dominio en esta materia y que, como una de las características más salientes de la historia de la institución es la lucha mantenida entre la iglesia y el estado afirmando su derecho exclusivo a regularla. Hace ya muchos siglos el matrimonio es la unión del marido y la mujer y la fusión de toda vida y comunicación del derecho divino y humano.

3.2 Fundamento legal

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en la sección primera, se regula lo relativo a la familia, en el Artículo 47: "Protección a la familia El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos".

Así también en el Artículo 49. "Matrimonio. El matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente".

También nuestro Código Civil, en el Artículo 92 regula los funcionarios que pueden autorizar el matrimonio: "Funcionarios que pueden autorizar el matrimonio. El



matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde”.

Reiteramos que en nuestro Código Civil, el Artículo 78 define al matrimonio así: “El matrimonio, institución social. El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”. Dedicando también nuestro Código Civil en el título II “De la Familia”, todo un capítulo entero, respecto al matrimonio.

Además la ley civil adjetiva guatemalteca, del Artículo 94 al 107, se regulan los matrimonios especiales, que serán objeto de análisis del último capítulo de esta tesis.

3.3 Elementos esenciales para la validez del matrimonio

Son elementos esenciales: el consentimiento de los contrayentes, el objeto, el reconocimiento de la norma a la manifestación de voluntad contenida en el acto jurídico y solemnidad; y se consideran como elemento de validez: la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad, el objeto ilícito y las formalidades.



3.3.1 El consentimiento

La voluntad de los contrayentes se manifiesta a través de la declaración expresa de los mismos. La concurrencia de voluntades en el sentido de unirse en matrimonio, forma del consentimiento.

El consentimiento es un requisito esencial para la existencia del matrimonio. Belluscio sostiene que: “Es la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro por la sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal. Se manifiesta externamente mediante la declaración de uno y otro cónyuge de tomarse respectivamente como marido y mujer”.¹⁰¹

En el derecho romano no era suficiente el consentimiento expresado en el momento inicial, debía perdurar para que el matrimonio continuase. Por lo tanto el consentimiento no debía ser solo inicial sino continuo. Afirma Belluscio que: “El consentimiento no era por lo tanto un elemento del matrimonio (como acto), sino del matrimonio (como estado). Por lo tanto, los elementos del matrimonio en el Derecho romano eran: 1) material –cohabitación–; y 2) moral –affectio-maritatis–”.¹⁰²

Expuesto lo anterior, a nuestro juicio, en el derecho moderno el consentimiento posee las siguientes características:

¹⁰¹ Belluscio, Dionisio, **El matrimonio civil contemporáneo**, pág. 25.

¹⁰² **Ibid.** pág. 26.



- Debe ser en principio expresado ante oficial público encargado del registro civil, y excepcionalmente, ante funcionario judicial.
- La recepción del consentimiento es un elemento esencial para la existencia del matrimonio.
- Prohibición de imposición de modalidades.

Explica Belluscio que: “El consentimiento matrimonial debe ser puro y simple y no puede estar sujeto a modalidades, lo que implica que esas modalidades no alteren los derechos y deberes emergentes del matrimonio. La mayoría de las legislaciones se muestran partidarios de la prohibición de imposiciones. La voluntad de los contrayentes debe estar libre de vicios”.¹⁰³ Se consideran como vicios del consentimiento los siguientes: el error, el dolo, la violencia y la simulación (Artículo 1257 Código Civil).

3.3.2 La capacidad

La capacidad es otro elemento que debe estar presente en el matrimonio para que este surta efectos en la vida jurídica. Castán Tobeñas la define como: “La aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas”.¹⁰⁴

¹⁰³ **Ibid.**

¹⁰⁴ Castán Tobeñas, José, **Derecho civil español**, pág. 32.



Al respecto, el Artículo 81 del Código Civil señala que la aptitud para contraer matrimonio la determina la mayoría de edad sin embargo, pueden contraerlo el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14.

No obstante, los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores o presentar autorización escrita de ellos, en forma auténtica, o judicial si procediere y, además, las partidas de nacimiento o, si esto no fuere posible, certificación de la calificación de edad declarada por el juez (Artículo 94 Código Civil).

3.3.3 La formalización

El matrimonio está investido de varias formalidades, las cuales deberán observarse para que este pueda nacer a la vida jurídica. Dichas formalidades son las siguientes:

- El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde (Artículo 92 del Código Civil).
- Los contrayentes deberán manifestar su voluntad ante el funcionario competente de la residencia o de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo



juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos que hará constar en acta (Artículo 93 del Código Civil).

- Estando presentes los contrayentes, procederá el funcionario que debe autorizar el matrimonio, a dar lectura a los Artículos 78, 108, 109, 110, 111, 112 del Código Civil; recibirá de cada uno de los cónyuges su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer y, en seguida, los declarará unidos en matrimonio.
- Una vez efectuado el matrimonio, el funcionario que lo autorice entregará inmediatamente constancia del acto a los contrayentes, razonará las cédulas de vecindad (si aun las poseen) y demás documentos de identificación que se le presenten, y enviará aviso a la Oficina de Registro de Nacional de las Personas (RENAP), dentro de los quince días siguientes a la celebración de dicho acto, para que se hagan las anotaciones correspondientes (Artículo 100 del Código Civil).
- Las actas de matrimonio serán asentadas en un libro especial que deberán llevar las municipalidades. Los notarios harán constar el matrimonio en acta notarial que deberá ser protocolizada, y los ministros de los cultos, en libros debidamente autorizados por el Ministerio de Gobernación (Artículo 101 del Código Civil).



- Dentro de los quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, el alcalde que lo haya autorizado deberá enviar al Registro Civil (Registro Nacional de las Personas –RENAP–) que corresponda, copia certificada del acta y los notarios y ministros de los cultos aviso circunstanciado.

3.4 Deberes y derechos que nacen del matrimonio

Los deberes y derechos que nacen del matrimonio son los siguientes:

- Apellido de la mujer casada: por el matrimonio, la mujer tiene el 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 (Artículo 108 del Código Civil).
- Representación conyugal: la representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar; de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar (Artículo 109 del Código Civil).
- Protección a la mujer: el marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas (Artículo 110 del Código Civil).



- Obligaciones de la mujer en el sostenimiento del hogar: la mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; pero si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, la mujer cubrirá todos los ingresos que reciba (Artículo 111 del Código Civil).
- Derechos de la mujer sobre los ingresos del marido: La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos del marido por las cantidades que correspondan para alimentos de ella y de sus hijos menores. Igual derecho compete al marido en los casos en que la mujer tenga la obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia (Artículo 112 Código Civil).

3.5 La unión de hecho

Según Bellucio: “Es la unión de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, siempre que exista hogar y vida en común, se haya mantenido constantemente por más de tres años ante familiares y relaciones sociales cumpliendo con los fines del matrimonio”.¹⁰⁵

Dicha institución de carácter social, cumple con fines similares al matrimonio, y busca dar legalidad a uniones anteriormente consideradas ilícitas e inmorales.

¹⁰⁵ Bellucio, **Op. Cit.** pág. 45.



3.5.1 Diferencias y similitudes con el matrimonio

- En el matrimonio sus efectos se producen a partir de la fecha de celebración del mismo. En la unión de hecho (Artículo 173 del Código Civil) sus efectos se retrotraen a partir de la fecha en que la misma se inició.
- Tanto el matrimonio como la unión de hecho declarada crean un estado permanente hasta su disolución: el primero con carácter de invariable, no así el segundo, que puede transformarse en estado matrimonial (Artículo 173 del Código Civil).
- Si bien los efectos de la unión de hecho declarada reflejan casi todos los efectos del matrimonio, en realidad corresponden a figuras jurídicas distintas.

3.5.2 La unión de hecho como institución social

Explica Bellucio que: “La unión de hecho se crea como una institución social con la finalidad de resguardar los valores familiares de aquellas personas que ha vivido maridablemente por un periodo de no menos de tres años”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ **Ibid.**



La Constitución Política de la Republica reconoce a esta institución social en su Artículo 49, el cual establece que: “El Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma.”

El Código Civil, en su Artículo 173, establece: “La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco”.

3.2.3 Requisitos para declarar la unión de hecho

La ley reconoce un estado de hecho siempre y cuando reúna los requisitos que esta exija. En tal efecto, son requisitos para autorizar la unión de hecho los siguientes (Artículo 173 al 175 del Código Civil:

- **Capacidad:** La ley exige que para declarar valida la unión de un hombre y una mujer deben contar con la misma capacidad para contraer matrimonio.
- **Vida en común:** Que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales,

cumpliendo con los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y el auxilio recíproco.

- **Formalidades:** Para que produzca efectos jurídicos es necesario que la unión de hecho se haga constar en acta levantada por Alcalde, en escritura pública o acta notarial requerida por notario.
- **Obligaciones registrales:** Dentro de los quince días siguientes, el alcalde o el notario dará aviso al Registro Civil jurisdiccional (Registro Nacional de las Personas –RENAP–), para que proceda a la inscripción de la unión de hecho; la certificación del acta municipal o el testimonio notarial, se presentarán al Registro de la Propiedad, si se hubieren declarado inmuebles, como bienes comunes.

3.2.4 Efectos de la unión de hecho

La unión de hecho debidamente inscrita en el Registro Nacional de las Personas –RENAP–, produce los siguientes efectos legales (Artículo 182 del Código Civil):

- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida, presunción contra la cual se admite prueba en contrario;



- Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno solo de ellos, a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad;
- Derecho de una de las partes a solicitar la declaratoria de ausencia de la otra y, una vez declarada, pedir la cesación de su unión con el ausente, liquidación del haber común y adjudicación de los bienes que le correspondan;
- En caso de fallecimiento de alguno de ellos, el sobreviviente puede pedir la liquidación del haber común y adjudicación de bienes, al igual que en el caso del inciso anterior; y
- Sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio.

En cuanto este último requisito, es indispensable anotar que la sujeción de los unidos de hecho a los derechos de los cónyuges durante el matrimonio, conlleva el derecho de la mujer a agregar el apellido de su cónyuge al suyo, lo cual constituye una modificación a su estado civil en cuanto a lo que el nombre se refiere.



3.2.5 Del apellido de la mujer casada o de la unida de hecho

Según Topher: “Esta costumbre se remonta a la edad media, cuando los matrimonios se convenían por el origen de la familia, siendo el patriarca el jefe de familia, todo lo referente al patrimonio familiar, debía llevar el apellido de este. Es por eso que deriva la anteposición ‘de’ para establecer el sentido de propiedad sobre los dotes de mujer”.¹⁰⁷

En nuestros días, la Ley reconoce esa costumbre como un derecho para la mujer regulado en el Artículo 108 del Código Civil. Lo cual genera una serie de efectos en la vida social de la mujeres; esto se debe a que muchas mujeres utilizan dicha adición a su nombre en distintos actos formales, como apertura de cuentas bancarias, negocios jurídicos (compraventas, mutuos, etcétera).

Sin embargo, el problema se genera al momento de la disolución del matrimonio o la unión de hecho, ya que este derecho se deja de gozar con el divorcio o la cesación de la unión. Al respecto el Artículo 171 del Código Civil, establece: “La mujer divorciada no tiene derecho a usar el apellido del marido”. En este sentido, todo acto realizado por la mujer adhiriendo el apellido del cónyuge, debe ser cambiado, para lo cual deberá realizar los trámites particulares y legales con el objetivo de que sus derechos le sean reconocidos con el nombre de soltera o en estado de libertad.

¹⁰⁷ Topher, August, **Historia de la institución del matrimonio**, pág. 155.



CAPÍTULO IV

4. Análisis de los requisitos y mecanismos de validez para la celebración de los matrimonios especiales

Como lo anunciamos en el último párrafo del primer capítulo, en esta última sección de la tesis, retomaremos una parte del Derecho Romano que dejamos pendiente, es decir, la parte de las nupcias romanas y sus rituales, así como su importancia social y su influencia milenaria en el Derecho moderno. ¿Por qué abordar este tema? Podría ser un cuestionamiento acertado: pues sencillamente porque el punto focal de análisis que presentamos es determinar si la variación entre las formalidades (rituales) del matrimonio civil guatemalteco común y los matrimonios especiales consignado en nuestra Código sustantivo, implican o no algún desvalor jurídico o social para dicha institución y para la institución de la familia.

4.1 Ritos de las nupcias romanas y su influencia simbólica en el matrimonio moderno

A propósito de las nupcias –nuptiae, boda casamiento–, verbo nupto –casarse– el autor Antonio Ortega Carrillo de Albornoz, resalta su origen común en nubo –raíz nub–, la equivalencia a tomar marido o casarse y tras un detallado análisis de influencias y derivaciones etimológicas nos conduce a la siguiente observación: “...es muy probable que se diese el nombre de nupta a la casada porque cubría su rostro con un velo. Es un



nombre derivado metafóricamente de nubes, porque estas ocultan el cielo. En latín obnubere significa cubrir y de ahí deriva también la denominación de las nupcias, porque en ese momento se velaban por primera vez la cabeza de las novias”.¹⁰⁸

Aunque hay matices en los que difieren los términos matrimonio y nupcias, ambos hacen referencia a la unión hombre y mujer, si bien “...en puridad y debido a su distinta raíz etimológica, el termino matrimonio alude preferentemente al varón porque es él quien lleva a la casa a una mujer legitima; mientras nupcias se conecta más bien con la mujer, pues tan solo de ella se dice que es nubilis (nubil, casadera)”.¹⁰⁹

Muy sutil es el análisis de la realidad social que desarrolla éste autor al hablarnos del empleo actual del término matrimonio, en un contexto en el que no se atiende a las connotaciones esenciales del razonamiento etimológico y significado primigenio, lo que nos puede producir un cierto desconcierto por la inviabilidad etimológica y por la indeterminación de los sujetos: “...no creemos que la voz matrimonio sea la más adecuada para institucionalizar tales uniones (personas del mismo sexo), salvo forzando el significado primigenio del término”.¹¹⁰

Antes de llegar a esta afirmación, se puede comprobar que el autor no ha escatimado esfuerzos en realizar un exhaustivo estudio del lenguaje técnico y científico del derecho,

¹⁰⁸ Ortega Carrillo De Albornoz, Antonio, **Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas, la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno**, pág. 11.

¹⁰⁹ **Ibid.** pág. 12.

¹¹⁰ **Ibid.**



demostrando la falta de ambigüedad del término matrimonio, y resolviendo las cuestiones semánticas para no incurrir en una posible ficción.

La trayectoria de la palabra “boda” para que tenga una convergencia con la idea de matrimonio y nupcias requiere muchas apreciaciones singulares que el citado autor nos describe: “Bodas y matrimonio se identifican definitivamente por la realización de votos y promesas que se intercambian marido y mujer con objeto de vincularse recíprocamente en su andadura vital. El recorrido del término casamiento –acción y efecto de casarse–, el análisis del verbo casar –en sentido estricto y amplio–, el entronque con el termino latino casa –choza, cabaña, casa– en el sentido primitivo de “poner casa aparte”, salir de la casa de los padres, llevar a la mujer a la casa –suele entenderse como casarse con ella–, domum ducere alicuam, es una confirmación de esto último acudiendo a un texto de Terencio que guarda relación con la conocida deductio in domum mariti”.¹¹¹

Los esponsales no representan el matrimonio mismo en sentido estricto, sino tan solo la promesa de realizarlo. En esta línea de pensamiento, el análisis proporciona una completa visión recordatoria de la evolución y funcionalidad del término, desde sus orígenes, derivaciones, concordancias y trascendencias diferenciales en el marco de la fuerza vinculante y obligatoria que representaba la promesa en el contexto romano y la desconexión en el cuadro legal actual (la promesa no produce obligación de contraerlo, y, simplemente se tendrán que resarcir los gastos realizados en consideración al

¹¹¹ **Ibid.** pág. 14.



matrimonio prometido). Al respecto de lo dicho, en nuestro Código Civil el Artículo 80 regula: “Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, pero dan lugar a demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas con promesa de un matrimonio que no se efectuó”.

Ahora bien, Cisneros Ojera nos explica que: “...creemos que con las palabras *consortium omnis vitae*, Modestino quiso poner de relieve que el consorcio que el matrimonio entraña, lo es en todas las cosas de la vida; el jurista alude a la *comunidad doméstica* en la que el marido y la mujer participan recíprocamente de sus proyectos, de sus logros y fracasos, venturas y desventuras que el destino y el común esfuerzo les depara”.¹¹² En nuestro Código Civil se adopta una corriente que sigue ese sentido, puesto que el Artículo 78 regula que los fines del matrimonio son: “...vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

El Derecho Romano respecto al “ánimo de permanencia” –regulado así en el Artículo 78 del Código Civil–, confirma el auténtico sentido de *omnis vitae* –no perpetuidad en sentido estricto, sino más bien, como unión duradera y estable, descartando la condición de temporalidad, lo que respondería mejor al sentido práctico y liberal de los romanos–; sobre “*consortium omnis vitae*”, Cisneros nos indica que: “La defensa de la clasicidad de los términos empleados por Modestino en su definición de matrimonio es algo que merece la pena destacar. Como es sabido, algunos autores han dudado de la clasicidad tanto de la expresión ‘*consortium omnis vitae*’ como ‘*divini et humani iuris*’

¹¹² Cisneros Ojera, Marco Antonio, **Subjetivismo en el derecho romano y su influencia en el derecho civil moderno**, pág. 42.



comunicatio'. El empleo adecuado de los textos y la exegesis realizada no dejan demasiadas brechas que nos permitan discrepar en esencia de su clasicidad". Con ello confirmamos dos teorías, el Derecho Romano era discriminatorio respecto de la unión matrimonial, puesto que solamente una clase de personas podrían contraerlo, es decir, los ciudadanos romanos que hubieran alcanzado cierto grado de madurez económica y social. Situación que se replica relativamente en nuestro sistema, al exigir a los extranjeros (es decir, no ciudadanos guatemaltecos) y a los menores de edad, otras exigencias, podríamos decir, más estrictas que a los ciudadanos guatemaltecos y mayores de edad (Artículo 81, 82, 83 y 96 del Código Civil).

Afirma el autor Cisneros que "divini et humani iuris comunicatio" es un elemento distinto del "consortium omnis vitae", si bien, en su opinión lo clarifica y completa: "En efecto, el matrimonio es un consortium, pero muy especial, en el que los socios no solo participan en las cosas humanas sino también en aquellas relacionadas con la moral y lo religioso".¹¹³

Con relación a las ceremonias nupciales, el autor Cisneros destaca que: "...no son formalidades exigidas para unirse en matrimonio sino que tenían la finalidad de aportar pruebas".¹¹⁴ En efecto, el Derecho Romano nunca exigió una forma específica en su trazado evolutivo. Las previsiones formales en determinados supuestos de clases elevadas se situaban más bien en el campo del reforzamiento de las pruebas. Las costumbres sociales habían ido creando un elenco de ritos para todo lo concerniente a

¹¹³ **Ibid.** pág. 48.

¹¹⁴ **Ibid.** pág. 60.



las nupcias –ya, incluso, desde la elección del día más propicio para celebrar un acto tan trascendental en la vida–. Indica Cisneros que: “Como es bien sabido, los romanos estaban impregnados de supersticiones y creencias populares. La mejor fecha para el acto nupcial, como nos recuerdan algunas apreciaciones de Ovidio, ‘era aquella que seguía a los idus de junio, es decir, en su segunda quincena a partir del día trece, y sobre todo, una vez concluidas las ceremonias de la purificación de Vesta en el Tiber, que se celebraban a partir del día 16 de junio’. Si continuamos en el ámbito de las supersticiones, cabría recordar con él, algunas de las referencias de Terencio, Macrobio, Varron, Lucano, Nonius Marcellus, etc. Entre las cuales destacaremos el habitual sacrificio, en honor a los dioses, de un buey o un cerdo –en público o en el *atrium de la casa de la novia*–. Las oscilaciones costumbristas acabaron prestando más atención a Juno –divinidad nupcial– e Himeneo –el dios de las bodas por excelencia–”¹¹⁵

Cabría señalar finalmente –agrega Cisneros–: “...la necesaria presencia del ‘auspex nuptiarum’, como advertía, entre otros, Cicerón. Llegada la víspera de la boda nos relata, con toda clase de detalles, los aspectos más sustanciales que englobaban las creencias populares y la tradición a este respecto”.¹¹⁶ Para efectos prácticos, nosotros vamos a resaltar solo algunos matices dispersos con objeto de evitar la excesiva redundancia de lo informado: el ritual cargado de significado que simbolizaba que la niñez había quedado atrás –consagrar los juguetes de la infancia a una diosa, despojarse de vestidos infantiles y el uso de una túnica blanca suelta–. La

¹¹⁵ **ibid.** pág. 61.

¹¹⁶ **ibid.** pág. 62.

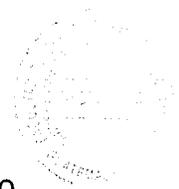


ornamentación y el engalanamiento del pórtico y la entrada a la casa con las flores más representativas de la inmortalidad y la victoria del espíritu –mirto y laurel, entre otras–.

Seguimos: la túnica nupcial ceñida por la cintura, el peinado especial, la insustituible presencia de la prónuba (madrina de boda), la confección del nudo por esta – simbolizando la esclavitud amorosa–, el distintivo esencial y signo nupcial por excelencia –el velo–, lo innecesario de la realización de las “*tabulae nuptiales*” (impresiones o noticias sociales que anuncian la boda) –aunque se fuera extendiendo la costumbre de formalizarlas en tiempos del principado–, la “*dextrorum iunctio*” (acto de unión) –que ejecutaba la prónuba (madrina nupcial) uniendo la mano derecha de los contrayentes– y el banquete nupcial, etcétera.

Como vemos, todos aquellos ritos romanos realizados en nombre de dioses, ahora considerados paganos, se replican en las costumbres del mundo occidental, en uniones celebradas en ritos al servicio del Dios de los cristianos.

Uno de los ritos más relevantes al que siempre se hace referencia en temas nupciales es el de la “*deductio in domum mariti*”. Explica Cisneros que: “...se trata, como es bien sabido, de un hecho que ha llevado a afirmar a cierto sector de la doctrina que constituye el elemento esencial de las nupcias –junto a la ‘*affectio maritalis*’–. Si bien, la teoría que prevalece actualmente a este respecto se centra más en considerar que es el consentimiento el elemento clave para su determinación –*consensus facit nuptias*–. Nosotros, sin cuestionamiento alguno, consideramos la *deductio* como uno de los ritos



más significativos para dar publicidad al evento matrimonial y como refuerzo probatorio del mismo para deducir la voluntad e intención de iniciar una vida conyugal”.¹¹⁷

El comentario del ritual repleto de datos y anécdotas es sin duda llamativo. Desde la preparación de la comitiva –encabezada por los músicos–, que recogía a la novia a la caída de la tarde –tres jóvenes de ambos sexos–, uno de ellos portaba una antorcha, según Cisneros, de “pinus” (pino), el conjunto de familiares y amigos pronunciando exclamaciones mientras avanzaban hasta llegar a la casa del marido y entonces ella arrojaba los restos de la antorcha –los romanos consideraban que había una conexión simbólica entre la vida y la antorcha–, la especie de perdurabilidad de la superstición cuando la novia actual lanza el ramo entre sus amigos. Agrega Cisneros que: “...de los diferentes actos que se realizaban –por ejemplo, la costumbre de arrojar nueces a la chiquillería, es muy probable que la práctica de esta costumbre indique la renuncia a los juegos infantiles, aunque otros autores las consideren como fruto simbólico del amor y la fecundidad–, hasta la llegada a la casa en la que la mujer, con ayuda de la prónuba, ungía con un paño de lana el dintel y las jambas de la puerta con aceites perfumados y grasa de cerdo o de lobo con la finalidad de propiciar a las diferentes divinidades a las que se consagraba la entrada de la casa, y los diferentes componentes de la misma – culto a las pseudo-divinidades–, los posibles adornos de la puerta con cintas de lana – representando la virtud y la castidad–, etc.”¹¹⁸

¹¹⁷ **Ibid.** pág. 68.

¹¹⁸ **Ibid.** pág. 69.



La fórmula utilizada para entrar la mujer en la casa del marido, las palabras que pronunciaban ambos esposos en esta fase y la respuesta de la novia –en una primera época el uso del praenomen feminizado del marido y posteriormente el de Gaya (diosa de la tierra), que podría indicar, ficticiamente, buena esposa y ama de casa–, la importancia de no pisar el umbral de la casa para evitar la mala suerte –de ahí la costumbre de traspasarlo suspendida en volandas por quienes la acompañaban–, y la entrega de las llaves una vez traspasado el umbral.

El rito de los tres ases encerraba mucha simbología –uno se entregaba al marido con la idea de recibir comprensión y respeto, otro, que portaba la mujer en el calzado, lo depositaba en el lararium como ofrenda, y el tercero, en opinion de Cisneros: “...era depositado en el altar donde estaban las imágenes de los Lares tutelares de las encrucijadas más próximas al domicilio conyugal para que la acogiesen benévolamente”.¹¹⁹

Entre los ritos finales, recordaremos con el denominado “aqua et igni accipere” –la recepción del marido a la mujer ofreciéndole agua en un aguamanil y fuego en un tizón o ramita a medio quemar–, según Cisneros: “...el valor simbólico que debería atribuirse al mismo –el agua lava y purifica, el encuentro con el estado de pureza–, algo parecido al bautismo cristiano, y el fuego con su función purificadora. Como afirma el autor recién citado: “El agua y el fuego no deben ser contemplados solo bajo su carácter purificador, sino que al mismo tiempo, eran los elementos esenciales que simbolizaban la unión

¹¹⁹ **Ibid.**



conyugal –fuego equiparado simbólicamente al varón, el agua a la hembra, como avalan las fuentes–”.¹²⁰

Como es evidente, en los rituales de las nupcias romanas, si bien es cierto existía una impresionante costumbre y solemnidad simbólica, más de carácter social que jurídico, podemos encontrar tremendas semejanzas con los rituales de las nupcias modernas. Y en cuanto a las formalidades del matrimonio civil guatemalteco, que ya abordamos en el capítulo precedente, encontramos únicamente el cumplimiento de ciertos requisitos personales y otros formales que se llevan a cabo durante la ceremonia por el facultado para autorizar el matrimonio.

4.2 Matrimonios especiales en la legislación civil guatemalteca

Matrimonio es una unión entre dos personas que cuenta con un reconocimiento social, cultural o jurídico, y tiene por fin fundamental la fundación de un grupo familiar, aunque también para proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia; o sea una protección tanto jurídico como económica y emocional. Puede ser motivado por intereses personales, económicos, sentimentales, de protección de la familia; o como medio para obtener algunas ventajas sociales.

El matrimonio es una unión pactada. Si bien dicho pacto no tiene siempre por qué ser establecido por las partes contrayentes que van a formar el nuevo núcleo familiar; sino

¹²⁰ **ibid.** pág. 72.



que en ocasiones la unión se realiza mediante un pacto previo entre las familias de los contrayentes.

Ahora bien, en cuanto a los matrimonios especiales, podemos definirlos como aquellos que, para su celebración y validez, la legislación exige a los contrayentes la concurrencia de requisitos especiales, distintos y/o adicionales al matrimonio común u ordinario, derivado de las características particulares de cada uno de estos.

Por lo anterior, para entender cuáles son los requisitos especiales de los matrimonios especiales, primero es preciso conocer cuáles son los requisitos generales solicitados en los matrimonios comunes, de conformidad con los siguientes Artículos del Código Civil:

Artículo 93. “Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes, que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales, y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona”.



Artículo 97. “La Constancia de sanidad es obligatoria para ambos contrayentes. Será extendida en los centros de atención médica públicos o por un médico y cirujano colegiado activo, haciendo constar que la persona examinada no padece de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o la descendencia, o que no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación”.

Artículo 99. “Estando presentes los contrayentes, procederá el funcionario que debe autorizar el matrimonio, a dar lectura a los Artículos 78, 108 a 114 de este Código; recibirá de cada uno de los cónyuges su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer y, en seguida, los declarará unidos en matrimonio. El acta deberá ser aceptada y firmada por los cónyuges y los testigos, si los hubiere, poniendo su impresión digital los que no sepan hacerlo, además del funcionario autorizante”. (sic.)

Artículo 100. “Una vez efectuado el matrimonio, el funcionario que lo autorice entregará inmediatamente constancia del acto a los contrayentes, razonará las cédulas de vecindad y demás documentos de identificación que se le presenten, y enviará aviso a la Oficina de Registro de Cédula de Vecindad respectiva, dentro de los quince días siguientes a la celebración de dicho acto, para que se hagan las anotaciones correspondientes”.



Artículo 101. “Las actas de matrimonio serán asentadas en un libro especial que deberán llevar las municipalidades. Los notarios harán constar el matrimonio en acta notarial que deberá ser protocolizada, y los ministros de los cultos, en libros debidamente autorizados por el Ministerio de Gobernación”.

Artículo 102. “Dentro de los quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, el alcalde que lo haya autorizado deberá enviar al Registro Civil que corresponda, copia certificada del acta, y los notarios y ministros de los cultos aviso circunstanciado. La falta de cumplimiento de esta obligación será sancionada, en cada caso, con multa de uno a cinco quetzales, que impondrá el juez local a favor de la Municipalidad”. (sic.)

Según la Ley del Registro Nacional de las Personas –RENAP–, se debe dar aviso al Registro Civil de las Personas del lugar de nacimiento de los contrayentes para la anotación aludida, en virtud de la sustitución de la Cédula de Vecindad por el Documento Personal de Identificación –DPI–, ver Artículo 92 de la Ley del RENAP.

Ahora bien, en cuanto al Artículo 101 citado en líneas anteriores, entiéndase por Protocolar: acto de incorporar un documento al registro notarial (protocolo) bien sea por mandato de ley, por orden de tribunal competente o por requerimiento del interesado, (ver Artículo 63 del Código de Notariado).



El aviso circunstanciado aludido en el Artículo 102 del Código Civil, debe enviarse al Registro Civil de las Personas correspondiente según los Artículos 67 y 70 literal b) de la Ley del RENAP, y según Artículos 16 y 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro Civil de las Personas, Acuerdo del Directorio del RENAP No. 176-2008.

En resumen, estos son los requisitos que normalmente deben llenarse en un matrimonio común:

- Certificación de la partida de nacimiento de ambos contrayentes.
- Cédula de Vecindad o Documentos Personales de Identificación.
- Constancia médica de ambos contrayentes.
- Celebración en Acta Notarial firmada por los contrayentes.
- Razonar las Cédulas de Vecindad. Si hay DPI, los contrayentes deben actualizar su estado civil en el RENAP.
- Se debe entregar constancia del acto a los contrayentes.
- Remitir aviso circunstanciado al RENAP.
- Protocolización del acta notarial de matrimonio.

Sabido lo anterior, ahora podemos entrar de lleno a los requisitos y mecanismos de validez de los matrimonios especiales, según la legislación civil guatemalteca:



4.2.1 Matrimonio por poder

Es un matrimonio especial que se encuentra regulado en el Artículo 85 del Código Civil, que ocurre cuando uno de los cónyuges no puede acudir materialmente al acto de la celebración del matrimonio, por lo que encarga a un mandatario especial suplir su presencia y realizar los actos formales del matrimonio en su nombre . Al respecto, el *citado Artículo establece:*

Artículo 85. “El matrimonio podrá celebrarse por poder. El mandato debe ser especial, expresar la identificación de la persona con la que debe contraerse el matrimonio y contener declaración jurada acerca de las cuestiones que menciona el Artículo 93. La revocatoria del poder no surtirá efecto si fuere notificada legalmente al mandatario cuando el matrimonio ya estuviera celebrado”.

Por lo anterior, se colige que las formalidades requeridas en los “matrimonios por poder”, son las siguientes:

- Certificación de la partida de nacimiento de ambos contrayentes.
- Cédula de vecindad o Documentos Personal de Identificación.
- Constancia médica de ambos contrayentes.
- Testimonio de la escritura pública de Mandato especial con representación.

- 
- El poder debe contener lo siguiente: Expresar la identificación de la persona con la que debe contraerse el matrimonio. Contener declaración jurada acerca de las formalidades del matrimonio del Artículo 93 del Código Civil.
 - Celebración en Acta Notarial firmada por un contrayente y por el mandatario.
 - Razonar la cédula de vecindad.
 - Si hay DPI los contrayentes deben actualizar su estado civil en el RENAP.
 - Entregar constancia del acto a los contrayentes.
 - Remitir aviso circunstanciado al RENAP.
 - Protocolización del acta notarial de matrimonio.

4.2.2 Matrimonio celebrado fuera de la República

Se trata de un matrimonio especial, celebrado fuera del territorio nacional de Guatemala, entre dos contrayentes, pudiendo ser ambos guatemaltecos o solo uno de ellos. Siempre y cuando se cumpla con las normas jurídicas del lugar de celebración del matrimonio y que no exista impedimento legal para el efecto, de conformidad con los Artículos 78, 88 y 89 del Código Civil.

Se incluye el Artículo 78, puesto que este refiere que el matrimonio ocurre entre un hombre y una mujer. Es decir, en Guatemala no es válido el matrimonio entre personas de un mismo sexo, aunque en otros países sí lo sea.



El Artículo 86 de nuestra ley civil sustantiva, regula que. “El matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, producirá todos sus efectos en la República, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por algunas de las causas que determina este Código”.

Por lo tanto, los requisitos y obligaciones para validar legalmente este tipo de matrimonio especial en Guatemala, son los siguientes:

- Aviso consular por la vía directa: formulario remitido por servicios consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores. Ver Artículo 17 del Reglamento de la Ley del Registro Nacional de las Personas.
- Aviso consular por la vía notarial: testimonio del acta de protocolización del matrimonio celebrado en el extranjero con los pases de ley.
- Duplicado debidamente numerado, firmado y sellado.

4.2.3 Matrimonio de menores de edad

Es el matrimonio celebrado entre dos contrayentes, cuando ambos o uno de ellos es menor de edad. El hombre debe ser mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años. Debe mediar para el efecto, autorización expresa del representante o de los representantes legales de cada menor (padre y/o madre que ejercen la patria potestad, o el tutor).



Si no mediara esta autorización, podrá concederla el juez competente (dispensa judicial), siempre y cuando los padres se encuentren ausentes, enfermos o no puedan otorgarla por cualquier otro motivo. En caso de negativa de los padres o de alguno de ellos, el juez podrá autorizar que el menor o menores contraigan matrimonio, cuando la negativa no se funde en motivos razonables.

La mujer menor de catorce años, en principio, no podrá contraer matrimonio, a excepción que antes de dicha edad hubiera concebido y concurra el consentimiento de su o de sus representantes legales. Al respecto de lo dicho en líneas precedentes, el Código Civil regula:

Artículo 81. “Aptitud para contraer matrimonio. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determinan los Artículos siguientes.

Artículo 82. “La autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo, la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o la madre adoptante. A falta de padres, la autorización la dará el tutor”.

Artículo 83. “Autorización judicial. Si no puede obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de



uno de los progenitores; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez de Primera Instancia del domicilio del menor”.

Artículo 84. “En caso de desacuerdo de los padres o de negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren razonables”.

Artículo 89. “No podrá ser autorizado el matrimonio:... 2. Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela...”

En resumen, los requisitos y mecanismos al celebrar este tipo de matrimonio especial, son los siguientes:

- Los menores deben comparecer con sus padres en el acto de matrimonio a falta de ellos, con tutor.
- Debe mediar autorización de los padres del o de los contrayentes, en el acta de matrimonio o por aparte.
- Autorización del padre o la madre que ejerza la patria potestad del menor. Autorización del tutor que ejerza la tutela del menor, o autorización judicial.
- Certificación de la partida de nacimiento de ambos contrayentes.
- Cédula de vecindad o Documento Personal de Identificación.



- Constancia médica de ambos contrayentes.
- Celebración en Acta Notarial firmada por los contrayentes.
- En caso de menores de edad debe consignarse en el registro el tipo de autorización obtenida para la realización del acto.
- Razonar la cédula de vecindad.
- Si hay DPI los contrayentes deben actualizar su estado.
- Se entrega constancia del acto a los contrayentes.
- Se remite aviso circunstanciado al RENAP.
- Protocolización del acta notarial de matrimonio.

4.2.4 Matrimonio de contrayente que fue casado

Es el matrimonio especial que se celebra cuando uno o ambos contrayentes fueron casados con otra u otras personas. Para el efecto deben comprobar varios aspectos: a) que el matrimonio anterior fue disuelto o declarado insubsistente (mediante la sentencia respectiva); b) que se garantizó la obligación de alimentos a favor de los hijos respectivos; y c) debe presentar el inventario de los bienes del menor, si tuviera estos bajo su administración.

En el caso de la mujer que fue casada, deben haber transcurrido trescientos días desde la disolución o nulidad del matrimonio o unión de hecho anterior, o bien, que dentro de ese plazo haya habido parto. O, que ella y su cónyuge anterior hayan estado separados o ausentes uno de otro durante esos trescientos días. Dicho plazo no es observable si



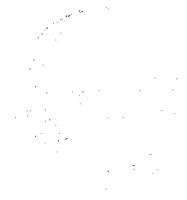
la nulidad del matrimonio fue por impotencia del marido anterior. Como puede verse, lo que la legislación protege es que la mujer no imponga al nuevo marido, un hijo que no es de él sino del marido anterior. Al respecto de lo dicho, el Código Civil regula:

Artículo 89. “No podrá ser autorizado el matrimonio:... 3. De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno...”

Artículo 95. “Contrayente que fue casado. El contrayente que hubiese sido casado, presentará el documento legal que acredite la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior; si hubiese tenido hijos, comprobará estar garantizada la obligación de alimentarlos; y si tuviere bienes de menores bajo su administración, presentará el inventario respectivo”.

En síntesis, los requisitos y mecanismos para celebrar este tipo de matrimonio especial, son los siguientes:

- Certificación de la partida de nacimiento de ambos contrayentes.
- Cédula de vecindad o Documento Personal de Identificación.



- Constancia médica de ambos contrayentes.
- Documento legal con el que acredite la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior.
- Si tuviere hijos comprobará estar garantizada la obligación de alimentos.
- Presentará inventario, cuando tuviere bienes de menores bajo su administración.
- Celebración en Acta Notarial firmada por un contrayente y por el mandatario.
- Se razonará la cédula de vecindad.
- Se entregará constancia del acto a los contrayentes.
- Aviso circunstanciado al Registro Nacional de las Personas.
- Protocolización del acta notarial de matrimonio.

4.2.5 Matrimonio de contrayente extranjero

Es un matrimonio especial, celebrado entre un contrayente nacional y un contrayente extranjero o guatemalteco naturalizado. Un guatemalteco naturalizado es aquel extranjero que mediante el trámite administrativo correspondiente, es asumido o naturalizado, como guatemalteco, sin que haya nacido en suelo nacional o sin que algunos de sus padres o ambos, sean guatemaltecos. (Véase Artículo 146 de la Constitución Política de la República).

Para contraer matrimonio, el contrayente extranjero o guatemalteco naturalizado, debe comprobar plenamente: a) su identidad; y b) su libertad de estado (es decir, que no se encuentra casado o unido de hecho en suelo nacional o extranjero).



Al respecto de este tipo de matrimonio especial, el Código Civil regula:

Artículo 96. “El contrayente que fuere extranjero o guatemalteco naturalizado, deberá comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado. Previamente a la celebración del matrimonio, se publicarán edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por el término de 15 días, emplazando a denunciarlo a quienes sepan de algún impedimento legal para el mismo. Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edictos éstos perderán su efecto legal”.

Al disgregar el contenido del Artículo anterior, establecemos los requisitos o mecanismos para la celebración y validez de este tipo de matrimonio especial, a saber:

- Previamente a la celebración del matrimonio, debe publicarse edictos en el diario oficial y en otro de mayor circulación durante 15 días, emplazando a denunciar quienes tengan conocimiento de algún impedimento para la celebración del mismo.
- Si el matrimonio no se celebra dentro de los 6 meses de publicados los edictos, pierden su efecto legal.
- Acreditación de la identidad del contrayente extranjero o guatemalteco naturalizado, de forma fehaciente.
- Acreditación de la libertad de estado del contrayente extranjero o guatemalteco naturalizado, de forma fehaciente.

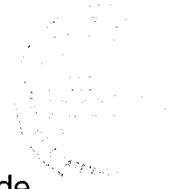


- Certificación de la partida de nacimiento de ambos contrayentes.
- Cédula o Documento Personal de Identificación.
- Constancia médica de ambos contrayentes.
- Celebración en Acta Notarial firmada por los contrayentes.
- Se debe razonar la cédula de vecindad.
- Si hay DPI los contrayentes deben actualizar su estado en RENAP.
- Se debe entregar constancia del acto a los contrayentes.
- Aviso circunstanciado al RENAP.
- Protocolización del acta notarial de matrimonio.

4.2.6 Matrimonio en Artículo de muerte

El matrimonio “in extremis” o “in Artículo mortis”, también llamado matrimonio por causa de muerte, hace referencia al matrimonio en el que uno de los contrayentes está a punto de morir, por lo cual las legislaciones permiten acelerar los trámites necesarios. Esta circunstancia de que uno de los contrayentes esté en peligro de muerte o próximo a ella, autoriza omitir inicialmente determinadas formalidades exigidas normalmente.

La norma general es que el matrimonio solo puede celebrarse después de haberse cumplido con todos los trámites y requisitos que establece la ley; sin embargo, existe un caso en el cual puede realizarse sin cumplir las formalidades y esto sucede cuando alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte.



El Artículo 105 del Código Civil regula: “Matrimonio en Artículo de muerte. En caso de enfermedad grave de uno de ambos contrayentes, podrá ser autorizado el matrimonio sin observarse las formalidades establecidas, siempre que no exista ningún impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos. El funcionario deberá constituirse en el lugar donde sea requerido por los interesados”.

Lo anterior significa que, cuando alguno o ambos contrayentes se encuentren enfermos de gravedad (esto es, a punto de morir), entonces, el funcionario con facultad para autorizar un matrimonio, deberá constituirse en el lugar donde se encuentre el contrayente enfermo para celebrarlo, sin cumplir con ninguna de las formalidades establecidas en las líneas precedentes de este capítulo.

El funcionario debe verificar que no exista ningún impedimento ostensible, evidente, manifiesto o notorio para celebrar el acto. Y el consentimiento de los contrayentes enfermos debe hacerse constar claramente. Es decir, por ejemplo, si la enfermedad del contrayente lo deja en estado de inconsciencia, impidiéndole que haga constar su voluntad ante el funcionario competente, entonces el matrimonio no podría celebrarse.

Como puede apreciarse, la finalidad de este tipo de matrimonio es permitir que las personas puedan casarse de una manera emergente. Con ello, se reconoce la importancia social y jurídica del matrimonio. Primero, porque se permite honrar con un acto de amor a la persona elegida (recordemos el contenido del Artículo 78 del Código

Civil, y esta afirmación cobra sentido). Segundo, se concede seguridad jurídica al cónyuge vivo, tanto para sí mismo como para los hijos, si los hubiera. Y claro, si más adelante se verificara una circunstancia que durante el tiempo emergente no pudo verificarse y que constituía un impedimento para celebrar el matrimonio, este sería declarado nulo o podría anularse.

De lo anterior, sustraemos los elementos y mecanismos para celebrar este tipo de matrimonio especial:

- Se exime de formalidades a esta clase de matrimonio, siempre que no exista ningún impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto.
- Debe constar claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos.
- El funcionario deberá constituirse en el lugar en donde sea requerido por los enfermos.
- Si hay DPI los contrayentes deben actualizar su estado en el RENAP.
- Entregar constancia del acto a los contrayentes.
- Aviso circunstanciado al RENAP.
- Protocolización del acta notarial de matrimonio.

4.2.7 Matrimonio de militares

Este matrimonio especial ocurre cuando los contrayentes son militares o pertenecen al Ejército. Siempre y cuando estén en campaña o en plaza sitiada. Este tipo de



matrimonio tiene la misma finalidad que el matrimonio en Artículo de muerte, puesto que presupone un riesgo inminente susceptible de causar con altas probabilidades la muerte de una persona.

El matrimonio se celebra ante el jefe del cuerpo o de la plaza. Este deberá verificar que no exista impedimento notorio que imposibilite la unión (lo cual es complicado, puesto que en la mayoría de los casos estos militares no son notarios o profesionales del Derecho, por lo que difícilmente podrán calificar algún impedimento legal para contraer matrimonio).

Dentro de quince días de terminada la campaña o levantado el sitio, se enviará el acta original del matrimonio, al Registro Civil que corresponda. En la actualidad se debe remitir al Registro Nacional de las Personas.

El Código Civil, sobre el tema, regula lo siguiente: Artículo 107. “Los militares y demás individuos pertenecientes al Ejército, que se hallen en campaña o en plaza sitiada, podrán contraer matrimonio ante, el jefe del cuerpo o de la plaza, siempre que no tengan ningún impedimento notorio que imposibilite la unión. Dentro de quince días de terminada la campaña o levantado el sitio, se enviara el acta original del matrimonio del Registro Civil que corresponda”.

Entonces, los requisitos y mecanismos para celebrar este tipo de matrimonio especial, son los siguientes:



- Los militares que se encuentren en campaña o plaza sitiada, podrán contraer matrimonio ante el jefe del cuerpo de la plaza, siempre que no tengan impedimento notorio que imposibilite la unión.
- Dentro de quince días de terminada la campaña o levantado el sitio se enviará el acta original del matrimonio al RENAP.

4.3 Corolario: la finalidad del matrimonio y la importancia de la familia, con prelación sobre las formalidades legales reguladas en los matrimonios especiales

Debido a que con el matrimonio se asumen públicamente, mediante pacto conyugal todas las responsabilidades que nacen del vínculo establecido. De ello resulta un bien no solo para los propios cónyuges y los hijos en su crecimiento afectivo y formativo, sino también para los otros miembros de la familia. De este modo, la familia fundada en el matrimonio es un bien fundamental y precioso para la entera sociedad, cuyo entramado más firme se asienta sobre los valores que se despliegan en las relaciones familiares que encuentran una mayor garantía en el matrimonio estable.

Por ello es que la aceptación de las diversas formas no comunes o no convencionales de matrimonio en la legislación civil guatemalteca, se convierte en un baluarte ante los fines jurídicos y sociales del matrimonio. Lo importante es que las personas asumen los



derechos y obligaciones que nacen del matrimonio aún cuando la celebración del mismo fue llevado a cabo por las rutas no ortodoxas pero sí aceptadas legalmente.

Entendida de esa manera la importancia de los matrimonios especiales, se comprende mejor por qué el matrimonio y la familia constituyen un bien para la sociedad que permite proteger un bastión social de gran relevancia para los cónyuges mismos, pues la familia y la sociedad natural existen antes que el Estado o cualquier otra forma de organización social formal.

La dimensión social del estatus civil de casado, postula el principio de seguridad jurídica, porque el hacerse esposa o esposo pertenece al ámbito del ser –y no del mero obrar–. La dignidad de este nuevo signo de identidad personal conlleva el derecho a su reconocimiento público y que la sociedad corresponda como merece al bien que constituye.

La primordial finalidad del matrimonio es lograr la felicidad conyugal, sin la cual no hay posibilidad de obtener ni siquiera una descendencia armónica, puesto que el tener hijos no es solo cuestión de darles vida física, sino también de brindarles una existencia ética y cultural, y esas cualidades no se desarrollan bajo el tempestuoso ambiente de un matrimonio mal avenido.



El matrimonio es la sociedad primaria y nuclear de la humanidad: el núcleo fundacional de la familia. Primer núcleo de la sociedad humana, comunidad primera y primaria en el orden de la socialidad humana.

El matrimonio constituye la base fundamental de todo el derecho de la familia y de el derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio solo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades. La importancia del matrimonio es vista claramente cuando entendemos por qué hay unión desde una perspectiva antropológica: compañía; criar hijos legítimamente; ayuda mutua; y orden social. Aplicado a valores personales supremos para con la pareja y con uno mismo, muchos hombres y mujeres, asumen la vida con fidelidad y compromiso pero sin sometimientos de la sociedad.

Su importancia se determino como un inicio para señalar que dos personas se unían, como un marcaje de que ya tenían pareja, la segunda que fue para darle una seguridad de que ni uno ni otro tendrían otras parejas ante la sociedad, y después se aplicaron los beneficios a la pareja. El matrimonio constituye la base fundamental de todo el derecho de la familia y de el derivan todas las relaciones, derechos y potestades.

Las instituciones familia y matrimonio eran consideradas como sinónimo y no como categorías diferentes pero a la vez una relacionada con la otra sin distinción alguna como ciencia y fenómeno social. Ello ha sido posible porque, a lo largo de la historia, se ha ido adaptando a las nuevas realidades de los tiempos.



Por tales fundamentos es necesario identificar el estado actual de la familia y el matrimonio como objeto de estudio, análisis y abordaje reciente, para conocer de manera científica los cambios a nivel estructural, funcional y vital, y en esa medida, sugerir el diseño de acciones que se ajusten a la diversidad y heterogeneidad de la familia y el matrimonio actual.

La familia es, también, una unidad de análisis compleja. No es posible hablar de ella como un organismo aislado del entorno económico, social y de su escenario histórico. Existen muchos organizadores sociales de la vida familiar. Entre ellos, la cultura, la política, la religión, las ideologías de género, de clase, de raza, el medio ambiente, con interdependencias recíprocas con lo económico, lo social, lo ideológico, lo psicológico, lo biológico, lo antropológico, lo demográfico y lo jurídico.

Los estudios de familia en la sociología son tan antiguos como la sociología como ciencia. Definitivamente la familia es una de las instituciones que ha despertado un *profundo interés entre los sociólogos y diversos profesionales que desde el perfil de sus especialidades se han aproximado a su estudio para enriquecer el conocimiento que sobre este tipo social tiene el hombre de ciencia actual.*

Sin embargo el matrimonio en la actualidad está en la comunidad de vida (valorada como algo más que la convivencia, ya que puede existir el matrimonio, aunque por motivos justificados no se mantuviere en hogar común) y el cariño que irradia a todas las relaciones familiares, pero que en el caso de matrimonio puede ser traducido como



“Amor”, con un sentido más lato que la palabra “Amor conyugal”, pues incluye amistad, inclinación recíproca, camaradería, apoyo moral, ayuda mutua, principalmente en la edad provista en las situaciones difíciles. También podemos hacer mención de un fin secundario, que sería la procreación desde antes valorada por algunos teóricos del Derecho de Familia, no como un fin del matrimonio, sino de la relación paterno-filial, por otro lado una unión no formalizada que se mantenía en el tiempo, lo que implicaba un acuerdo de voluntades o consentimiento continuativo, no era considerada como matrimonio y menos como familia. Solamente lo era cuando el consentimiento inicial se declaraba ante autoridad, con determinados requisitos y solemnidades.

El acto del matrimonio y su celebración ante la autoridad investida para ello, tiene como único objetivo, la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio, noción suprema por encima de los contrayentes.

La institución jurídica es el conjunto de reglas de derecho que se penetran unas a otras hasta el punto de constituirse un todo orgánico, comprendiendo una serie indefinida de relaciones de derecho y derivadas todas de un hecho único fundamental, de orden físico, biológico, económico, moral y social.

El matrimonio como institución jurídica tiene una existencia y un fin ya establecido y por encima de los contrayentes, que preside y rige un conjunto de reglas impuestas por el Estado o por la tradición, a las cuales los contrayentes no tienen más que adherirse, imponiéndose los efectos de la institución.



El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer una vida en común. Este sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en la ley civil.

Las instituciones familia y el matrimonio en nuestra actualidad, en todas las sociedades existen en una gran variación en las pautas familiares y matrimoniales en culturas diferentes. El matrimonio es una institución social muy extendida. Sin embargo, como en otros aspectos de la vida social, se considera familia, sus vínculos con el resto de la parentela, con quien le está a uno permitido casarse, cómo se seleccionan los esposos, los nexos entre el matrimonio y la sexualidad por tanto todo esto difiere ampliamente.

La familia occidental ha cambiado de forma notable a lo largo de los siglos. En la era actual también se están produciendo transformaciones fundamentales en la naturaleza de la familia y del matrimonio.

Partiendo de los criterios expuestos en el cuerpo de esta tesis, consideramos a la familia moderna como resultado de una redistribución de las funciones a nivel social, acrecentando su papel como agencia social. La familia moderna tiene tres funciones fundamentales: la procreación, la socialización del niño y la estabilización emocional del adulto.

Estas funciones son fundamentales para constituir cimientos sociales perdurables, que permitan a la colectividad vivir y convivir armónicamente. Por ello, el hecho de que en ciertos matrimonios especiales, como por ejemplo de Artículo de muerte o el de los militares, los requisitos para contraer la unión se obvien por razones fundadas, no implica que estos matrimonios sean menos importantes social, cultural y jurídicamente. Siempre debe preferirse o darse prelación a la finalidad de una institución jurídico-social, sobre las formalidades para constituirlos.

En resumen, se considera que el hecho de que la legislación civil permita a las personas casarse en situación excepcionales, sin requerirles la concurrencia de todas las formalidades comunes, se debe a que siempre ha de favorecerse la institución de la familia, fundada en el matrimonio, sobre cualquier requisito o formalidad exigible.



CONCLUSIONES

1. Desde el punto de vista del derecho romano podemos apreciar la importancia milenaria del matrimonio y de la familia. Nuestro derecho civil, que tiene sus bases y raíces en el derecho romano, ha adoptado la esencia de aquel; en las normas modernas se valoran todavía la importancia de ciertos rituales, aunque de una manera menos solemne, pero siempre influenciadas por su antecedente histórico.
2. El matrimonio como unión voluntaria entre dos personas –hombre y mujer–, tiene por finalidad la ayuda mutua entre los cónyuges, la procreación y crianza de los hijos, y la vida en común. Por ello, la legislación siempre ha dado más importancia a los fines del matrimonio, que a los rituales o formalidades para contraerlo. Esto podemos apreciarlo en nuestro Código Civil de forma evidente.
3. El hecho de que en algunos matrimonios especiales, como en Artículo de muerte o en el de los militares, la ley no exija la concurrencia de ciertas formalidades comunes para la regla general; no implica una deslegitimación o validez plena de la unión matrimonial, siempre y cuando la eficacia de sus fines se cumpla cabalmente, en beneficio de los cónyuges, de la descendencia, de la familia y de la sociedad.





RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los estudiantes de Derecho, a los juristas y a los operadores de justicia, ahondar sus conocimientos e incorporar a su acervo cultural y profesional, todo lo relativo a las normas del Derecho Romano que influyen nuestro ordenamiento jurídico civil, a efecto de entender con mayor grado nuestras instituciones civiles y poder comprender su finalidad social.
2. El Estado de Guatemala, a partir de sus Organismos y entidades autónomas y descentralizadas, deben cumplir sus fines en función de proteger al individuo, a la familia y a la sociedad. Todas las normas deben crearse y aplicarse con esa finalidad ulterior, puesto que la institución de la familia, dada su trascendencia, merece especial atención y suficiente tutela integral.
3. El Congreso de la República de Guatemala, cada vez que efectúe una reforma al Código Civil y la Ley del Registro Nacional de las Personas, debe otorgar prelación a los fines del matrimonio y a su importancia para la familia y la sociedad, sobre cualquier listado de formalidades o mecanismos de validez del vínculo matrimonial. Puesto que la forma no debe ser superior a la sustancia.





BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Cándido. **El ordenamiento jurídico y la familia.** (s.e.) (s.l.i) 2002.

ÁLVAREZ SOTO, Diego. **Manual del derecho de familia.** Ed. Sello Editorial Universidad de Medellín, Colombia, 2006.

ALZAMORA SILVA, Lizardo. **Derecho romano.** Ed. Taller de Argentina, Argentina, 2009.

ARISTÓTELES. **La política,** Ed. Ediciones Peisa, Perú, 2008.

ARRIAGADA, Irma. **Familias latinoamericanas,** Ed. Flacso, Chile, 2006.

BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Ed. Heliasta, Argentina, 2007.

BETANCOURT, F.. **Derecho romano clásico,** (s.e.) España, 2001.

BORDA, Guillermo. **El derecho civil.** Ed. Abeledo Bellot. España, 1999.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Editorial Estudiantil Fénix, USAC, Guatemala, 1998.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 2a ed. (s.e.), Guatemala 2000.

BURGUIERE, André. **Historia de la familia.** Ediciones UNAM, México, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Editorial Heliasta, Argentina, 2000.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español**. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 1981.

CLAUS, Andrew, **La familia y factores que la afectan**. Ed. Estudios UNAM, México, 2009.

DE ESTEBAN, Jorge. **Curso de derecho constitucional**. 2a ed. Ed. Ariel. Barcelona. 2001.

DI PIETRO, Alfredo. **Manual de derecho romano**, 4a ed, Ediciones Díaz, Argentina, 2004.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Editorial Fontarama, México, 2001.

DIAZ, Eusebio. **Instituciones de derecho romano**, 3a.ed, Ed. Librería Bosch, México, 2003.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. **Fundamentos de derecho privado romano**, 2a. ed, Ed. Excélsior, España, 2002.

GAMARRA PEREDA, Manuel. **Manual de derecho romano**. 2t.; (s.e.) Chile, 2001.

GARCIA DEL CORRAL, D. Idelfonso. **Cuerpo del derecho civil romano**, (s.e.) España, 2003.

GUZMAN BRITO, Alejandro. **Derecho privado romano, Tomo I**, 1a. edición, Ed. Gráficas de la Industria Avanzada, Perú, 2001.

IGLESIAS, J., **Derecho romano, historia e instituciones**. Ed. Talleres de Artes, Chile, 2007.

LASARTE ALVAREZ, Carlos. **Compendio de derecho civil**. Editorial Dykinson, España, 2000.

LIRONDA, Esteban, **Políticas públicas y la familia guatemalteca**, (s.e.) Guatemala, 2007.

LÓPEZ HERRERA, Francisco. **El derecho de familia**. 2a. ed.. Editorial UNESCO, España, 2007.

MARTIN LOPEZ, Enrique. **Familia y sociedad**. (s.e.) Argentina, 2001.

MARTÍNEZ KULTZ, S. **Mitos y fundamentos de la protección y la salud social**. (s.e.) Barcelona, 1998.

MARX, Carlos y ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**. Editorial Quinto Sol, México, 2007.

MARX, Carlos. **La ideología alemana**. Editorial Quinto Sol, México, 2007.

MURGA, J. L., **Derecho romano clásico II, El proceso**, 2a. ed. (s.e.) España, 2003.

OLMEDO, Lucas, **Derecho Civil esencial** (s.e.) Argentina, 2000.

ORELLANA, Giovanni. **Derecho civil sustantivo I y II**. Editorial Orellana, Guatemala, 2002.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, **Derecho privado romano**, (s.e.) España, 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 2a ed. Ed. Heliasta, Argentina, 2000.

OVANDO, Ester, **Derecho civil contemporáneo**, Editorial Taurus, España, 1998.

PANERO, R., **Derecho romano**, 5a. ed. Ed. Ortega, Argentina, 2009.

PÉREZ ADAN, José, **Familia y control social**. Editorial Trotta, España, 2000.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Editorial Arazandi, España, 1982.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, **Diccionario de la real academia de las leguas españolas**. 13a edición, Editorial Calpe, España, 2008.

RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos. **Prontuario de derecho romano**. 2a. ed. Ed. Amaru, Perú (s.f.i.)

TELLO JOHNSON, Jacinto. **Instituciones de derecho romano I**. Ed. Papelera, (s.l.i.) (s.f.i.)

TORRENT, A., **Manual de derecho privado romano**, (s.e.). España, 2001.

UNESCO. **La integración familiar moderna**. Editorial Naciones Unidas, Costa Rica, 2005.

VIDAL TAQUINI, Carlos. **El derecho de familia**. Editorial Astrea, Argentina, 1999.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Estado de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Estado de Guatemala.

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

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