

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

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA DISOLUCIÓN VOLUNTARIA DEL MATRIMONIO
Y EL CESE VOLUNTARIO DE LA UNIÓN DE HECHO**

MARÍA MARCELA GIRÓN BEHERENS

GUATEMALA, MARZO DE 2014.

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

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA DISOLUCIÓN VOLUNTARIA DEL MATRIMONIO
Y EL CESE VOLUNTARIO DE LA UNIÓN DE HECHO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA MARCELA GIRÓN BEHERENS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2014.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS 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 PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente (a):	Arnoldo Torres Duarte
Secretario (a):	Mirca Eugenia Irungaray López
Vocal:	Eddye Amel Azurdia

Segunda fase:

Presidente (a):	Crista Juárez de Ruíz
Secretario (a):	Lidia Argentina Velásquez
Vocal:	Mirca Eugenia Irungaray López

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

Guatemala, 13 de enero de 2014.

Doctor

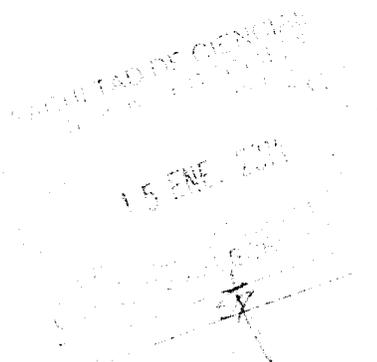
Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho:



Apreciable doctor:

En atención a la providencia emitida por la Unidad a su cargo de fecha 7 de marzo de 2013, en la que se me nombró ASESORA del trabajo de tesis de la estudiante **MARÍA MARCELA GIRÓN BEHERENS**, intitulado **“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA DISOLUCIÓN VOLUNTARIA DEL MATRIMONIO Y EL CESE VOLUNTARIO DE LA UNIÓN DE HECHO”**, y que oportunamente procedí a asesorar me complace informarle lo siguiente:

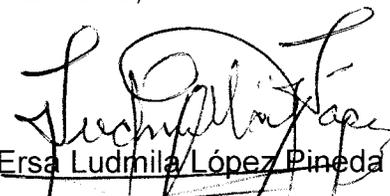
- a) El contenido científico y técnico de la tesis abarca comprende una análisis desde el punto de vista de los derechos de libertad como expresión de la autonomía de la voluntad, y del derecho de igualdad de las personas ante la ley sobre las instituciones del divorcio y del cese de la unión de hecho, cuando éstas se realizan de común acuerdo por los cónyuges.
- b) Para el desarrollo de la investigación, la estudiante demostró una buena utilización de los métodos inductivo, deductivo, hermenéutico, analítico y comparativo, así como de la técnica de investigación bibliográfica para la recolección de la información documental y legal utilizada.
- c) La redacción del trabajo asesorado fue elaborada de manera sencilla y clara para la fácil comprensión de los lectores que se interesen con este tema, e



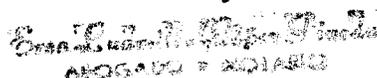
- incluye un cuadro comparativo entre las instituciones del matrimonio y de la unión de hecho para establecer sus similitudes y diferencias
- d) La contribución científica del trabajo de tesis contribuye a la comunidad jurídica toda vez que deja la inquietud de propuesta del divorcio por común acuerdo de los cónyuges en la vía notarial para mejorar el acceso de los ciudadanos a una justicia pronta y efectiva garantizar su derecho de igualdad ante la ley.
 - e) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación y congruentes con el problema, hipótesis y objetivos de la investigación.
 - f) El trabajo realizado, contenido en cuatro capítulos comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es actualizada, adecuada y suficiente.
 - g) Expresamente declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a considerar que el trabajo de tesis presentado por la postulante, además de cumplir con los requisitos que establece el Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, constituye un esfuerzo académico importante por lo que emito mi **dictamen favorable y apruebo el trabajo de investigación tesis asesorado**, el cual amerita continuar con su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogada y Notaria.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,



Licda. Ersá Ludmilla López Pineda
Asesora
Colegiada No. 3708





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

Handwritten mark

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 18 de febrero de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA MARCELA GIRÓN BEHERENS, titulado ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA DISOLUCIÓN VOLUNTARIA DEL MATRIMONIO Y EL CESE VOLUNTARIO DE LA UNIÓN DE HECHO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

Handwritten signature

Handwritten signature
Lic. Aidán Ortiz Orellana
DECANO



Handwritten signature: Rosario



DEDICATORIA



A DIOS

Mi refugio seguro, mi abogado por excelencia, quien levanta mi cabeza. Puse en el Señor toda mi esperanza, Él se inclinó hacia mí y escucho mi clamor. Salmos 40:1

A ERICA BEHERENS MÉRIDA

Por tu amor y comprensión; tus palabras de aliento, sabios consejos y fuerza me impulsan a seguir, gracias mamá.

A GUSTAVO GIRÓN PALLES

Mi maestro y ejemplo a seguir, espero algún día ser tan buena profesional como vos papá. Gracias porque aún antes de nacer ya me amabas.

MIS ABUELOS

Fernando y Marce Behrens mis compañeros de aventuras, gracias por sus enseñanzas, y amor hacía mi.

MIS HERMANOS

Erick Gustavo y José Fernando, mis grandes ejemplos de perseverancia, trabajo, confianza, y amor a Dios; gracias por consentirme y apoyarme en cada decisión.

MI FAMILIA

Olga Beherens: gracias por tu apoyo incondicional, porque más que una tía eres una segunda madre. Raizha Reyes: mi amiga y hermana, gracias



por escuchar mis lágrimas, risas y delirios de privados. Fernando y Luis Abad Reyes, por su ejemplo y fuerza para seguir adelante. Mis tías y primos: gracias por su amor, apoyo y confianza. Osmán Reyes: marcaste mi vida, siempre sonríe al recordarte, en mi corazón estarás siempre.

MIS AMIGOS

Fernanda Acuña, Astrid Carias, Ruth García, Raquel Nájera, Eunice López, Andy Rodríguez, agradezco a Dios por ponerlas en mi camino, y llenar mis días de sonrisas. Víctor Ávila, Pablo Orozco, Sergio Donis, Leslie Cifuentes, Carmen Arévalo, Maritza Lehr, Leslie Cortave., Susana Escobedo, Ana Ortiz, Karola García-Salas, nunca olvidaré cada momento compartido que hizo más fuerte nuestra amistad. Mis amigos de Juventud Verbo, por ser más que amigos, mi familia. A todos los que siempre tiene un tiempo para mí, gracias por ser parte mi historia.

A

Universidad de San Carlos de Guatemala, facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en sus aulas aprendí conocimientos académicos, amistad, y a formar carácter; me siento orgullosa de ser sancarlista.

INDÍCE

Pág.

Introducción..... (i)

CAPÍTULO I

1. Principios del vínculo conyugal.....	1
1.1. Principio de libertad.....	1
1.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	2
1.1.2. Convención Americana Sobre Los Derechos Humanos.....	3
1.2. Principio de autonomía de la voluntad.....	4
1.2.1. Como expresión del derecho de libertad.....	4
1.2.2. Como derecho a la vida privada.....	5
1.3. Principio de igualdad.....	5
1.3.1. Igualdad ante la ley o formal.....	8
1.3.2. Igualdad en la ley o material.....	8
1.3.3. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	9
1.3.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	9
1.3.5. Constitución Política de la República de Guatemala.....	10
1.4. Familia.....	11
1.4.1. Origen y concepción.....	11
1.4.2. Clases de familia.....	14
1.4.3. Funciones de la familia.....	16
1.4.4. Derecho de familia.....	18

CAPÍTULO II

2. Formas de constituir un vínculo conyugal y su disolución.....	23
2.1. Matrimonio.....	23
2.1.1. Requisitos legales para la celebración del matrimonio.....	25

2.1.2.	Funcionarios que autorizan.....	27
2.1.3.	Deberes y derechos nacidos del matrimonio.....	27
2.1.4.	Impedimentos para contraer matrimonio.....	28
2.1.5.	Matrimonios especiales.....	29
2.1.6.	Régimen económico del matrimonio.....	30
2.2.	Unión de hecho.....	33
2.2.2.	Requisitos.....	38
2.2.3.	Funcionarios que autorizan.....	39
2.2.4.	Efectos de la unión de hecho inscrita en el RENAP.....	39
2.3.	Diferencias y similitudes entre matrimonio y unión de hecho.....	41
2.4.	Disolución del vínculo matrimonial (divorcio).....	42
2.4.1.	Clasificación.....	45
2.5.	Modificación del matrimonio (separación).....	52
2.5.1.	Clasificación.....	52
2.5.2.	Efectos propios de la separación.....	52
2.6.	Cese de la unión de hecho.....	53
2.6.1.	Clasificación.....	53
2.6.2.	Efectos del cese de la unión de hecho.....	56

CAPÍTULO III

3.	Derecho comparado.....	57
3.1.	Costa Rica.....	57
3.1.1.	Constitución Política de la República de Costa Rica.....	57
3.1.2.	Matrimonio.....	58
3.1.3.	El divorcio.....	64
3.1.4.	Unión de hecho.....	66
3.1.5.	Cese de la unión de hecho.....	69
3.2.	España.....	70

	Pág.
3.2.1. Constitución de la República Española.....	70
3.2.2. Matrimonio.....	70
3.2.3. Divorcio.....	72
3.2.4. Parejas o uniones de hecho.....	74
3.3. México.....	77
3.3.1. Constitución Política de los Estados Mexicanos.....	77
3.3.2. Matrimonio.....	78
3.3.3. Divorcio.....	80
3.3.4. Concubinato.....	82
3.3.5. Cese del concubinato.....	85
3.4. Chile.....	86
3.4.1. Constitución Política de la República de Chile.....	86
3.4.2. Matrimonio.....	86
3.4.3. Separación y divorcio.....	89
3.4.4. Unión de hecho.....	92
3.5. Cuba.....	96
3.5.1. Constitución de la República de Cuba.....	96
3.5.2. Matrimonio.....	96
3.5.3. Divorcio.....	98
3.5.4. Matrimonio no formalizado.....	100

CAPÍTULO IV

4. Análisis crítico de la disolución voluntaria del matrimonio y el cese voluntario de la unión de hecho.....	103
4.1. La autonomía de la voluntad como expresión del derecho de libertad para contraer matrimonio o unirse legalmente.....	103
4.2. Limitación de los derechos de libertad y de igualdad de los cónyuges para disolver el vínculo conyugal.....	104
4.2.1. Restricción de la disolución del vínculo matrimonial.....	104

	Pág.
4.2.2. Comprobación de la hipótesis.....	109
4.2.3. En cuanto al derecho a la igualdad.....	109
4.2.4. En cuanto derecho de libertad para disolver el vínculo matrimonial.....	111
4.3. Ventajas del divorcio por mutuo acuerdo en vía notarial.....	112
4.3.1. Ventajas para el estado de Guatemala.....	112
4.3.2. Ventajas para los cónyuges y unidos de hecho.....	113
CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	116
BIBLIOGRAFÍA.....	119

INTRODUCCIÓN

El tema de la investigación llamó la atención de la ponente, ya que es frecuente escuchar acerca de la disolución del vínculo matrimonial, siendo éste la base del núcleo familiar, pero también es importante recalcar que el hombre y la mujer son libres de elegir lo que desean hacer con su vida, y ser todos tratados de la misma manera sin distinción alguna, siempre y cuando no perjudiquen a los demás, esto con base al principio de libertad e igualdad constitucionalmente otorgados a todas las personas. El divorcio en Guatemala que es la institución que da término a la unión conyugal únicamente se gestiona en la vía judicial, y en el mismo se intenta lograr conciliaciones, no obstante, suele convertirse en un trámite tedioso y costoso. Por otra parte, la unión de hecho como un vínculo que une a un hombre y una mujer que han vivido por más de tres años realizando los fines del matrimonio públicamente, acuden a que sea declarada legalmente y se tiene los mismos efectos del matrimonio. Sin embargo, a diferencia del matrimonio, el cese voluntario de esta unión se puede realizar ante un notario, o alcalde municipal, facilitando de gran manera la terminación del vínculo. Por lo que el objetivo general de la investigación consistió en realizar un estudio sobre los derechos de igualdad y libertad aplicados a la disolución del vínculo conyugal por medio del divorcio por mutuo acuerdo y el cese voluntario de la unión de hecho, para establecer sus similitudes y diferencias ante la ley.

El problema se concretizó con el siguiente cuestionamiento: ¿Vulneran los derechos de libertad e igualdad de los cónyuges la regulación del trámite de divorcio voluntario

únicamente en la vía judicial, en comparación al cese voluntario de la unión de hecho en vía judicial o notarial? Como una solución al problema se estableció que los derechos de libertad e igualdad de los cónyuges son vulnerados al momento de regular únicamente el trámite de disolución del vínculo matrimonial en la vía judicial, y no así en el cese de la Unión de Hecho que puede realizarse en vía judicial y notarial.

Respecto del contenido y capítulos, en la se abarca un análisis jurídico y doctrinario de los principios fundamentales de igualdad y libertad; las instituciones del matrimonio y la unión de hecho, como fuentes para la constitución de una familia; se realizó un estudio del derecho comparado en algunos países Latinoamericanos, para arribar a la parte final de la investigación donde se efectuó un análisis crítico sobre el divorcio de común acuerdo y el cese voluntario de la unión de hecho, desde la óptica de los derechos de libertad como expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el derechos a la igualdad ante la ley.

Se utilizó las teorías sobre principios fundamentales y derechos humanos; así mismo se recurrió al método inductivo y el deductivo durante la investigación. Para el análisis de las normas se utilizaron los métodos hermenéutico y comparativo, y para recopilar información se utilizó la técnica bibliográfica de investigación documental por medio de materiales relacionados con el tema, doctrina, y tratadistas.

CAPÍTULO I

1. Principios del vínculo conyugal

1.1. Principio de libertad

La libertad es un derecho fundamental básico, junto a la vida y la integridad física; “libertad es la capacidad que tiene todo ser humano a lo largo de su vida para obrar según su voluntad”.¹ Se ha considerado como un derecho inherente, para mantener al individuo en una esfera libre de interferencia estatal, es decir, que la persona pueda elegir sin que el Estado se involucre en las decisiones. En el ensayo Sobre la libertad de J.S. Mill se encuentra una definición más precisa, y establece el ámbito de la conciencia en un sentido más amplio en tres posiciones. En primer lugar: una absoluta libertad de pensar, sentir, hablar, opinar sobre todo asunto; así como conducirse y actuar. En segundo lugar una libertad de gustos y disposiciones, es acá donde se encuadra la libertad de disponer con nuestra vida, contraer obligaciones, ejercer derechos, y soportar las consecuencias que estos traen consigo, esto sin que lo impida el Estado u otras personas, siempre y cuando no perjudique a terceras personas. Y en tercer lugar: el derecho de combinarse, unirse, asociarse con otras personas voluntariamente, por supuesto teniendo la capacidad y no dañando a terceros.

Es un derecho que abarca todas manifestaciones de libertad, incorpora una amplia capacidad de hacer y actuar, que no esté explícitamente prohibido por la ley. Joaquín García en su obra Derecho a la libertad personal, expresa: “la libertad es el

¹ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. [Http://www.rae.es/rae.html](http://www.rae.es/rae.html).



reconocimiento de una potestad y un ámbito de autodeterminación y organización que corresponde a las personas, y que implica la capacidad de adoptar y ejecutar las propias decisiones”², por lo que se reitera que una persona es libre de hacer lo que desee, cuando no perjudique los derechos de otras personas.

1.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala es la ley suprema que rige todo el Estado y sus demás leyes. La Carta Magna actual fue creada por una Asamblea Nacional Constituyente, organiza jurídica y políticamente al Estado, así como, también contiene los derechos fundamentales de los miembros de su población. La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 4 proclama la libertad como uno de los principios superiores del ordenamiento jurídico y social, siendo complemento de otros preceptos fundamentales como igualdad, y justicia.

Constitucionalmente, la libertad se presenta primeramente como un deber del Estado a los ciudadanos, siendo ésta una de las garantías principales de las personas. La libertad se presenta también como un concepto de derecho individual de la actividad humana en aspectos físicos (libertad de acción, locomoción, etc.), y espirituales (libertad de pensamiento, religión, etc.). Así mismo, la libertad se proyecta como un derecho social del ser humano ante la sociedad (libertad para hacer una familia, cultura, educación, trabajo, etc.). La Constitución Política de la República de Guatemala divide

²García Morillo, Joaquín. **Derecho a la libertad personal**. Pág. 41



la libertad en: libertad civil (potestades del individuos respecto a su actividad física, intelectual, espiritual, social) y libertad política (respecto a la potestad del individuo de participar, elegir y ser electo en asuntos políticos).

José Sierra en su libro Derecho Constitucional Guatemalteco establece que para que exista libertad constitucional “los individuos deben adecuar su conducta y su vida de relación a las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la organización social. Las limitaciones de la libertad de uno, facilitan la libertad de los demás, y ello provoca armonía”³.

1.1.2. Convención Americana Sobre Los Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, una de las bases del Sistema interamericano.

El Estado de Guatemala en su Carta Magna en el Artículo 46, reconoce la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos, y en 1978 Guatemala ratifica la Convención, formando así parte ésta de la legislación guatemalteca. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su Artículo 1 establece: “los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y

³Sierra, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Pág. 122

libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna”.

En Artículo 7 de la convención Americana de los Derechos Humanos, está formado por siete incisos sobre el derecho a la libertad personal. Éste artículo protege específicamente la libertad humana personal, concentrándose en la mayoría de sus incisos en la privación de libertad, es decir, prisión. Sin embargo, el inciso 1, establece el derecho a la libertad, que de manera amplia, se asocia con la posibilidad de autodeterminarse, conducirse de la manera que desee, siempre que sus actos no afecten a terceros; convirtiéndose en un derecho base de los seres humanos, ligado íntimamente con la libertad de asociación, reunión, y expresión.

1.2. Principio de autonomía de la voluntad

1.2.1. Como expresión del derecho de libertad

Este principio no se encuentra regulado expresamente en la legislación guatemalteca, por lo que para su comprensión es necesario, tomar como punto de partida el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que indica “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

Se observa entonces que el principio de libertad se refiere a que los seres humanos son libres, en dignidad y derechos. Como la facultad de disponer de su persona, decisiones, estudiar, trabajar, realizar actividades que produzcan placer o tristeza, etc.

1.2.2. Como derecho a la vida privada

En el ámbito de la persona individual, le llamamos privacidad al derecho que tiene cada persona de disponer de sí mismo, es decir la autonomía de la voluntad, se ve regulado en el Artículo 11, numeral 2°, de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

1.3. Principio de igualdad

El principio de igualdad, establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos. Es un principio esencial de la democracia.

Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios fundamentales de dicho modelo de Estado. El primer artículo de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 tiene por objeto justamente el principio de igualdad, los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundamentarse en la utilidad común. Por lo que la igualdad es un principio jurídico que se deriva del



reconocimiento de la persona como criatura dotada de cualidades comunes a todo el género humano, que le confieren dignidad en sí misma.

Niveles de análisis de la igualdad

El tema de la igualdad, en general, según Paolo Comanducci “puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis.”⁴

- Nivel es el lógico-lingüístico: en este nivel se busca responder a los problemas que ofrece la pregunta ¿igualdad en qué sentido?. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad.
- Nivel es el filosófico-político: se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: ¿porqué igualdad? y ¿qué igualdad?, así entonces encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad. Para poder llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los diferentes tipos de igualdad que existen.
- El tercer nivel es el jurídico: que contesta la pregunta ¿cómo lograr la igualdad?

Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales, desde el punto de vista de la dogmática constitucional no tenemos la necesidad de justificarlo como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo. Así entonces el concepto de igualdad, desde el punto de vista normativo-jurídico, es un concepto indeterminado, que requiere de un esfuerzo creativo importante por parte del intérprete al momento de juzgar si una determinada norma o situación pueden lesionarlo.

⁴ Comanducci, Paolo, **Hacia una teoría analítica del derecho**. Pág. 185

Son cuatro los principales tipos de normas jurídicas que contienen mandatos de la igualdad en general.

- El principio de igualdad en sentido estricto: ya sea como valor o como principio superior del ordenamiento jurídico.
- El mandato de no discriminación: se trata de una variable del principio general de igualdad, por medio de la cual se ordena a las autoridades y, con ciertas modalidades, a los particulares, dar un trato igual o paritario a las personas.
- La igualdad entre el hombre y la mujer : a sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico, hizo que en algunas cartas constitucionales se introdujera expresamente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexo.
- La igualdad sustancial: en el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos.

La igualdad busca regular de manera uniforme, las situaciones similares; consistentes en la ausencia de discriminación, privilegio, favor o preferencia de unos seres humanos sobre otros seres humanos.

Desde un punto de vista menos doctrinario al que se ha expuesto en los párrafos precedentes, el principio de igualdad puede ser estudiado a partir de dos subconceptos del mismo: el principio de igualdad ante la ley y el principio de igualdad en la ley (material).

1.3.1. Igualdad ante la ley o formal

Es el conjunto de deberes, derechos y garantías del ordenamiento jurídico cuyo fin es que el contenido de las leyes sea igual para todos, o desigual si así corresponde, sobre la fase o en función de la justicia. Igualdad ante la ley, implica que todos debemos cumplir el mandato de la ley, no sólo los órganos del Estado, tales órganos deben interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, sin incurrir en discriminación.

Cabe distinguir entre un derecho a la igualdad en la ley, como derecho frente al legislador, o más generalmente, frente al poder del que emana la norma, y un derecho a la igualdad ante la ley o en la aplicación (administrativa, judicial) de ésta. La Constitución emplea solamente la expresión de igualdad ante la ley, que es la expresión clásica; el tribunal constitucional, por su parte, aunque utiliza con frecuencia la distinción entre la igualdad en la ley y ante la ley, no lo hace de manera rigurosa y a veces habla de igualdad ante la ley también para referirse al derecho de igualdad como derecho frente al legislador.

1.3.2. Igualdad en la ley o material

Por su parte, el principio de igualdad en la ley es un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales.

1.3.3. Declaración Universal de Derechos Humanos

Fue y sigue siendo un referente, en relación al reconocimiento y aplicación del principio de igualdad y así, en su preámbulo, se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Así mismo de forma más explícita, se refleja la igualdad entre hombres y mujeres en el Artículo 1, determinando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el Artículo 2 establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades de la Declaración, reafirmandose en el Artículo 7, en especial la protección hacia cualquier persona por motivos de discriminación en la forma que sea. También, resalta por la importancia para el Artículo 16, al no remarcar diferencias por razón de sexo en el ámbito familiar, al momento de realizar una familia, contraer matrimonio, o disolver el matrimonio. La Declaración de los Derechos Humanos, marca un avance significativo en la materia, propiciando una igualdad entre personas (hombres y mujeres).

1.3.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención reafirma y consolida en el continente Americano los derechos esenciales del hombre, en su Artículo 1 establece que los Estados parte se comprometen a respetar, garantizar el libre ejercicio a toda persona de sus derechos. Así mismo el Artículo 24 establece que las personas son iguales ante la ley, sin discriminación a igual protección de la ley.

1.3.5. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala como ley suprema en Guatemala, en el Artículo 4 sobre la libertad e igualdad, indica que “todos los seres humanos son... iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades...” Se entiende del texto que el hombre y mujer gozan de igualdad ante la justicia, ante la ley, cargas y servicios públicos, etc.

Al respecto, la Corte Constitucional ya formuló en reciente fallo algunas precisiones sobre el sentido del referido precepto, entre las cuales, para los fines de ésta investigación, cabe citar las siguientes.

- “... La Corte estima que la libertad personal es un derecho humano, que la Constitución de la República garantiza, de tal suerte, que únicamente por los motivos y en la forma que la misma Constitución y la ley específica de la materia señalan, puede ser restringido...” Gaceta No. 17, expediente No. 209-90, pág. No. 209, sentencia 24-09-90.
- “... Se reconoce la igualdad humana como principio fundamental, que ha sido estimado en varias resoluciones de esta Corte. Al respecto debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica, desde esta perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: uno, porque tiene expresión constitucional otro,

porque es un principio general del derecho...” Opinión consultiva emitida por el Presidente de la República, Gaceta No. 59, expediente No. 482-98, pág. No. 698, resolución: 04-1-98.

- “...El principio de igualdad plasmado en el Artículo 4, de la Constitución impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma” sentencia de fecha 16/06/1992, expediente No. 141-92; y que “la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias, sean estas positivas o negativas; es decir que conlleven a un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley... Lo que puntualiza la igualdad es que las leyes deben tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias.” Sentencia de fecha 21/06/1996, expediente No. 682-96.

1.4. Familia

1.4.1. Origen y concepción

La institución familiar es anterior a todo precepto normativo estatal. Antropólogos y sociólogos han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones. Según éstas, en las sociedades más primitivas existían dos o tres núcleos familiares, los hombres cazaban mientras que las mujeres recogían y preparaban los alimentos y cuidaban de los niños, considerando así a la familia, como una sociedad que aseguraba la supervivencia de sus miembros y no como un espacio de afecto. Federico Engels, sostenía que la sociedad llama civilización a la organización de las familias, resultado de un proceso histórico de la humanidad.

Puig Peña afirma que el origen indiscutible de la familia está en el matrimonio monogámico y en la preeminencia marital; pero por una razón lógica, la familia y el matrimonio son instituciones distintas. En la familia no siempre habrá matrimonio, es independiente de él; al igual que en el matrimonio no siempre habrá familia. Sin embargo, éste jurisconsulto se contradice al establecer una puntual definición de familia al hacer "relación a un conjunto más o menos amplio de personas, ligadas por relación de sangre y comunidad de vida."⁵

Otra definición es la presentada por Rojina Villegas citado por Alfonso Brañas, quien afirma que "la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entre tanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia. La familia en el derecho moderno está determinada por virtud de matrimonio y del parentesco consanguíneo, y de manera excepcional la adopción"⁶

En una primera época, el grupo familiar no se basaba en relaciones monogámicas, sino que en la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, que existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu. Pero luego la familia evoluciona hacia su organización actual fundada en la relación donde un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones y de ellos deriva el núcleo familiar.

⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio derecho civil español**. Pág. 17

⁶ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 117

La familia está constituida por los parientes, es decir, aquellas personas que por cuestiones de consanguinidad, afinidad, adopción. Las familias suelen estar constituidas por unos pocos miembros que suelen compartir la misma residencia. El nacimiento de una familia generalmente ocurre como resultado de la fractura de una anterior o de la unión de miembros procedentes de dos o más familias por medio del establecimiento de alianzas matrimoniales.

Se han dado cambios respecto a la estructura y concepción de la familia, en cuanto a funciones, composición, y rol de los padres, esto a causa de la emigración a las ciudades y de la industrialización. Por ejemplo funciones que antes desempeñaba la familia, como el trabajo, la educación, la formación religiosa, y las actividades de recreo, en la familia moderna son realizadas, en gran parte, por instituciones especializadas.

Somorraiva la define "conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción".⁷ La familia puede producirse en formas diferentes, sea el matrimonio, la unión de hecho declarada, unidos en convivencia y la familia irregular o incompleta. La importancia de la familia es evidente, no sólo para la persona individual, sino también para la sociedad. Esta última tiene por tal razón el deber de protegerla, conservarla y luchar contra toda corriente que atente contra las leyes fundamentales de su naturaleza.

En la actualidad se han tenido varias definiciones que engloban el concepto, organización y función de los miembros de una familia; la Real Academia Española

⁷ BoetschGillet, Cristián. **Derecho de familia**. Pág. 2

define a la familia como el “grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas, o bien, el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.”⁸

Así mismo, la Organización de Estados Americanos y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente adoptan la siguiente definición de familia: “conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan.”⁹

Según el Artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Familia es: “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Ésta puede estar unida mediante lazos de afinidad (matrimonio) y la consanguinidad como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre.

1.4.2. Clases de familia

En el mundo y la cultura humana existen diferentes tipos de familia según la sociedad y cultura de la que se hable, así como de la época que se trate, ya que al pasar los años ha cambiado la forma en que se conforma una familia, gracias a la proliferación de diversas formas de vida, y a las nuevas técnicas genéticas.

⁸ Real Academia Española. **Ob. Cit;** pág. 1.

⁹Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. [Http://www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org).

Actualmente se pueden clasificar de la siguiente manera

- Familia nuclear o elemental: es la unidad familiar básica que está formada por la madre, el padre y su descendencia (biológica o por adopción) quienes son llamados hermanos.
- Familia extensa o consanguínea: formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos. Es decir que se extiende más allá de dos generaciones, están unidas por vínculos de sangre o por la ley. Una familia extensa puede incluir abuelos, tíos, primos y otros parientes consanguíneos o afines. Se les puede llamar redes familiares.
- Familia monoparental: en la que el hijo o hijos menores de edad viven solo con uno de sus padres, ya sea por divorcio, separación, o muerte.
- Familia de madre soltera: familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos, pues el hombre se ha distanciado y no ha reconocido su paternidad, se da comúnmente en mujeres menores de edad. O mediante algún tipo de técnica genética la mujer decidió dar a luz a un bebe y asumir su crianza sola.
- Familia de padres separados: los padres se niegan a vivir juntos, pero siguen cumpliendo el rol de padres (paternidad y maternidad), sin ser pareja. La mayoría de veces los hijos viven con la madre y tiene derechos a visitas el padre.
- Familia homoparental, en una pareja homosexual mediante procedimientos genéticos, adopción o procreación con otras personas han procreado a un hijo o varios, y deciden encargarse de toda su crianza.

- Familia reconstruida, es la que está compuesta por agregados de dos o más familias (madre sola con sus hijos se une con padre viudo con sus hijos), de estas proviene la figura de padrastro y madrastra. Cristina Cristóbal lo explica en su libro de la siguiente manera: “Los adultos buscan una nueva pareja, y formalizando o no el matrimonio, se implican en una nueva unión a la que aportan los hijos de uno, los de ambos o los nacidos de la nueva pareja”¹⁰.
- Unión de hecho: familias unidas por lazos puramente afectivos, más que sanguíneos o legales. En este tipo de unidades familiares se encuentran las familias encabezadas por miembros que mantienen relaciones conyugales estables no matrimoniales, con o sin hijos, y no han sido legalmente declaradas. Algunos países en su legislación proveen la oportunidad de legalizar la Unión de Hecho, obteniendo así los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio.

1.4.3. Funciones de la familia

La familia es una estructura dinámica, en ella cada miembro cumple un rol determinado de acuerdo a su edad, sexo, grado de madurez, situación socio-económica. Al referirnos a funciones de la familia, estamos hablando de funciones de una institución social, lo que implica un sistema de relaciones sociales y una estructura en base a un sistema de normas y valores que están orientados para el cumplimiento de las funciones como institución.

¹⁰ Cristóbal Mechó, Cristina. **La atención temprana**. Pág. 38.

- Función reproductora: la sociedad depende primariamente de la familia en lo que respecta a la concepción y nacimiento de nuevos seres; por lo que podemos decir que la familia garantiza y ampara la procreación del género humano. Se considera que el matrimonio o el inicio de vida de pareja, se da origen a la familia con el fin de tener hijos en algún momento de la vida conyugal.
- Función socializadora: el ser humano es un ser social por excelencia y el primer lugar donde aprende es en la familia; allí se dan los primeros lineamientos para la posterior actuación de solidaridad, de justicia, fomento de habilidades (desarrollo de personalidad), códigos de comunicación (lenguaje), como también los hábitos básicos. Los padres sirven de modelo de imitación de sus hijos, de lo que éstos serán al crecer.
- Función educadora: está íntimamente relacionada con la función socializadora, la educación está formada por un conjunto de normas de conducta, hábitos, aptitudes e informaciones que el niño lo va asimilando de su hogar; la escuela y la comunidad que servirán a lo largo de la vida social y profesional.
- Función recreativa y afectiva: dentro de las tareas que debe cumplir la familia es realizar actividades que logren promover la integración y el desarrollo integral de los hijos, que puedan distraerse de lo cotidiano, fomentando la unión familiar. En el aspecto afectivo las personas tienen una necesidad de compañía e intimidad y de respuesta afectiva. Ciertamente, es probable que sea la necesidad social más intensa. Dentro de la familia podemos distinguir tres sistemas a través de los cuales se puede expresar afecto.
 - Relaciones a nivel conyugal (esposos)
 - Relaciones a nivel paternal (padres e hijos)

- Relaciones a nivel filial (entre hermanos)
- Función económica: esta función está relacionada con el trabajo que realiza la familia con el fin de adquirir los bienes y servicios; la familia es la responsable de satisfacer las necesidades materiales y no materiales, de los miembros de la familia, principalmente por los padres hacia los hijos, garantizando el desarrollo integral del niño. Actualmente el rol de proveedor es desempeñado tanto por el hombre y la mujer, lo que implica que ya la toma de decisiones ya no radica solamente en el hombre, puesto que ahora son compartidas.
- Función de seguridad: Se refiere a la preocupación que tiene la familia de cuidar la integridad y el bienestar de sus miembros, en varios aspectos como su integridad física, moral y psicológica. Esta función es principalmente realizada por los padres hacia los hijos cuando estos son menores de edad, sin embargo al pasar los años y los padres llegan a la tercera edad es deber de los hijos cuidar, proteger a los padres.

1.4.4. Derecho de familia

Puede ser definido en dos sentidos

- Sentido subjetivo: para referirse a las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.

- Sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia entre sí y respecto de terceros.

“El derecho de familia es una vinculación de derecho privado, porque ella se traba entre individuos particularmente. El Estado no es parte de la relación jurídica, sino que su intervención es exterior, o sea, se refiere a las condiciones en que las relaciones familiares nacen, se ejercen y se extinguen. En consecuencia, el Estado no es sujeto de la relación familiar, pero es su guarda y tutor”.¹¹

Características

- Contenido eminentemente ético. Ello explica que en él se pueden encontrar preceptos sin sanción o con sanción atenuada, porque el Derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético. Por ejemplo la norma de nuestro Código Civil en el Artículo 110 contiene que el marido debe “protección y asistencia a la mujer, así como ambos cónyuges deben atender y cuidar a sus hijos”; así también el Artículo 263 indica que “los hijos están obligados a honrar, respetar y prestar asistencia a sus padres”. No existe un estándar legalmente escrito que defina asistencia, respeto, cuidado.
- Todo el derecho de familia es disciplina de condiciones personales (cónyuge, de padre, de hijo, de pariente, etc.), que son inherentes a la persona y se imponen,

¹¹Cristián BoetschGillet. **Ob. Cit.**; pág. 11

- como derechos absolutos, respecto de todos. De estos estados personales surgen relaciones económicas patrimoniales (derechos familiares patrimoniales).
- Las normas reguladoras del derecho de familia son de orden público, la ley regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares aunque media la voluntad de la persona, por ejemplo el matrimonio, si las partes no consienten no hay matrimonio pero este debe ser debidamente celebrado e inscrito, y la ley establece que derechos se derivan de este acto.
 - En el derecho de familia existen derechos de potestad. Es decir, relaciones de superioridad y recíprocamente de dependencia, como el de la patria potestad, filiación o de la autoridad paterna.
 - Son derechos inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, es ordinariamente, "*intuitu personae*", de manera que no puede cederse ni renunciarse. Generalmente no se ganan o pierden por prescripción (sin embargo, la ley establece casos en que el ejercicio del derecho de familia está limitado por el tiempo).

El Estado de Guatemala ha dado gran importancia a la familia en la regulación jurídica, por ejemplo la Constitución Política de la República de Guatemala, en el capítulo II, sobre los derechos sociales; establece como deber del Estado la "protección social, económica y jurídica de la familia", Artículo 47, así como el reconocimiento del matrimonio, unión de hecho, y otros derechos de los miembros de una familia. En el Código Civil, dentro del libro I de las personas y de la familia, en el título II de la familia, regula todo lo relacionado al matrimonio, unión de hecho, parentesco, paternidad y filiación, patria potestad, adopción, alimentos, tutela y el patrimonio familiar (Artículos 78



– 440); así mismo, el Estado ha creado leyes con el objeto de proteger a ciertos integrantes vulnerables de la familia, como lo son los niños y la mujer. Sin embargo, jurídicamente no hay consenso sobre la definición de la familia, por lo que esta definición suele darse en función de lo que cada ley establece como matrimonio.

Es importante recalcar que la familia actualmente es una institución asentada sobre el Matrimonio teniendo estas las siguientes características.

- Institución Autónoma:
- Se basa en el Matrimonio o en la Unión de Hecho
- Se fundamenta en el amor, autoridad y respeto
- Da un sentido de unidad,
- Exponen el respeto y la ayuda mutua como valores principales.



CAPÍTULO II

2. Formas de constituir un vínculo conyugal y su disolución

2.1. Matrimonio

El matrimonio "*matrimonium*", "es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros".¹² Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres.

"Diversos han sido los criterios expuestos para explicar en el derecho laico la naturaleza jurídica del matrimonio, que no es el caso discutir detalladamente; sólo decimos que se le estudia como institución, como acto jurídico condición, como acto jurídico mixto, como contrato ordinario, como contrato de adhesión, como negocio jurídico y como estado jurídico".¹³

Alberto Trabucchi en su libro Instituciones de derecho civil, referente al matrimonio, lo estudia como un negocio jurídico, es decir, como acto jurídico con la intención de producir ciertos efectos jurídicos (derechos y obligaciones) que los contrayentes pretenden.

Por tanto el matrimonio establece entre los cónyuges una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos

¹²Real Academia Española. **Ob. Cit**; pág. 1.

¹³Rojina Villegas, Rafael. **Derecho de familia**. Pág. 209.

procreados o adoptados de sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

El Artículo 78 del Código Civil guatemalteco define al matrimonio como una “institución social por medio del cual 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”.

Fines del Matrimonio

- Ánimo de Permanencia: estimándose que es durante dure la vida.
- Hecho de Vivir juntos.
- La Procreación.
- La educación: infiriéndose que más que la instrucción, significa el señalar correctamente la dirección moral, espiritual, de comportamiento, de obediencia, la preparación para enfrentar las exigencias de la vida y sobretodo formar en los hijos la firmeza de carácter.
- Alimentación de los hijos: incluyendo la educación intelectual, vivienda, salud, recreación y los alimentos propiamente dichos.
- Auxilio Recíproco: cuidado de la pareja para con el otro.

2.1.1. Requisitos legales para la celebración del matrimonio

Para contraer matrimonio es necesario que el notario o funcionario debidamente facultado cumpla con ciertos requisitos y formalidades que la ley establece, para que el mismo revista de todo el valor y efecto.

- Ser civilmente capaz: las personas que pretendan contraer matrimonio civil deben poseer tanto la aptitud intelectual, física y moral necesaria para poder cumplir con los fines de la institución matrimonial.

Eduardo García Maynez define como capacidad a “la aptitud que una persona tiene de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde”¹⁴. Siendo la capacidad la disposición de una persona de ser sujeto de derechos y obligaciones por sí misma, la legislación guatemalteca en el Artículo 8 del Código Civil, establece que una persona es civilmente capaz al cumplir la mayoría de edad, la cual es de dieciocho años y en algunos casos los menores que han cumplido catorce años, como es el caso del matrimonio que el Artículo 81 establece que “la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización de sus padres o de la persona que ejerce la patria potestad o tutela o en su defecto la dispensa judicial”.

- La persona que desee contraer matrimonio debe estar soltera, es decir no haber contraído matrimonio con anterioridad o estar legalmente divorciada. El

¹⁴García Maynes, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 412

contrayente que hubiere sido casado deberá acreditar con el documento legal respectivo la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior y si tuviere hijos comprobará estar garantizada la obligación de alimentarlos, en caso tuviere bienes de menores bajo su administración presentará el inventario respectivo. Para lo cual deben tener a la vista las certificaciones del acta de nacimientos de los contrayentes para verificar sus estados civiles, los cuales deben ser recientes.

- Cumplir con las siguientes formalidades, tal como se establece en los Artículos 93 y 97 del Código Civil.
 - o La pareja manifieste su voluntad ante el funcionario competente bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados (documento personal de identificación), o bien, las actas de autorización de los padres en donde se autoriza la celebración del matrimonio de los menores de edad.
 - o Cada contrayente debe declarar nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supieren, y no tener impedimento legal para contraer, lo cual se hará constar en acta notarial debidamente protocolizada con posterioridad.
 - o Acordar el 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.
 - o Certificado médico.
 - o Enviar los avisos notariales al Registro Nacional de Personas, avisos al Registro de la Propiedad y otros.

2.1.2. Funcionarios que autorizan

Siendo el matrimonio un convenio o contrato, quienes lo celebran son quienes al mismo dan vida, y harán constar tal circunstancia para con ello autorizarlo y declarar casados a los contratantes; esto es, declarar que no habiendo impedimentos, el matrimonio es válido. El Artículo 92 del Código Civil establece a las siguientes personas autorizadas.

- Alcalde: quien luego de celebrar el matrimonio, registra el acto en el Libro de actas de matrimonio de la municipalidad.
- Concejal: cuando esté haciendo las veces del alcalde, quien lo anotara de igual forma en el libro de actas de matrimonio de la municipalidad.
- Notario hábil: que se encuentre en el libre ejercicio de su profesión, quien registra el acto en acta notarial, la cual debe protocolizar, y enviar los avisos respectivos.
- Ministro culto autorizado: debe tener la facultad otorgada por la autoridad administrativa que corresponde al Ministerio de Gobernación, y registrará el acto en el libro de actas autorizado por el mismo ministerio.

2.1.3. Deberes y derechos nacidos del matrimonio

El matrimonio trae aparejadas obligaciones de los cónyuges, como las que reporta cualquier contrato; "esas obligaciones son de diversa índole, así, estos contratantes se deben fidelidad recíproca, dentro de estos encontramos":¹⁵

- Derecho a utilizar el apellido del esposo.
- Representación conyugal.

¹⁵Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil I**. Pág. 56.

- Protección a la mujer.
- Asistencia Recíproca.
- Paternidad.
- Reciprocidad en derechos y obligaciones.
- Irrenunciabilidad a los derechos y obligaciones.
- Derechos preferentes sobre el sueldo, salarios o ingresos del cónyuge que tenga la obligación del sostenimiento del hogar.

2.1.4. Impedimentos para contraer matrimonio

La circunstancia que anula o impide el matrimonio recibe el nombre de impedimento, estos hacen incapaz de desempeñar o ejercer funciones; es decir colocan a los interesados en contraer matrimonio civil en la imposibilidad definitiva o transitoria de lograrlo. Se dividen en dirimentes o absolutos e impidentes o relativos.

Impedimentos Dirimentes (Artículo 88 Código Civil)

- Los parientes consanguíneos en línea recta y en la colateral, los hermanos y medios hermanos.
- Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad.
- Las personas casadas y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

Impedimentos (Artículo 89 Código Civil)

- El menor de 18 años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor

- El varón menor de 16 años o de la mujer de 14 años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presenten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.
- El tutor o protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o protutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración.
- El que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquellos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona.
- El adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

2.1.5. Matrimonios especiales

- Matrimonio por Poder o por mandato especial: donde una persona encomienda a otro, presentarse para la celebración del matrimonio en su nombre, este debe individualizar a la persona con quien contraerá matrimonio. (Artículo 85 Código Civil)
- Matrimonio de menores de edad: con autorización de sus representantes legales, ya sea acompañado de estos o por escrito, o bien mediante dispensa judicial. (Artículo 94 Código Civil)
- Matrimonio en artículo de muerte: “en caso de enfermedad grave de uno o 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”. (Artículo 105 Código Civil)
- Matrimonio de extranjero: “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 quince días, emplazando a denunciarlo a quienes sepan de algún impedimento legal para el mismo”. (Artículo 96 Código Civil)
 - Matrimonio del militar: “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 enviará el acta original del matrimonio al Registro Nacional de Personas que corresponda”. (Artículo 107 Código Civil).

2.1.6. Régimen económico del matrimonio

A través del Régimen económico del matrimonio se determina el fin de los bienes que integran el patrimonio conyugal una vez éste sea disuelto. Es decir éstas relaciones determinan cómo contribuirán marido y mujer en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes que los cónyuges aportan o que adquieren

durante la unión y también la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges.

La legislación guatemalteca, establece en el Código Civil, la obligación de los contrayentes de otorgar capitulaciones matrimoniales, las cuales son el negocio jurídico por el cual se regula el régimen económico, estas deberán constar en escritura pública o en acta levantada ante el funcionario que haya de autorizar el matrimonio, y su posterior inscripción en los registros, constituyéndose de esa forma en solemnes. Las capitulaciones deberán comprender.

- La designación detallada de los bienes que tenga cada uno de los cónyuges;
- Declaración del monto de las deudas de cada uno; y
- Declaración expresa de los contrayentes sobre qué régimen adoptan.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 70, indica: “en el régimen económico del matrimonio o de la unión de hecho cada cónyuge o conviviente tiene la libre disposición de los bienes que se encuentren inscritos a su nombre en los registros públicos, salvo las limitaciones que expresamente consten en las inscripciones de cada bien”.

El Código Civil de Guatemala, del Artículo 121 al 124 realiza la siguiente clasificación.

- Comunidad absoluta de bienes: todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridos durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio.

- Separación absoluta de bienes: cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos.
- Comunidad de gananciales: cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que tenían antes de contraer matrimonio y de los que adquieren durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros; pero harán suyos por mitad, al disolverse el patrimonio conyugal los bienes siguientes:
 - o Los frutos de los bienes propios.
 - o Los que se compren o permuten con esos frutos.
 - o Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.
- Comunidad parcial, mixto o de opción de escogencia: se aplican los principios del de comunidad de gananciales pero con las modificaciones y condiciones que los cónyuges pacten. El único texto legal que puede invocarse como base para la escogencia del régimen matrimonial mixto es el inciso 3, del Artículo 121 del Código Civil
- Régimen subsidiario: el Artículo 126 del Código Civil, establece, que a falta de capitulaciones sobre los bienes se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales.

Modificación del régimen

La legislación guatemalteca permite el cambio de los regímenes económicos del matrimonio, con base en el cambio de los intereses propios de los cónyuges, regulado en el Artículo 125 del Código Civil: "los cónyuges tienen derecho irrenunciable de alterar las capitulaciones matrimoniales y adoptar otro régimen económico del patrimonio

conyugal, durante el matrimonio. La modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá hacerse por medio de escritura pública e inscribirse en los registros respectivos, y solo perjudicará a tercero desde la fecha de la inscripción”. Por lo que se entiende que los cónyuges pueden modificar las capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio, y adoptar el régimen económico que más les convenga entre los señalados por la legislación, y únicamente puede cambiarse por escritura pública.

Terminación de la comunidad de bienes

El régimen económico matrimonial también es susceptible de extinción a través de otras instituciones jurídicas denominadas separación y divorcio, que modifican o disuelven el matrimonio, respectivamente.

Las causas de extinción de la comunidad de bienes, dentro de la institución del matrimonio, se aplican tanto en la comunidad absoluta como en la relativa o de gananciales, según lo establecido en el artículo 139 del Código Civil , “la comunidad de bienes termina: 1. Por la disolución del matrimonio. 2. Por separación de bienes. 3. Por ser condenado en sentencia judicial firme alguno de los cónyuges por delito cometido en contra del otro”.

2.2. Unión de hecho

Tradicionalmente, se ha utilizado el término concubinato, palabra que etimológicamente proviene de “*cum cubare*”, esto es comunidad de lecho, dándosele así una importancia esencial a las relaciones sexuales que se mantienen fuera del



matrimonio. Sin embargo, actualmente existe cierto consenso en que el término concubinato tiene una connotación peyorativa, toda vez que se centra exclusivamente en las relaciones sexuales mantenidas en forma extramatrimonial, sin hacer alusión al resto de los elementos que llevan a configurar este tipo de uniones.

Así mismo se utilizan las palabras "*more uxorio*" que significa "igual o parecido al matrimonio", esto configura una familia con prescindencia de que exista la posibilidad de contraer matrimonio. Como señala Belluscio, "la cuestión puede tener interés frente a regímenes legales que otorgan a la unión determinados efectos jurídicos que la equiparan o aproximan al matrimonio, otorgando a los concubinos derechos similares o iguales a los de los cónyuges, pues entonces los beneficios legales podrían negarse a quienes no pudiesen legalmente contraer matrimonio. Pero cuando sólo se trata de regular las consecuencias jurídicas de un hecho no contemplado en general por la ley, como ocurre en el derecho argentino actual, la posibilidad de que hubiesen podido contraer matrimonio resulta indiferente"¹⁶.

Ante la frecuencia de los concubinatos en nuestro tiempo, es de trascendencia que sea detenidamente estudiada esta unión, o institución, pues trae aparejadas relaciones jurídicas de importancia, tanto para los que intervienen en la misma, como para sus hijos y, a veces, para terceras personas, lo que induce al interés por la misma.

Tanto la unión de hecho legalmente declarada, como las uniones libres declaradas legalmente, denominadas así en algunos países, son uniones convivenciales de

¹⁶Belluscio, **Manual de derecho de familia**. Pág. 381.

personas de distinto sexo, con la intención, de formar una familia, implicando un sentido de permanencia y solidaridad, con la serie de derechos y obligaciones que ello acarrea y los efectos jurídicos que surgen de las acciones desplegadas en el seno de cada unión.

Tanto en la doctrina como la legislación existen variadas definiciones, dentro de ellas: "la unión de dos personas, hombre y mujer a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal que conlleva una dependencia económica similar a la de un matrimonio"¹⁷.

María Luisa Beltranena de Padilla, define Unión de hecho como: "una institución social por la que un hombre y una mujer, con absoluta libertad de estado, se juntan maridablemente, sin estar casados entre sí, con el propósito de tener un hogar y una vida en común más o menos duradera, cumpliendo con fines similares a los del matrimonio, y con el plazo mínimo y condiciones para que goce de la protección legal."¹⁸

En varios países de Latinoamérica, las causas son diferentes. Al respecto, el autor argentino Eduardo Zaroni, manifiesta que: "Latinoamérica enfrenta al concubinato o unión libre como una forma o modo internalizado de unión conyugal; además en

¹⁷Consejo Pontificio para la Familia. **Familia, matrimonio y uniones de hecho**. Pág. 20.

¹⁸ Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil: personas y familia**. Pág. 177.

muchos casos, el número de familias constituidas sobre la base de esas uniones de hecho es superior a las formadas a partir del matrimonio legítimo”¹⁹.

El derecho guatemalteco reconoce los efectos legales a dichas uniones, no con el objeto de reconocer otra forma de matrimonio, sino con el fin de brindar protección legal a las relaciones familiares, evitando dejar desamparados al otro conviviente y a los hijos menores, en caso de que una de las partes decida en forma repentina y unilateral dar término a dicha convivencia.

La legislación guatemalteca reconoce la unión de hecho, no como otra forma de matrimonio, sino reconociendo una situación que ha durado tres años o más, en la que el hombre y mujer capaces, han vivido juntos, procreado, obtenido bienes en común, etc. Esta figura jurídica fue creada con la intención de proteger a las familias constituidas sin haber celebrado el matrimonio, teniendo inmediatamente los mismos derechos y obligaciones referentes al matrimonio. El requisito indispensable para la legalización de la unión de hecho es que el hombre como la mujer que van a unirse voluntariamente, deben ser libres de vínculo matrimonial con otra persona. Por disposición constitucional el Estado de Guatemala reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma, como lo establece el Artículo 48 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La definición legal encontrada en el Artículo 173 del Código Civil guatemalteco establece que la unión de hecho es “la unión de un hombre y una mujer con capacidad

¹⁹ Zanoni, A. Eduardo. **El concubinato**. Pág. 268

para contraer matrimonio, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente durante más de tres años ante familiares y relaciones sociales, cumpliendo los mismos fines que la institución del matrimonio”.

Partiendo de lo anterior, concretamos que la Unión de hecho es: la unión libre, pública y estable de dos personas del sexo opuesto con capacidad para contraer matrimonio, que han convivido por más de tres años, siempre que guarden entre sí una relación análoga con el matrimonio. Y que en ese sentido, la ley reconoce un estado de hecho para darle efectos jurídicos, siempre que reúna los requisitos que la misma exige. Esa unión no es otra forma de matrimonio sino el reconocimiento de una situación que ha durado no menos de tres años, en la que hombre y mujer, con capacidad para contraer matrimonio, han vivido juntos, han procreado, han trabajado y adquirido algunos bienes, por lo que es de justicia que se establezcan los derechos de ambos y sus mutuas obligaciones, tal como si fueran casados.

2.2.1. Clases de unión de hecho

- Voluntaria: declarada por ellos mismos ante 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 sociales.
- Judicial: una sola de las partes, ya sea por existir oposición o por haber muerto la otra, en cuyos casos deberá presentarse el interesado ante el Juez de Primera Instancia competente, quien en sentencia hará la declaración de la unión de hecho.

- Entre menores: Los alcaldes o notarios no podrán aceptar declaración de unión de hecho de menores de edad, sin el consentimiento de los padres o del tutor o, en su caso, autorización del juez.

2.2.2. Requisitos

- Hombre y mujer tengan capacidad para contraer matrimonio (este requisito se desprende de lo estipulado en los Artículos 88 y 180 del Código Civil, consiste en la ausencia de los grados de parentesco y la libertad de estado de los convivientes). Menores de edad únicamente mediante autorización de los padres o judicial.
- Publicidad: ante sus familiares y relaciones sociales, personas que se relacionen con la pareja den fe de su unión.
- Continuidad: que no haya sido interrumpido como mínimo tres años.
- Formación de una Familia, bajo los fines de procreación, alimento, y educación de los hijos y de auxilio recíproco. (como resultado de la unión, deben existir hijos, sin esta circunstancia no obstaría la declaración de Unión de Hecho)
- Solicitar documento personal de identificación, partida de nacimiento y certificaciones de nacimiento de cada uno de los hijos.
- Autorizar el acta, acta notarial, o escritura pública, por funcionario competente; donde declararán bajo juramento sus nombres y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, domicilio y residencia, profesión u oficio, día en que principió la unión de hecho, hijos procreados, indicando sus nombres y edades, y bienes adquiridos durante la vida en común.

- Dar aviso al Registro Nacional de Personas de la unión de hecho que autorizó.
- Si hay bienes es mejor que se realice una escritura pública, se envíe un testimonio y se da aviso al registro de la Propiedad.

2.2.3. Funcionarios que autorizan

- Notario: mediante acta notarial o escritura pública.
- Alcalde municipal: mediante acta en un libro especial.
- Juez de Primera Instancia: el reconocimiento de la unión de hecho por una sola de las partes, mediante juicio ordinario, ya sea por oposición o muerte, quien mediante sentencia hará la declaración de la unión, debe iniciarse antes que transcurran tres años desde que la unión cesó, que existan pruebas (salvo el derecho de los hijos para demandar).

Los funcionarios que autoricen “no podrán aceptar declaración de unión de hecho de menores de edad, sin el consentimiento de los padres o del tutor o, en su caso, autorización del juez”. Artículo 117 Código Civil.

2.2.4. Efectos de la unión de hecho inscrita en el RENAP

La unión de hecho declarada e inscrita en la forma legal en el Registro Nacional de Personas RENAP, es la que genera efectos legales. Y, el Código Civil, regula estos efectos en el Artículo 182; sin embargo, además de esta disposición, también existen otras que regulan efectos, entre ellas están los Artículos: 88, 184, 252 y 1084 del mismo cuerpo de leyes citado.

- Sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio.
- Ejercer la patria potestad sobre los hijos menores de edad.
- Los convivientes pierden su libertad de estado. Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio o unirse de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras dure la unión.
- Los unidos de hecho tienen derecho a la sucesión intestada de su respectivo conviviente, en los mismos casos que los cónyuges en el matrimonio.
- Los unidos de hecho poseen el derecho de solicitar la declaratoria de ausencia de su respectivo compañero, con el fin de que una vez declarada, poder solicitar el cese de la unión, liquidación del haber común, y la adjudicación de los bienes correspondientes.
- Derecho de los convivientes a percibir pensión por concepto de viudez, en caso de fallecimiento de alguno de ellos.
- La constancia de inscripción de la Unión de Hecho, produce iguales efectos que la certificación de matrimonio.
- 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.

- En caso de fallecimiento de alguno de ellos, el sobreviviente puede pedir la liquidación del patrimonio conyugal o haber en común y adjudicación de bienes, al igual que en el caso del inciso anterior.

2.3. Diferencias y similitudes entre matrimonio y unión de hecho

Matrimonio	Unión de hecho
Institución reconocida en la doctrina y las diversas legislaciones.	Es reconocida por pocas legislaciones, entre ellas la nuestra.
Es un acto constitutivo, dado que, la ley reconoce su validez desde la fecha de su celebración.	Es un acto declarativo, en virtud de que al reconocerse en forma legal su validez, se hace constar una situación de hecho iniciada con anterioridad.
Produce efectos " <i>ex nunc</i> ", es decir desde la fecha de su constitución.	Efectos " <i>ex tunc</i> ", es decir retroactivos, estos se retrotraen a la fecha que inicio la relación de convivencia.
No requiere de cohabitación previa.	Se exige un mínimo de tres años de vida en común.
Se disuelve legalmente por vía judicial	Se disuelve por vía notarial o judicial.
Puede celebrarlo un ministro de culto autorizado.	Un ministro de culto no puede declararla

- Sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones mismos que el matrimonio.
- Ejercer la patria potestad sobre los hijos menores de edad.
- Pérdida de libertad de estado civil, puesto que tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio o unirse de hecho con persona distinta.
- Derecho a la sucesión intestada
- Derecho a percibir pensión por concepto de viudez, en caso de fallecimiento de alguno de ellos.
- La constancia de inscripción de la Unión de Hecho, produce iguales efectos que la certificación de matrimonio.
- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho/fecha de matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que la unión cesó/divorcio, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida.
- En caso de no existir régimen económico o un acuerdo sobre los gananciales, se presume que están bajo la comunidad de gananciales.

2.4. Disolución del vínculo matrimonial (divorcio)

El matrimonio se disuelve por dos razones fundamentales.

- Por la muerte de uno de los cónyuges.
- Por el divorcio.

El divorcio "*divortium*", es "la disolución del matrimonio, se refiere al proceso que tiene como intención dar término a una unión conyugal".²⁰ Así mismo se puede definir como una institución por medio de la cual se rompe y disuelve en absoluto el matrimonio legítimamente contraído, dejando a los cónyuges en libertad.

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas. Por ejemplo los hebreos, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud; bastaba con informar al Sanedrín. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre. También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

Con la llegada del cristianismo el divorcio se prohibió debido a la concepción del matrimonio como un sacramento instituido por Dios por lo que era irrompible. Sin embargo existía la nulidad matrimonial donde el matrimonio se declaraba nulo si se demostraba que no había existido por diferentes razones (declarado por los tribunales eclesiásticos). La reforma de Luterana admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves.

En la legislación francesa no estaba permitido el divorcio, el matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado, pero a partir de la revolución de

²⁰ Real Academia Española. **Ob. Cit;** pág. 1.

1739, se abrió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio. Fueron asimilando varias ordenanzas que planteaban la posibilidad de pedir el divorcio en los siguientes casos.

- Adulterio
- Por la muerte de uno de los cónyuges
- Por la condena a pena criminal
- El abandono del hogar
- Los excesos
- Sevicias
- Las injurias graves del uno para con el otro

Fue asentado por primera vez en el Código Civil francés de 1804, siguiendo por verdaderos aquellos postulados que veían al matrimonio como una unión libre (para contraerlo basta el acuerdo libre de los esposos), y al divorcio como una necesidad natural.

Doctrinariamente, podemos definir el divorcio como la institución por cuya virtud se rompe o disuelve plena, absoluta y definitivamente mediante sentencia judicial el lazo matrimonial de nupcias legítimamente contraídas dejando a los esposos en libertad de contraer nuevo matrimonio.

El Código Civil de Guatemala, en el Artículo 161 indica como efecto principal la disolución del vínculo conyugal, dejando así en completa libertad a las personas para contraer matrimonio de nuevo. Es decir que el divorcio es sinónimo de rompimiento



absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial facultada.

De estas definiciones se desprende.

- El divorcio debe ser pronunciado por una autoridad judicial.
- El divorcio se limita a la disolución del matrimonio para el porvenir, se deja claro que si existió un matrimonio con anterioridad.
- El divorcio supone un matrimonio válido.

2.4.1. Clasificación

- Por mutuo acuerdo o voluntario

Doctrinariamente, es una idea conveniente de ocultar las causas graves, que pudieren ser escandalosas, deshonorosas, desprestigio o descrédito. Es una figura muy discutida en la doctrina y regulada en pocos países tiene su origen en el código francés de Napoleón. Es aquella solicitada a Juez competente por ambos cónyuges de común acuerdo respecto a todo lo que sus efectos produzcan. Esta clase de divorcio se caracteriza porque no hay litigio, de tal cuenta si no existe "*litis*" y habiendo un acuerdo entre los solicitantes, el órgano jurisdiccional debe velar únicamente porque se garanticen suficientemente las pensiones alimenticias, y aprobar si se ajusta a derecho el convenio o bases del divorcio presentado por los cónyuges, declarando oportunamente disuelto el vínculo matrimonial.

La separación o el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges podrá pedirse después de un año contado de la fecha en que se celebró el matrimonio, según el Artículo 154 párrafo final Código Civil, con tal precepto se trata de evitar la celebración de matrimonios simulados, que podrían disolverse fácil e inmediatamente. También tiene el propósito de que la pareja tenga un tiempo suficiente para hacer la prueba de mantener la estabilidad del hogar y tratar de resolver sus problemas conjuntamente.

Procedimiento

Si la separación o el divorcio se solicitan por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar junto al memorial inicial o con posterioridad a la junta conciliatoria personalmente, un proyecto de convenio sobre los siguientes puntos. (Artículo 163 Código Civil)

- A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio.
- Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos y en qué proporción contribuirá cada uno de ellos.
- Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si esta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades.
- Garantía que preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

La solicitud inicial tiene que reunir los requisitos del Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, acompañándose a la misma los documentos siguientes.

- Certificación de la partida de matrimonio de los cónyuges.
- Certificación de la partida de nacimiento de los hijos si los hubiese.

- Certificación de la partida de defunción de los hijos fallecidos.
- Certificación de capitulaciones matrimoniales si las hubiesen celebrado.
- Relación de los bienes adquiridos dentro del matrimonio.

Con posterioridad a la presentación del memorial inicial, se señala junta conciliatoria la cual debe verificarse dentro del término de 8 días señalándose día y hora en la cual tienen que comparecer los cónyuges personalmente auxiliados de diferente abogado, si el cónyuge se encuentra fuera de la república, debe constituir apoderado. Durante la conciliación o etapa de advenimiento de los cónyuges estos pueden tomar tres actitudes.

- Aceptan el divorcio los Cónyuges.
- Uno de ellos no quiere el divorcio.
- Los dos no quieren el divorcio.

Si ambas partes aceptan seguir viviendo comúnmente el juez en el mismo acto declarará el sobreseimiento definitivo. Los niños menores de diez años sin distinción de sexo y las hijas mujeres de cualquier edad quedaran al cuidado de la madre durante la tramitación del divorcio, a menos que los cónyuges hayan convenido en forma diferente si el Juez determina que hay motivos fundados para suponer que los hijos no están bien en poder de los cónyuges, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Celebrada la junta conciliatoria y habiendo mantenido los cónyuges su firme decisión de divorciarse y habiendo ya presentado los mismos el convenio que contiene las bases de divorcio, el Juez aprobará el convenio siempre que estuviese de conformidad con la ley.

El juez dictará la sentencia dentro de los 8 días siguientes a la celebración de la junta conciliatoria, la que resolverá sobre todos los puntos contenidos en el convenio, dicha sentencia puede ser impugnada por medio de recurso de apelación.

En Guatemala se ha podido comprobar que la mayoría de procesos de divorcio se tramitan como procesos voluntarios, también cabe resaltar que la tramitación de éstos procesos no son tan ágiles como se pretendía, situación que se traduce en un dilatamiento sin razón que conlleva a una serie de problemas retardando un fallo judicial, provocando con ello más desavenencias entre los aún cónyuges.

- Por causal determinada

Es la ruptura del vínculo matrimonial que da a instancia de uno de los cónyuges por causal previamente establecida en la ley, siendo suficiente que se invoque una sola de ellas al momento de plantear la demanda.

Entre los factores comunes que causan el divorcio podemos mencionar: matrimonios a corta edad, pobreza, desempleo, bajo nivel educacional, infidelidad, problemas familiares con hijos no propios, diferencias raciales, entre otros. Así mismo el Código Civil guatemalteco en el Artículo 155 establece las 15 causas legales que pueden alegarse para obtener el divorcio, estas son.

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges, (excepto con el consentimiento del cónyuge).

- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.
- La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.
- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado.
- La disipación de la hacienda doméstica.
- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión.
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.

- La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.
- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción.
- La separación de personas declarada en sentencia firme.

Procedimiento

Inicia interponiendo memorial solicitando el de divorcio ante el juez de familia competente, el cual debe contener todos los requisitos del artículo 61 de Código Procesal Civil y Mercantil. Además debe contener los siguientes documentos.

- Certificación de la partida o acta de matrimonio de los cónyuges.
- Certificación de la partida de nacimiento de los hijos vivos o certificación del acta de defunción de los ya fallecidos.
- Relación de los bienes adquiridos dentro del matrimonio.

Recibida la demanda el juez le dará el trámite respectivo, emplazando a los cónyuges principalmente a la parte demandada por él término de 9 días comunes para que se oponga y haga valer sus excepciones que crea convenientes y procedentes de acuerdo a la ley. Tomando en cuenta las medidas cautelares necesarias e invocadas dentro de la demanda el juez puede otorgar la suspensión de la vida en común, determinar de manera provisional quién se hará cargo de los hijos, si los hubiere menores de edad o incapaces, asimismo determinará según el caso y las necesidades, cuál será la pensión alimenticia (tanto para los hijos como para la mujer); el juez también podrá dictar todas

las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. (Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Si transcurrido el término de emplazamiento el demandado no comparece se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se seguirá el juicio en rebeldía a solicitud de parte. Seguidamente se abre periodo de prueba por 30 días para que las partes presenten sus respectivos medios de prueba, plazo que puede ampliarse hasta 10 días más; terminado éste se abre plazo para vista y alegatos durante 15 días y cumplidos los requisitos procesales se dictará la respectiva sentencia conforme a lo dispuesto en la ley del Organismo Judicial y a la Ley de Tribunales de Familia dentro de los 15 días siguientes.

Efectos propios del divorcio

Los efectos de la separación y el divorcio pueden ser personales o patrimoniales y se producen tanto con respecto a los propios cónyuges, como con respecto a los hijos del matrimonio y se pueden regular por los propios cónyuges por medio de convenio presentado. En caso de desavenencias, será el Juzgado el que los determine.

- Disolución del vínculo conyugal.
- Libertad para contraer nuevo matrimonio.
- Liquidación del patrimonio conyugal.
- Derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable.
- Suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal determinada de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de la parte interesada.

2.5. Modificación del matrimonio (separación)

El Artículo 154 del Código civil establece que “es la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial”. Dentro de las causas podemos alegar las mismas que para el divorcio del Artículo 155 del Código Civil.

2.5.1. Clasificación

- De hecho: cuando uno de los cónyuges abandona el hogar por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto de cesar la vida común, sin resolución judicial.
- Mutuo acuerdo entre los cónyuges: esta puede pedirse después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.
- Por voluntad de uno de los cónyuges por causa determinada, también llamado legal: es el declarado judicialmente.

2.5.2. Efectos propios de la separación

- Subsistencia del vínculo conyugal, no puede contraer nuevas nupcias.
- Derecho del cónyuge inculpable a la sucesión intestada del otro cónyuge
- Derecho de la mujer a usar el apellido del marido.

2.6. Cese de la unión de hecho

Cese deviene del verbo cesar, que significa: suspenderse o acabarse²¹. Es la disolución del vínculo producido por la unión de hecho legítimamente declarada, según lo establecido en el Artículo 183 del Código Civil guatemalteco. La unión de hecho es una institución del derecho civil, concretamente de la jurisdicción de familia.

En el caso de la unión de hecho, están facultados para autorizarla, los alcaldes municipales y los notarios. A “*contrario sensu*”, para terminar este vínculo, no se hace referencia a divorcio, sino a cesación que será por mutuo acuerdo ante el juez de primera instancia de familia o ante notario, por el procedimiento voluntario. Y solamente cuando hay contención ante Juez competente, por el procedimiento de juicio ordinario.

2.6.1. Clasificación

- Cese de Unión de hecho por mutuo acuerdo

Esta sucede cuando ambas personas manifiestan su voluntad de querer separarse y disolver la unión en la misma forma en que la unión de hecho se constituyó, al hacer un análisis del artículo 183 del Código Civil, se deduce, que la disolución de la unión de hecho por mutuo consentimiento, puede declararse en dos formas.

- Ante notario: por mutuo acuerdo, por el procedimiento voluntario en escritura pública o acta notarial, según su declaración. En el supuesto que el notario hiciere constar la unión de hecho en escritura pública; está recibiendo la declaración de voluntad de los convivientes. Son éstos quienes a voluntad

²¹ Real Academia Española. **Ob. Cit**; pág. 1.



declaran su unión y requieren los servicios profesionales del notario. Para el caso en que el notario haga constar la unión de hecho en Acta Notarial, los convivientes, requieren los servicios profesionales, pero no para declarar, sino para narrar al notario sobre el estado en que se encuentran y lo que ha ocurrido en ese período. Al notario no le consta que hayan convivido por más de tres años, sólo se circunscribe a transcribir en el acta lo declarado bajo juramento por los requirentes.

- Ante autoridad judicial: se debe hacer constar en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de los convivientes. Estos funcionarios deben reconocer el cese de la unión de hecho, y ordenar la anotación respectiva en el Registro Nacional de Personas.

Cese de unión de hecho por resolución judicial

Por causal determinada en la ley al igual que para el divorcio, en el Artículo 155 del Código Civil, se da cuando una de las partes mediante una de estas causas, decide dar por terminado la unión de hecho, por el procedimiento ordinario, solamente ante un órgano jurisdiccional puede realizarse, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 2, 6 y 9 de la Ley de Tribunales de Familia, el juez competente es el de primera instancia de familia, o el de primera instancia respectivo, en caso de no existir alguno.

Las causales son las siguientes

- La infidelidad de cualquiera de los convivientes.
- Los malos tratos de obra, riñas y disputas continuas y en general la conducta que haga intolerable la vida en común.

- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.
- La separación o abandono voluntario del hogar familiar o la ausencia inmotivada por más de un año.
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
- La negativa de cumplir con los deberes de asistencia y alimentación que se está legalmente obligado.
- La disipación de la hacienda doméstica.
- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión.
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.
- La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.

Asimismo, el juez debe resolver sobre los puntos del convenio, indicados en el Artículo 163 del Código Civil, según estipula el artículo 165 del mismo cuerpo legal citado, para el Divorcio. La declaración del cese de la unión de hecho inscrita, produce efectos legales análogos a la disolución matrimonial.

Cese de la unión de hecho declarada por causa de muerte

Si la unión de hecho no fue declarada e inscrita en forma legal durante la vida en común, no puede generar consecuencias legales de inmediato, al fallecer una de las partes, por existir de momento, incertidumbre en los derechos del unido supérstite. En tal caso, para que se reconozca su vida marital con el fallecido, el interesado debe iniciar un proceso judicial conocida como unión de hecho "*post mortem*".

2.6.2. Efectos del cese de la unión de hecho

- Liquidación del patrimonio común
- Pensión para la mujer, si careciere de ingresos propios.
- Pensión para el hombre imposibilitado para trabajar.
- Pensión para los hijos menores o incapaces.
- Suspensión y pérdida de la patria potestad, si la causal la llevare consigo y hubiere petición de parte interesada.
- Los ex convivientes pierden el derecho a sucederse por intestado
- Los ex concubinos adquieren libertad de estado.

CAPÍTULO III

3. Derecho comparado

3.1. Costa Rica

3.1.1. Constitución Política de la República de Costa Rica

La Constitución Política, fue aprobada el 7 de noviembre de 1949, y es la norma suprema del ordenamiento jurídico de Costa Rica, ésta regula el estado civil, garantías, derechos y obligaciones individuales, sociales, religiosos, culturales, educativos, y políticos; así como la división de poderes y la organización del Estado.

Lo relativo a la familia, se encuentra en el Artículo 51 “la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrá derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.” Ubicado este dentro del título V, con el nombre de derechos y garantías sociales, dando así gran importancia a la familia, como la doctrina lo dice. la base de la sociedad.

Dentro del mismo cuerpo legal en el Artículo 52, se encuentra regulado lo relativo al matrimonio y su importancia, describiéndolo como la base esencial de la familia, basándose en la igualdad de los cónyuges.

3.1.2. Matrimonio

Código de Familia, N° 5476.

En este país todo lo relativo al matrimonio, divorcio, unión de hecho y cese de la unión de hecho, se encuentra regulado en el Código de Familia, N° 5476, decretado por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, el 21 de diciembre de 1963.

En dicho cuerpo normativo presta una especial regulación a la familia y se otorga al Estado la obligación de proteger a familia, así como amplía la noción de familia, incluye tipos de dicha institución que en el pasado no eran concebidas, se incluye a la familia monoparental, biparental, extensa y de hecho. “La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”, según el Artículo 2 del Código de Familia, son principios fundamentales para la aplicación e interpretación de la normativa.

Dentro de las disposiciones generales del Código, se establece la protección especial de las madres y de los menores de edad, la cual estará a cargo del Patronato Nacional de la Infancia, con colaboración de otras instituciones del Estado.

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en el Artículo 52, establece que el matrimonio es la base esencial de la familia y se fundamenta en la igualdad de los cónyuges, norma que se integra con el Artículo 11 del Código de Familia de costarricense que define el matrimonio como “la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio”, por lo que se entiende que

la comunidad de vida personal entre el varón y la mujer y no la procreación, es el fin primario que éstos ordenamientos legales, asignan al matrimonio.

Requisitos para la celebración del matrimonio

A continuación se detallan los requisitos que no deben de omitirse para la celebración del matrimonio, y si ocurriere no podrá celebrarse éste y si se realiza, será nulo ya que abran impedimentos para celebrarlo. Establecidos en los Artículos 25, 26, 27, 28 y 31 del Código de Familia.

- Ante funcionario competente.
- Que se realice entre un hombre y una mujer.
- La voluntad de los contrayentes, exenta de vicios, verbalmente o por escrito.
- Ser mayor de 16 años.
- Ser soltero(a), divorciado(a) o viudo(a), la condición debe estar certificada
- Tener plena facultad mental.
- Certificación de la fecha reciente de los asientos de nacimiento emitida por el registro civil o por el notario público.
- Documentos que demuestren haber obtenido el asentimiento de los padres o del tutor, en caso de ser menor de edad.
- Tener dos testigos idóneos, que declaren bajo juramento la libertad civil de los contrayentes.
- Si la contrayente fuese divorciada debe presentar certificación dor.de demuestre que ha transcurrido el plazo de viudez. (Artículo 16 Código de Familia).

- Publicación de un edicto, donde se incluya el nombre de los futuros contrayentes, edad, profesión, lugar de nacimiento, domicilio de los últimos tres meses, nombre apellidos, nacionalidad y generales de los padres.
- Una vez celebrado el matrimonio, se levantará el acta que deberá asentarse al protocolo del notario y que firmarán los contrayentes los testigos y el funcionario; de todo esto al igual que en Guatemala, se le entregará a los esposos una copia firmada del acta y el funcionario estará en la obligación de presentarla al registro civil dentro de los ocho días posteriores.

El Código de Familia dispone que el matrimonio que celebre la iglesia católica, una vez inscrito en el registro civil surta efectos civiles desde su celebración.

Funcionarios que autorizan

- Notarios públicos, "...el acta correspondiente se asentará en su protocolo y deberán conservar en el de referencias, la copia respectiva". Artículo 24 del Código de Familia.
- Jueces de familia: "...se celebrará ante la autoridad de la jurisdicción en donde haya residido durante los últimos tres meses cualquiera de los contrayentes. Tales autoridades serán, un juez civil o un alcalde civil, o el gobernador de la provincia". Artículo 24 Código de Familia.
- Cónsules.
- Sacerdotes católicos.

- Los notarios tienen capacidad de realizar la celebración del matrimonio en todo el país mientras que los otros solo podrán realizarlo en sus respectivas jurisdicciones.

Efectos del matrimonio

Según el Código de Familia, el matrimonio surte efectos desde su celebración y debe ser inscrito en el Registro Civil. Y desde ese momento, surten los siguientes derechos y obligaciones (Artículos 33-36 Código de Familia).

- Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia.
- Están obligados a respetarse, guardar fidelidad, a socorrerse mutuamente y a vivir en común.
- El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios.
- El matrimonio válido del menor produce los efectos de la mayoría de edad. Si se disuelve el vínculo matrimonial, el excónyuge mantendrá su condición de mayor edad.

Impedimentos para contraer matrimonio: Artículo 14, Código de Familia.

- De la persona que está , ligada por un matrimonio anterior.
- Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.
- Entre hermanos consanguíneos.

- Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el excónyuge del adoptado.
- Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
- Entre personas de un mismo sexo.

Matrimonios especiales

Al igual que en la legislación guatemalteca, hay casos especiales en los que se pueden omitir algunos de los requisitos para contraer matrimonio, siempre y cuando se realicen los requisitos específicos.

- Matrimonio del menor de edad

“Para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su asentimiento y no están obligados a motivar su negativa...” Artículo 21 Código de Familia. Así mismo en los menores sujetos a tutela, será el tutor quien deba dar el consentimiento. Al igual que en la legislación guatemalteca, si no existiere autorización de los padres o tutor, se puede otorgar la “dispensa judicial” la cual será suplida por el Tribunal.

- o Cuando el menor haya sido declarado administrativa o judicialmente en estado de abandono; o si siendo huérfano, careciere de tutor.
- o Cuando el asentimiento se niegue y sea necesario para evitar que el menor sufra los perjuicios que podría derivar de los delitos cuya acción o pena se extinguen con el matrimonio.

- Matrimonio por peligro de muerte, Artículo 29 Código de Familia.

En caso de peligro de muerte de uno de los contrayentes, podrá omitirse algunos requisitos anteriores; sin embargo mientras éstos no se cumplan ninguno de los interesados podrá reclamar los derechos civiles procedentes de ese matrimonio.

- Matrimonio por poder, Artículo 30 Código de Familia.

La legislación costarricense señala que el matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderado con poder especialísimo constante en escritura pública y que exprese el nombre y generales de la persona con quien éste haya de celebrar el matrimonio. Y como requisito obligatorio el de concurrir a la celebración en persona el otro contrayente.

Nulidad del matrimonio

Ésta se da cuando se violentan las prohibiciones más graves para que se otorgue un matrimonio. Los cónyuges que hayan obrado de buena fe deben verse menos afectados.

Régimen patrimonial (económico)

Las capitulaciones matrimoniales como negocio jurídico por el cual se regula el régimen económico del matrimonio, están regulados en el Código de Familia en los artículos 37 al 47, y parecido a la normativa guatemalteca pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprenden los bienes presentes y futuros,

deben constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público, pudiendo ser estas modificadas con posterioridad.

El Código Civil de Costa Rica, consagra el sistema de libertad de pacto respecto al régimen patrimonial a escoger en el matrimonio, "...estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este título", Artículo 40.

Así mismo se encuentra el régimen legal supletorio el cual establece que "...a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales (cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro)", Artículo 41.

3.1.3. El divorcio

Implica que termina el vínculo matrimonial, es decir lo disuelve, está regulado en el artículo 48 y siguientes del Código de Familia. Este puede ser por causal determinada o por mutuo consentimiento al igual que en la legislación guatemalteca.

- Divorcio por causal determinada:

Como causales del divorcio se establecen: el adulterio, el atentado contra la vida del cónyuge o los hijos, tentativa de prostitución o corrupción al otro cónyuge y a los hijos, la sevicia (maltrato físico o psicológico), la separación judicial por un término mayor a un año, la ausencia del cónyuge legalmente declarada, la separación de hecho por un

término no menor de tres años. Esta acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año desde que tuvo conocimiento de los hechos, ante el juzgado competente. La sentencia deberá contener lo relativo a la pensión de los hijos y del cónyuge inocente.

- Divorcio por Mutuo Consentimiento:

Deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública que versará sobre cuidado de los hijos, alimentos, pensiones y propiedades, (en la forma indicada en el Artículo 60). Por lo que se entiende que al igual que en Guatemala únicamente existe en la vía judicial.

Como se trató en el régimen patrimonial, al momento de celebrar el matrimonio la pareja debe de elegir el régimen económico o bien se toma el régimen subsidiario como suyo, teniendo entonces cada cónyuge el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatado en el patrimonio del otro, sin embargo nunca serán bienes gananciales los adquiridos durante el matrimonio a título gratuito, los comprados con valores propios de los cónyuges destinados a ello en capitulaciones matrimoniales, aquellos cuya causa de adquisición precedió al matrimonio, y los bienes adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

La separación judicial

Ésta implica la separación corporal y de bienes, y de la cesación de la presunción de paternidad, pero los cónyuges se mantienen casados, conservándose los deberes de fidelidad y de mutuo auxilio, por lo que este no disuelve el vínculo sino que lo suspende.

Las principales causas de separación judicial son el abandono de hogar, las ofensas graves, la separación de hecho por más de un año, el incumplimiento injustificado de los deberes de asistencia y alimentación, los trastornos graves de conducta. Es posible la separación judicial por mutuo consentimiento cuando los cónyuges tienen más de dos años de casados.

Los cónyuges tienen que concurrir ante notario para acordar sobre guarda, crianza y educación de los hijos, bienes, y pensión alimentaria. El acuerdo tiene que ser aprobado por un juez, luego de lo cual se inscribe en los registros públicos.

3.1.4. Unión de hecho

La unión de hecho se encuentra regulada en el Código de Familia, introduciendo todo un régimen legal y patrimonial para la relación. A partir de allí, para evitar injusticias en la práctica, se fueron adaptando y mejorando una serie de normas y derechos en relación con este tema; el licenciado Juan Zavala dice que "... en el aspecto legal y patrimonial, la unión de hecho, no es tan diferente a un matrimonio, toda vez que nuestra Constitución protege la familia como tal, en el Artículo 51 de la Constitución Política: "la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del estado... reconoce la importancia de la vida en familia, al establecer el deber del Estado de protegerla en forma especial por ser el elemento natural y fundamento de la sociedad cuyos fines, entre otros, son los de formar una comunidad de personas, estar al servicio de la vida de sus componentes y participar en

el desarrollo de la sociedad...”²². Por lo que según él los formalismos no son lo más importante, para la existencia de la familia, no necesariamente nos lleva a la existencia de vínculos jurídicos. Sin embargo constitucionalmente el matrimonio es la base esencial e ideal de la familia. Aunque hay posturas que establecen que la declaratoria de unión de hecho es para efectos patrimoniales y pensión alimentaria fundamentalmente.

En el Artículo 242 del Código de Familia se encuentra una definición amplia, “la unión de hecho pública, notoria, única y estable por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios de matrimonio formalizado legalmente al finalizar por cualquier causa”, de aquí se pueden extraer varias conclusiones.

- Deben poseer aptitud para contraer matrimonio
- Debe ser una unión pública, notoria, única y estable por más de tres años
- Entre un hombre y una mujer
- Surte todos los efectos patrimoniales del matrimonio.

Declaratoria de unión de hecho

El conviviente que desee ejercer sus derechos derivados de la ley, debe acudir al juzgado competente a solicitar la declaratoria por medio de un proceso abreviado (Artículo 420 del Código Procesal Civil).

²² Zavala Tasies, Juan Rafael. **La unión de hecho en Costa Rica, conocida como unión libre. Marco legal y jurisprudencia.** Publicación electrónica <http://bufetetzavala.com/category/publicaciones/>

En la sala constitucional, el derecho a la adopción conjunta por convivientes en unión libre declarada, es decir, únicamente podrá aplicarse el derecho de adoptar por parte de ambos convivientes como núcleo familiar, previa declaratoria de la convivencia. Este es un ejemplo de la importancia de la declaratoria de unión libre judicial como requisito previo para adoptar.

Costa Rica ha establecido pautas sobre la unión de hecho por medio de jurisprudencia, dentro de lo más relevante establecido se tiene lo siguiente.

- Reconocimiento judicial de unión de hecho y nulidad de traspaso: la estabilidad y la convivencia por más de 3 años son 2 de los requisitos necesarios para que la unión de hecho sea tutelada por el ordenamiento jurídico. Ésta, una vez reconocida, surte los mismos efectos legales de un matrimonio formalmente legalizado, al terminarse por cualquier causa. En este caso, se tiene por reconocida la unión de hecho y, por consiguiente, los bienes adquiridos durante la misma tienen la naturaleza de ganancial, por lo que se anula el traspaso realizado.
- Unión de hecho, requisito de estabilidad: no interrumpen la continuidad de la unión de hecho, las separaciones normales en la dinámica de pareja ni aquellas que tengan como motivo el trabajo. Para que la exigencia de estabilidad desaparezca se requiere que no haya ningún tipo de comunicación entre la pareja durante el rompimiento temporal, lo cual debe acreditarlo quien se oponga a la declaratoria de unión de hecho. Se reconoce el tiempo convivido por la partes en México porque el artículo 242 del Código de Familia exige una

convivencia no menor a 3 años y no distingue o discrimina por el lugar donde esta se haya dado.

- Unión de hecho/ Gananciales/ Ficción Legal: la conviviente tiene derecho, en calidad de gananciales, a la mitad de la suma que se había satisfecho al momento de la separación, proporcional al valor actual del inmueble.

3.1.5. Cese de la unión de hecho

En caso de la ruptura de la relación, o muerte del otro conviviente, es imperativo ejercer dicha acción legal en un término no menor de dos años, de lo contrario, caducará o se extinguirá y con ello sus derechos. El Artículo 243 del Código de Familia establece: "(...) cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá solicitar al tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitará por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante".

Respecto a los bienes, al dar por terminada la unión de hecho, pueden liquidarse a partir de cuándo se declaró iniciada la unión de hecho que implica la existencia de bienes comunes, lo que constituirían los bienes gananciales, es decir, aquellos bienes creados dentro de la relación de unión libre o de hecho, salvo la existencia de un acuerdo previo asimilable a las capitulaciones matrimoniales.

Con respecto a la pensión alimenticia, el Artículo 245 del Código de Familia indica que los convivientes podrán solicitarla cuando la convivencia termine por un acto unilateral

injustificado de uno de los convivientes, siempre que carezca de medios propios para subsistir, al igual que en el matrimonio.

3.2. España

3.2.1. Constitución de la República Española

En su Artículo 39 sobre la protección a la familia y a la infancia, establece “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

3.2.2. Matrimonio

Código Civil Español

Como se describió con anterioridad, siendo el matrimonio la unión estable y permanente de dos personas no importando su sexo, el Código civil español establece los siguientes requisitos para contraerlo, Artículos 45, 56, 58, 62 Código Civil:

- Acreditada la capacidad matrimonial
- Los contrayentes expresarán su consentimiento ante la autoridad competente y dos testigos.
- El juez, alcalde o funcionario, después de leídos los arts. 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto, y respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente
- Firma del acta por el autorizante, los contrayentes y testigos.

Impedimentos para contraer matrimonio

- Los menores de edad no emancipados.
- Personas ligadas con vínculo matrimonial previo y no disuelto.
- Colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- Condenado como autor o cómplice de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Puede dispensarse por el Ministro de Justicia.

Funcionario que autorizan

- Cualquier español puede contraer matrimonio civil ante el juez, alcalde o funcionario que haga sus veces, siendo la competencia del juez o el alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio.

Matrimonio en situaciones especiales

- Matrimonio por poder

Es necesaria la presencia de uno de los novios ante el juez, alcalde o funcionario. El contrayente ausente ha de residir fuera del distrito o demarcación del juez, alcalde o funcionario y tiene que conceder un poder especial en forma auténtica a una persona que actuará en la ceremonia como apoderado suyo. Este tipo de matrimonio tiene que autorizarse en el expediente matrimonial.

- Matrimonio celebrado en peligro de muerte:

Puede celebrarlo el juez, alcalde o funcionario delegado aunque los contrayentes no residan en su circunscripción. Cabe la posibilidad de realizarlo ante oficial o jefe superior cuando se trate de militares en campaña, o ante el capitán o comandante de

una aeronave. No es necesaria la previa formación de un expediente, aunque si han de estar presentes dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada.

- Matrimonio secreto

Tiene que existir una causa grave que lo justifique. Han de autorizarlo el Ministerio de Justicia, el expediente se tramita reservadamente y no se publican edictos ni proclamas. Este matrimonio se inscribe en un libro especial del Registro Civil Central, porque en principio no figura en el registro civil ordinario.

- Matrimonio entre extranjeros a celebrar en España

Para que dos personas puedan contraer matrimonio civil en España, se exige al menos que, uno de los contrayentes esté domiciliado en España. En el caso de que ninguno de los contrayentes tenga su domicilio en España pero a pesar de ello, el matrimonio se celebra, dicho matrimonio no será válido.

3.2.3. Divorcio

El Artículo 85 del Código Civil, establece que “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”, en los subsiguientes Artículos hasta el número 100 del mismo cuerpo legal hace referencia a todo lo relacionado a la disolución del vínculo matrimonial, efectos, ley aplicable y otros.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el

consentimiento del otro. La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

Efectos

- Se otorga el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad, el ejercicio de ésta, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.
- La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- La pensión que correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

En las sentencias de separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los Artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de

estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

3.2.4. Parejas o uniones de hecho

También denominadas uniones no matrimoniales o extramatrimoniales, caracterizadas por la convivencia estable entre dos personas, en el marco de una relación afectiva análoga a la conyugal.

Ni la Constitución española, que recoge entre sus principios la protección de la familia, ni tampoco el Código Civil, hacen alusión alguna a las mismas, siendo ello fiel reflejo del carácter reciente de este fenómeno. Han sido precisamente las comunidades autónomas las que, en los últimos años, se han encargado de dictar normas al respecto, recogiendo aspectos como los requisitos para su inscripción en el Registro, establecimiento de pactos de convivencia entre sus miembros o su equiparación respecto de los matrimonios en algunos ámbitos. Junto con estas disposiciones autonómicas, se han introducido reformas concretas en la legislación española, como en la Ley General de Seguridad Social en su Artículo 174, posibilitando que el conviviente supérstite de una pareja no casada ostente el derecho subjetivo a una pensión de viudedad.

España consta de 12 comunidades autónomas que han aprobado una ley sobre parejas de hecho que son las siguientes: Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Madrid, Navarra, País vasco, Valencia.

Debe diferenciarse la pareja de hecho llamada convivencia mutua que se recoge por algunas leyes existentes (Cataluña, Ley de 28-12-98), pero que contemplan una unión estable con afectividad de tipo análoga con el matrimonio.

Se puede definir como una unión libre, pública y estable de dos personas con independencia de su orientación sexual, siempre que guarden entre sí una relación de afectividad análoga con el matrimonio. La pareja estable impide mantener otra relación similar con efectos jurídicos y es incompatible con cualquier matrimonio de los partícipes.

Forma de constitución

Se constituye por su establecimiento en escritura pública (en Cataluña) o por la convivencia ininterrumpida de dos años (un año en Navarra, y en Cataluña queda dispensado si han tenido descendencia y la unión se mantenga), pudiendo acreditarse la convivencia por cualquier modo de prueba admitido en el ordenamiento jurídico (inscripción en el Registro de la Diputación General; acta de notoriedad).

Efecto

Los efectos personales y patrimoniales de la pareja estable pueden fijarse por acuerdo entre las partes, ya sea de forma verbal, en documento privado o público, respetando

los derechos mínimos irrenunciables de las leyes. No cabe pacto de convivencia por plazo o condición.

Principalmente el acuerdo debe versar en de que manera contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes (necesarios para su mantenimiento y el de sus hijos comunes o no que convivan con ellos), con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios o bien que cada componente de la pareja conserve el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

Al no existir matrimonio entre la pareja, la ley no prevé nada al respecto, ni siquiera en el caso de que existan hijos menores, por lo que, en principio, si la vivienda está alquilada, tendrá derecho a permanecer en ella aquél a cuyo nombre esté el contrato de arrendamiento, si es comprada, tendrá derecho a permanecer en ella el titular de la propiedad, si ambos miembros son titulares, tienen el mismo derecho a permanecer en la vivienda. La Ley establece que los hijos menores de 7 años quedarán siempre al cuidado de la madre.

La convivencia de la pareja trae consigo la aplicación analógica de las normas relativas a la protección del miembro que resulte menos favorecido económicamente tras la convivencia, en este sentido, la ley catalana va más allá, estableciendo en su Artículo 13 “el derecho del conviviente que hubiera asumido un papel más destacado en el sostenimiento de las cargas familiares a obtener una compensación económica tras la ruptura de la pareja, dándose con ello el enriquecimiento injusto del otro (pensión ésta

análoga para supuestos de matrimonio); así como la posibilidad de solicitar una pensión periódica para el caso de que su posición económica se hubiera visto especialmente deteriorada tras la ruptura”.

En el ámbito hereditario, los derechos del conviviente supérstite dependerán directamente de su nombramiento como heredero o legatario por parte del conviviente fallecido. O bien se aplica por analogía las normas sucesorias protectoras del viudo/a relativas al ajuar y vivienda familiar, a favor del conviviente supérstite (Cataluña).

3.3. México

3.3.1. Constitución Política de los Estados Mexicanos

De una interpretación literal, teleológica, sistemática e histórica tradicional del artículo 30, apartado B, fracción II en relación con el primer párrafo del artículo 4° de la CPEUM, se desprende que el constituyente permanente, a través de la reforma publicada el 31 de diciembre de 1974 en el diario oficial de la federación, reconoció la institución del matrimonio entendiendo por ésta a la unión libre entre varón y mujer, reconoció y fortaleció la igualdad jurídica de la mujer frente al varón y elevó a rango constitucional la protección de la familia.²³ Es decir que la redacción utilizada por el constituyente se refiere y puede concluirse que el matrimonio al que hace referencia la Constitución es aquel que sólo puede contraerse entre hombre y mujer.

²³ Vázquez Gómez, Francisco. **El matrimonio en la Constitución mexicana**. Publicación electrónica: <http://vazquezgomez.blogspot.com/2010/07/el-matrimonio-en-la-constitucion.html>

3.3.2. Matrimonio

Código Civil Federal

Según el Artículo 146 es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Requisitos

- Ambos contrayentes sean mayores de edad.
- Los menores de edad, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. (consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el juez de familia).
- En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.
- Los mexicanos que se casen en el extranjero, se presentarán ante el Registro Civil para la inscripción de su acta de matrimonio dentro de los primeros tres meses de su radicación en el Distrito Federal.

Impedimentos

- La falta de edad requerida por la Ley.

- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos.
- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente.
- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.
- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.
- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.
- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- La impotencia incurable para la cópula.
- Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria.
- Padecer algunos de los estados de incapacidad.

Efectos

- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.
- Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos.
- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal
- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación.

- Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.
- El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.

Régimen económico

- Sociedad conyugal.
- Separación de bienes.
- Mediante capitulaciones matrimoniales, antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar o ante Notario, mediante escritura pública, haciendo contar los bienes propios.
- Los bienes de la sociedad conyugal serán administrados por ambos cónyuges, salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales.

3.3.3. Divorcio

El Artículo 266 del Código Civil Federal contiene una definición: “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, ante juez competente”.

Requisitos

- Por uno o ambos cónyuges

- Ante la autoridad judicial, en caso de desacuerdo deberá resolver.
- Manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, (acompañando a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, guarda y custodia de hijos, visita, alimentación, educación, de los hijos, domicilio conyugal, menaje de casa, administración de la sociedad conyugal,
- Haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.

Así mismo el Artículo 272 indica la procedencia del divorcio administrativo, siendo este más rápido, ya que únicamente el Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, y ratificando en el mismo acto la solicitud de divorcio, levantará un acta en que los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Requisitos

- Transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio
- Ambos cónyuges convengan en divorciarse
- Sean mayores de edad,
- Liquidado previamente la sociedad conyugal de bienes
- La cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad.

Suspensión de cohabitación: La persona que no quiera pedir el divorcio podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos.

- Padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria.
- Padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.
- Padezca trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

En estos casos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

3.3.4. Concubinato

Según el diccionario es “la relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”²⁴. El concubinato va desde las relaciones de poca duración, a las duraderas y estables, pero que tienen en común el considerarse relaciones estables, excluye las relaciones pasajeras entre un hombre y una mujer, sin la intención de convivir maritalmente.

²⁴ Real Academia Española. **Ob. Cit**; pág. 1..

El Código Civil Federal en su Artículo 291 Bis establece que las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos (siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio).

“Exclusivamente las legislaciones civiles de los Estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Jalisco, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa y Tlaxcala, así como, la Ley para la Familia de Hidalgo y los Códigos Familiares de Michoacán, Morelos, San Luis Potosí y Zacatecas, definen al concubinato; los ordenamientos restantes se refieren a él en función del derecho a heredar de la concubina, o en su caso, de ambos concubinos, o bien, de la obligación entre sí de proporcionarse alimentos; sin embargo, se consideran sus disposiciones para una visión íntegra del mismo”.²⁵

Requisitos

- Vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años (que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones).
- No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.
- Las personas se encuentren libres de matrimonio u otro concubinato.
- Que no posean ningún impedimento legal para contenidos en las disposiciones legales sobre el matrimonio.
- Entre un hombre y una mujer.

²⁵ Zúñiga Ortega, Alejandra Verónica. **Concubinato y familia en México**. Pág. 32

Excepción

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato.

Efecto

- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.
- El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.
- Derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge.

En el concubinato es entonces un hecho jurídico voluntario lícito, y sí hay una manifestación de voluntad para unirse, la cual se da sin formalidad ni solemnidad alguna, es decir, de hecho, que no hay y no debiera haber un procedimiento que los concubinos sigan para iniciar su vida juntos, no existe vínculo jurídico entre ellos, pero que se formalizará en el transcurso de la vida que juntos desarrollarán una vez celebrado el acto constitutivo de la unión y en la que se desenvuelven y manifiestan los fines del matrimonio: ayuda mutua, respeto, fidelidad y en su caso procreación.

3.3.5. Cese del concubinato

“Para que el matrimonio concluya debe intervenir la autoridad civil o administrativa, según el tipo de divorcio; en cambio, en el concubinato las partes, sin intervención alguna del Estado, pueden dar por finalizada su unión, lo cual es consecuencia lógica del inicio del concubinato porque en el acto de constitución tampoco participó la autoridad estatal.”²⁶

A nivel general en los Estados Unidos Mexicanos no existe legislación sobre cómo debe realizarse el cese del concubinato únicamente se encuentra la forma y requisitos del divorcio el cual debe realizarse ante un juez competente, por lo que se entiende que el concubinato no requiere requisitos formales para su disolución. Así en la legislación sobre concubinato solo se encuentran los efectos que este produce.

Efecto del cese:

- Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato (el derecho podrá ejercitarse durante el año siguiente).

²⁶ Zúñiga Ortega, Alejandra Verónica. **Ob. Cit;** pág. 83.

3.4. Chile

3.4.1. Constitución Política de la República de Chile

El Artículo 1 y primera línea de la Constitución Política de la República de Chile establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, haciendo saber la gran importancia que el Estado le da a la familia. Sin embargo no regula nada relativo al matrimonio, o unión de hecho.

3.4.2. Matrimonio

Código Civil Federal

Constituida la institución matrimonial, cobra existencia propia y su estatuto, fijado por la Ley Civil como un reconocimiento del orden natural, no puede ser alterado por la voluntad de los fundadores. La "sociedad conyugal, formada por los bienes de ambos cónyuges, es la dotación económica destinada a la subsistencia y progreso de la institución y colocada bajo la administración del marido, en su calidad de jefe de grupo. Como corolario del carácter institucional del matrimonio, se deduce que no puede ser disuelto por la voluntad de los cónyuges; que su objeto está fuera del comercio humano; y que produce plenos efectos respecto de terceros"²⁷.

Se encuentra regulado en el Código Civil del Estado de Chile, dentro del libro I, título IV. Según el Artículo 102, el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente. Los cónyuges están obligados a

²⁷Cristián Boetsch Gillet. **Ob. Cit**; pág. 14.

guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos.

En Chile el matrimonio se secularizó con la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, la cual regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos. Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil.

Requisitos

- Celebrarse por mandatario especialmente facultado (oficial de Registro Civil)
- El otorgarse por escritura pública, e indicar el nombre, apellido, profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario.
- Si es segunda nupcia debe realizar un inventario de los bienes que le pertenecen a los herederos del primer cónyuge.
- Vivir en el hogar común.
- Que los contrayentes sean hombre y mujer.
- Que manifiesten su voluntad de contraer, por escrito, oralmente o por medio de lenguaje de señas.
- Cursos de preparación para el matrimonio, los cuales tienen por objeto especialmente que los contrayentes conozcan los derechos y deberes que impone el vínculo y tomen conciencia de las responsabilidades que asumen

dictados por el Servicio del Registro Civil, entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público, por instituciones de educación.

Impedimentos

- Los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; el del otro padre o madre; o a falta de ambos, el del ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo.
- Mientras que una persona no hubiere cumplido dieciocho años.
- Al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez.
- El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge.
- Los menores de dieciséis años.
- Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;
- Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.
- Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de seña.
- Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado.

3.4.3. Separación y divorcio

Separación: el capítulo III de la Ley de Matrimonio Civil trata de la separación de los cónyuges, distinguiendo entre a) separación de hecho y b) separación judicial.

Separación de hecho

La Ley de Matrimonio Civil, trata la separación de hecho, buscando regular las consecuencias que de ella derivan: relaciones de los cónyuges entre sí y con los hijos, cuidado de estos últimos; derecho-deber del padre o madre que vive separado de los hijos de mantener con ellos una relación directa y regular; alimentos para los hijos y para el cónyuge más débil; administración de los bienes sociales y de la mujer cuando están casados en sociedad conyugal, etc.

La ley establece dos formas de hacer esta regulación.

- De común acuerdo
- Judicialmente.

- Regulación de común acuerdo

se refiere a ella el Artículo 21: "Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere a su cuidado", este debe realizarse por escrito

(escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público, acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o transacción aprobada judicialmente), debidamente inscrito si es necesario. Por lo que se hace énfasis que este país si tiene regulado el divorcio en la vía notarial a diferencia de los otros países estudiados.

Si los cónyuges no logran ponerse de acuerdo, cualquiera de ellos podrá solicitar la regulación judicial, para reglar las relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones con los hijos, como los alimentos, el cuidado personal o la relación directa y regular que man tendrán con ellos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos". El cese de la convivencia tendrá fecha cierta a partir de la notificación de la demanda (Artículo 25).

- Separación judicial

El párrafo 2º del Capítulo III de la ley, Artículos. 26 al 41 trata de la separación judicial.

Existen diversas causales para la separación judicial entre las cuales se mencionan:

Por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Por cualquiera de los cónyuges, cuando hubiere cesado la convivencia.

Efectos

- Restituyen a la mujer sus bienes y se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte.
- El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio.
- La mujer divorciada perpetuamente administra, con independencia del marido, los bienes que ha sacado del poder de éste, o que después del divorcio ha adquirido.
- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales.
- Suscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial.
- Se disuelve la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales.
- Administran sus bienes con plena independencia uno del otro
- No se altera la filiación ya determinada.
- Pueden celebrar contratos de compraventa entre sí.

Divorcio

El divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

Requisitos

- Podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les

impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

- El divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo.
- Cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año (deberán acompañar un acuerdo que, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos).

Efectos

La sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá inscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos. Y tiene los mismos efectos de la separación añadiendo a este el derecho de volver a contraer matrimonio ya que éste disuelve por completo el vínculo conyugal.

3.4.4. Unión de hecho

El concepto de concubinato (comunidad de lecho) fue recogido inicialmente por la legislación chilena, sin embargo ahora se entiende que éste va más allá, siendo una comunidad de vida, semejante a la que se da en las uniones nacidas del matrimonio. Es por esa razón que se habla de uniones no matrimoniales o de hecho, la doctrina chilena está conteste al momento de señalar los elementos constitutivos de una unión no matrimonial.

- Diversidad de sexo. Que se trate de personas de distinto sexo, careciendo de relevancia el hecho de que tengan o no hijos.
- Estabilidad. Si bien se trata de un concepto difícil de precisar, la doctrina ha señalado ciertos criterios que permiten determinar la concurrencia de este requisito, como por ejemplo la intención real de las partes, duración de la vida en común, existencia de hijos comunes, etc. Hay que atender a la existencia de hechos que demuestren de forma inequívoca la presencia de una unión estable, sin embargo se trata de un elemento que debe apreciarse caso a caso, atendiendo las circunstancias concretas.
- Ausencia o inobservancia de la formalidad del matrimonio.

Efectos

En materia de efectos no existe una regulación legal de las uniones no matrimoniales, sino solo algunas disposiciones aisladas doctrinarias y jurisprudenciales que regulan ciertos aspectos, siendo principalmente la jurisprudencia la encargada de resolver los conflictos que se generan en esta, recurriendo, principalmente, a normas generales de derecho civil o a los principios generales.

Se distingue entre.

- Efectos personales. No producen efectos personales.
- Efectos patrimoniales. distinguiendo entre efectos patrimoniales de la unión de hecho entre los convivientes (contratos celebrados entre convivientes, bienes adquiridos entre ellos, donaciones, responsabilidad contractual, derechos sucesorios, etc.) y efectos patrimoniales de la unión de hecho de los convivientes

respecto de terceros (responsabilidad por el hecho del otro conviviente, daño por repercusión o rebote, demanda de precario).

La jurisprudencia ha sostenido que se trata de “la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común”. Por su parte la doctrina nacional señala que “la unión de hecho no matrimonial entre personas de distinto sexo puede ser entendida como una unión lícita entre un hombre y una mujer, fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”.

Al margen de las definiciones doctrinales, es importante mencionar que la convivencia en Chile, con o sin reconocimiento legal, ha obtenido ya una amplia legitimación social y se ha convertido en una vía sumamente atractiva para ciertas parejas que no pueden o no quieren contraer matrimonio, pero que desean llevar una vida afectiva común, entre las principales características están.

- Vivir juntos y cohabitar.
- Estabilidad y permanencia en el tiempo.
- Publicidad o notoriedad.
- Relación entre un hombre y una mujer.
- Comunidad de vida.

Hasta el 11 de noviembre del 2013 se discutía en el Congreso chileno, se espera la aprobación y promulgación por parte del congreso un acuerdo de vida en pareja el cual consiste en.

- Requisitos básicos : convivencia previa de un año, no ser casado, ni tener vigente otro acuerdo, ni ser suscrito entre parientes por consanguinidad, mayores de edad y que tengan libre disposición de sus bienes.
- Contrato ante notario: dejar constancia por escritura pública con declaración jurada de ambos contratantes que cumplen con los requisitos ya señalados.
- Luego se subscribe extracto de la escritura pública al margen la inscripción de nacimiento en un plazo máximo de 15 días en el Registro Civil
- No altera estado civil del contratante ni establece relaciones de parentesco por afinidad con los parientes del otro.
- Reconoce vínculo afectivo.
- Garantiza derechos de compensación económica por muerte, matrimonio con tercero o decisión de término unilateral de uno los contratantes.
- Termina vínculo por muerte o muerte presunta de uno de los contratantes, por el matrimonio entre sí o con un tercero, por mutuo acuerdo que conste en escritura pública, por voluntad unilateral y por declaración de nulidad.

Con esta normativa aprobada y vigente se llenarán vacíos legales que actualmente se encuentran en el Estado de Chile respecto a la mencionada institución y su disolución.

3.5. Cuba

3.5.1. Constitución de la República de Cuba

En el Artículo 35 se establece que el Estado protege a la familia y el matrimonio. Siendo la familia la célula fundamental de la sociedad. Así mismo en el subsiguiente define el matrimonio como “la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos.” La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan.

3.5.2. Matrimonio

Código de Familia

Según el Artículo 2 “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común”.

Impedimentos (Artículo 4).

- Carecieren de capacidad mental para otorgar su consentimiento.
- Los unidos en matrimonio formalizado o judicialmente reconocido.
- Las hembras menores de 14 años y los varones menores de 16 años.
- Los parientes en línea directa, ascendente y descendente; y los hermanos de uno o doble vínculo.

- El adoptante y el adoptado.
- El tutor y el tutelado.
- Los que hubiesen sido condenados como autores, o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.

Funcionarios que autorizan (Artículo 5)

- Los encargados del Registro del Estado Civil.
- Los notarios públicos.
- Los cónsules y vicecónsules de la República son los funcionarios facultados para autorizar, en el extranjero, los matrimonios entre cubanos.

Efectos (Artículo 24-28)

- Los cónyuges deben vivir juntos, guardarse la lealtad, la consideración y el respeto debidos y ayudarse mutuamente.
- Ambos cónyuges están obligados a cuidar la familia que han creado y a cooperar el uno con el otro en la educación, formación y guía de los hijos conforme a los principios de la moral socialista. Igualmente, en la medida de las capacidades o posibilidades de cada uno, deben participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.
- Los cónyuges están obligados a contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado con su matrimonio, cada uno según sus facultades y capacidad económica.
- Ambos cónyuges tienen derecho a ejercer sus profesiones u oficios y están en el deber de prestarse recíprocamente cooperación y ayuda para ello, así como para

emprender estudios o perfeccionar sus conocimientos, pero cuidarán en todo caso de organizar la vida en el hogar de modo que tales actividades se coordinen con el cumplimiento de las obligaciones que este Código les impone.

Régimen económico (Artículo 29 - 37)

- Comunidad de bienes.
- Los cónyuges son los administradores de los bienes de la comunidad matrimonial y cualquiera de ellos podrá realizar, indistintamente, los actos de administración, y adquirir los bienes que por su naturaleza estén destinados al uso o al consumo ordinario de la familia.
- La comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción del matrimonio. Los bienes comunes se dividirán por mitad entre los cónyuges, o, en caso de muerte, entre el sobreviviente y los herederos del fallecido.

3.5.3. Divorcio

Según el Artículo 43 del código de familia el vínculo matrimonial se extingue:

- Por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges.
- Por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges, desde el momento que la declaración queda firme.
- Por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme.
- Por sentencia firme de divorcio.
- Por escritura de divorcio otorgada ante Notario.

El divorcio producirá la disolución del vínculo matrimonial, la cual puede ejercitar cualquiera de los cónyuges y obtenerse en sentencia judicial y escritura notarial (mutuo acuerdo).

- Mutuo acuerdo, en escritura notarial.

Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad. El Código define el concepto, pierde su sentido, estableciendo que cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines del matrimonio.

Según el Código de Familia la escritura notarial que declara el divorcio tendrá fuerza ejecutiva directa e inmediata, a todos los efectos legales a partir de su fecha y contendrá los acuerdos de los excónyuges sobre la pensión alimenticia, el discernimiento de la guarda y cuidado de los comunes menores, régimen de comunicación de aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos comunes menores con estos.

Efectos del divorcio

- La extinción del matrimonio existente entre ellos, a partir del día en que la sentencia adquiera firmeza.

- La separación de los bienes de los cónyuges.
- La extinción del derecho de sucesión entre los cónyuges.
- Si los cónyuges hubieren convivido por más de un año o procreado durante el matrimonio, el tribunal, al fallar el divorcio, concederá pensión a favor de uno de ellos según el caso.
- Ambos padres la conservarán sobre sus hijos menores, cuando esto sea necesario en interés de los hijos menores, en cuyo supuesto constituirá a los hijos en tutela.

El Artículo 61 del Código anteriormente citado establece que "...las medidas dispuestas en las sentencias de divorcio sobre pensiones, patria potestad, guarda y cuidado y comunicación, podrán modificarse en cualquier tiempo cuando resulte procedente por haber variado las circunstancias de hecho que determinaron su adopción".

3.5.4. Matrimonio no formalizado

El Código de Familia en su Artículo 18 establece "la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente..." siguiendo el siguiente Artículo explicando que "la formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la

unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización del matrimonio o la declarada en la sentencia judicial”.

No se encuentra más legislación sobre dicha institución, por lo que tomando lo que el Artículo 18 expresa “surtirá todos los efectos propios del matrimonio”, se entiende que así luego de el reconocimiento judicial, al querer realizar la disolución esta debe hacerse al igual que en el matrimonio, ya sea judicial o notarialmente.

CAPÍTULO IV

4. Análisis crítico de la disolución voluntaria del matrimonio y el cese voluntario de la unión de hecho

4.1. La autonomía de la voluntad como expresión del derecho de libertad para contraer matrimonio o unirse legalmente

Tal como se indicó en el capítulo segundo, el matrimonio y la unión de hecho son las formas legales de constituir una familia, siendo ambas idénticas en cuanto a la libertad que tienen dos personas de formar una familia, ya sea para contrayendo matrimonio, o bien si lo desean después de transcurrir tres años y haber cumplido los fines del matrimonio, unirse de hecho legalmente. En ambas formas, los efectos serán los mismos para tanto para el matrimonio como para la unión de hecho, especialmente en cuanto a los derechos y obligaciones derivadas de estos actos, constitutivo el primero y declarativo el segundo.

El derecho a la libertad en su expresión de voluntad de la persona humana alcanza su máxima expresión en cuanto a la vida privada de los hombres y mujeres en nuestro medio, para elegir la persona de distinto sexo con la que formarán una familia y contraer matrimonio en la manera que deseen y ante los funcionarios autorizados por la ley, por ejemplo ante un notario, un alcalde del municipio de donde resida alguno de ellos, o algún ministro religioso autorizado por el Ministerio de Gobernación tal como el sacerdote católico, pastor evangélico, u obispo de otra religión.

Es pues, un derecho inalienable de la persona humana formar una familia con la persona del sexo puesto, que deseen y con quien encuentran afinidad para auxiliarse mutuamente entre sí, procrear hijos y desarrollarse como individuos toda vez que la familia es la base de la sociedad, y para ello la ley específicamente el derecho de familia, regula todo lo relativo al matrimonio, unión de hecho, capitulaciones matrimoniales, régimen económicos del matrimonio, nacimiento de los niños, la guarda y cuidado de los hijos, paternidad y filiación, adopciones, se incluye lo relativo a los alimentos.

No obstante, como seres humanos las personas que formar un vínculo conyugal en determinado momento debido a muchas situaciones deciden separarse o disolver ese vínculo, el derecho de familia regula los supuestos para cada institución, velando en todo caso por la guarda y cuidado de los hijos menores de edad o incapaces, así como lo relativo a la disolución del patrimonio conyugal y los alimentos para los hijos o cónyuges que los necesiten.

4.2. Limitación de los derechos de libertad y de igualdad de los cónyuges para disolver el vínculo conyugal.

4.2.1. Restricción de la disolución del vínculo matrimonial

En las culturas antiguas el divorcio era aceptado como un privilegio del varón para repudiar a la mujer, debido a la desigualdad entre hombre y mujer. Aparece en las sagradas escrituras en el antiguo testamento como una facultad del marido de manera

unilateral, pues en el libro de Deuteronomio 24.1 se lee : “cuando alguno tomare por mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber halado en ella alguna cosa indecente , escribirá carta de divorcio, y se la entregará en su mano, y la despedirá de su casa”, y en el Evangelio de San Mateo 19.9 Jesucristo se refiere al divorcio y a la causal de fornicación para el hombre de la siguiente forma: “Y yo os digo que cualquiera que repudia a su mujer, salvo por causa de fornicación, y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada, adultera.”²⁸

La iglesia cristiana basada en estos pasajes admitió el divorcio, sin embargo conforme fue alcanzado poder llegó al extremo de prohibir el divorcio por considerar indisoluble, pues “En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.”²⁹

Como un ejemplo recordamos a Enrique VIII que quería divorciarse de Catalina, pero la iglesia se lo prohibió, aspecto que incidió en que éste se separara de la Iglesia Católica, por lo que el papa respondió a estos acontecimientos excomulgando a Enrique VIII en julio de 1533. Siguió una considerable agitación religiosa. Urgido por Thomas Cromwell, el parlamento aprobó varias leyes que sellaron la brecha con Roma en la primavera de 1534. La Ley de restricción de apelaciones prohibió las apelaciones de las

²⁸ De Reina, Casiodoro y De Valera Cipriano. **La Santa Biblia**. Páginas. 265 y 1219.

²⁹ Caballero, Manuel Lázaro. **Divorcio, separación historia y causas**.
<http://www.personalidadyrelaciones.com/2008/03/divorcio-definicion-historia-y-causas.html>.

cortes eclesiásticas al papa. También previno que la Iglesia decretara cualquier tipo de regulación sin previo consentimiento del rey. La ley de designaciones eclesiásticas de 1534 decretó que los clérigos elegidos para obispos debían ser nominados por el soberano. La Ley de Supremacía del mismo año, declaró que "el rey es la única cabeza suprema en la tierra de la Iglesia de Inglaterra". La Ley de Traiciones, también de 1534, convirtió en alta traición castigada con la muerte desconocer la autoridad del rey, entre otros casos".

Esta ley de la tierra es la que aparece en el Artículo 39 de la Constitución inglesa declarada por el Rey Juan sin Tierra en el año 2215. Por lo que hasta después de la revolución francesa y con fundamento en el principio de libertad, aparece por primera vez regulado el divorcio en el Código Civil de 1804, y de allí en Guatemala en el año 1830 como el "primer país hispanoamericano en implantar una ley de divorcio, sin embargo a ocho años de formulada es derogada. La ley es restituida en 1894. En 1933 se introduce una enmienda que diferencia separación y divorcio. En 1999 Guatemala estaba en tercer lugar a nivel mundial en demandas de divorcio." ³⁰

Actualmente en el Código Civil guatemalteco, la disolución del vínculo conyugal producto de matrimonio puede autorizarse de dos formas.

- Por mutuo acuerdo en jurisdicción voluntaria judicial.

³⁰ Núñez, Miguel. **Historia del divorcio en hispanoamérica**. <http://suite101.net/article/historia-del-divorcio-en-hispanoamerica-a11230>.

- Por causal determinada: si alguno de los cónyuges no está de acuerdo, tendrá que buscar una de las causales establecidas en el Artículo 155 del Código Civil y solicitar el matrimonio en jurisdicción ordinaria judicial.

Se puede observar que en Guatemala la disolución del matrimonio solo puede ser por vía judicial y no por la vía notarial, tal es el caso por ejemplo Cuba que desde el año 1994 emitió el Decreto Ley No 154 denominado Ley del Divorcio Notarial, modificando el artículo 43 del Código de Familia que solo permitía el divorcio en vía judicial. O México donde existe la institución de divorcio administrativo, donde únicamente se debe acudir al Registro Civil, ratificando la solicitud y levantando un acta de la declaración. Al igual que en Chile en cuyo Código de Familia establece que el divorcio de común acuerdo puede realizarse en escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público, así como en acta extendida ante un Oficial del Registro Civil.

Sin embargo la disolución del vínculo conyugal producto de la unión de hecho declarada, puede ser disuelta por causal determinada en vía judicial, y por mutuo acuerdo en jurisdicción voluntaria notarial como lo estipula el Artículo 183 de Código Civil; “la unión de hecho puede cesar por mutuo acuerdo entre el varón y la mujer, en la misma forma en que se constituyó, o por cualquiera de las de las causas señaladas en el artículo 155 para el divorcio y separación, en cuyo caso la cesación deberá ser declarada judicialmente”, por lo que se quiere destacar que si la unión de hecho fue declarada ante un Notario puede cesar ante un trámite en la vía notarial.

Aunque el Artículo 174 del código antes citado expresa que la unión de hecho puede ser declarada mediante acta ante el alcalde, o en escritura pública o acta notarial, se interpreta que el cese solo podría realizarse ante un Notario y se desconoce si aunque la ley establezca que puede cesar la unión de hecho en la misma forma en que se constituyó, no hay registros del cese de alguna unión de hecho realizada mediante acta ante el alcalde.

En resumen, las personas en el ejercicio de su derecho a libertad pueden contraer matrimonio o unirse para formar una familia, y en los casos que se desee dar por finalizado el vínculo conyugal, la ley regula para ello el divorcio como la disolución del matrimonio, en la que los cónyuges lo pueden realizar por mutuo acuerdo o por causal determinada en la vía judicial.

Y en el caso de la disolución del vínculo conyugal cuando éste se ha formado por la unión de hecho, puede ser disuelta por mutuo acuerdo en la vía notarial, ahora bien, si el cese de la unión de hecho es por causal determinada únicamente puede realizarse en la vía judicial.

En este orden de ideas, si la unión de hecho, doctrinaria y jurídicamente, se equipara al matrimonio toda vez que tiene los mismos efectos tal como lo establece el segundo párrafo del Artículo 184 de Código Civil; “las disposiciones de este Código, relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio y al régimen económico de éste, tienen validez para las uniones de hecho, en lo que fueren aplicables”. ¿Por qué entonces su cesación no es idéntica?

Será que ley civil trata de forma desigual a los cónyuges que contrajeron matrimonio, pues la disolución del vínculo conyugal solo puede ser en vía judicial. Afectarán otros derechos como el derecho a la libertad de estado civil para disolver el matrimonio y el acceso a la justicia al no permitir el divorcio por vía notarial.

4.2.2. Comprobación de la hipótesis

En este trabajo de tesis se planteó el problema, si ¿vulneran los derechos de libertad e igualdad de los cónyuges la regulación del trámite de divorcio voluntario únicamente en la vía judicial, en comparación al cese voluntario de la unión de hecho en vía judicial o notarial?

Como una solución anticipada al problema se propuso la siguiente hipótesis: Los derechos de libertad e igualdad de los cónyuges son vulnerados al momento de regular únicamente el trámite de disolución del vínculo matrimonial en la vía judicial, y no así en el cese de la Unión de Hecho que puede realizarse en vía judicial y notarial.

4.2.3. En cuanto al derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad como se regula en la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, de donde se deriva la igualdad ante la ley regulada en el Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nadie puede ser discriminado o puesto en una posición desigual ante la ley. En ese sentido el derecho de igualdad ante

ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Acosta Calderón contra el Ecuador y en el caso Yatama contra Nicaragua en donde los Estados tienen obligación de no introducir normas discriminatorias en su legislación porque violan el artículo 24 del Pacto de San José.

- En el caso Acosta Calderón: "El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al "*jus cogens*", puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (...). Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del "*jus cogens*" (párrafos. 101)". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de junio de 2005.
- En el caso Yatama: "Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1(1) de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y

garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe" (párrafos. 185-186). sentencia dictada el 23 de junio de 2005.

En el caso de Guatemala, al regular en la legislación civil la disolución del vínculo conyugal derivada del matrimonio únicamente en sede judicial, en relación al cese de la unión de hecho que puede ser por vía judicial y notarial, pone a los cónyuges que contrajeron matrimonio y desean poner fin al mismo, en una situación de discriminación o desigualdad ante la ley. Por lo que la hipótesis queda probada.

Al tratar de dar alguna explicación a esta desigualdad ante la ley, la sustentante encuentra que la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Guatemala hasta el 18 de julio de 1978, o sea 14 años después de que entrara en vigencia el actual Código Civil emitido el 14 de septiembre de 1963, antes que se adoptara el Pacto de San José.

4.2.4. En cuanto derecho de libertad para disolver el vínculo matrimonial

Regulado también por el Artículo 4 constitucional, e interpretado como del derecho a la libertad como expresión de la voluntad para contraer matrimonio o unirse de legalmente, y con base en la autonomía de la voluntad de la persona, cuando los

cónyuges de común acuerdo consideren poner fin al matrimonio, lo pueden solicitar vía judicial, regulando el Código Civil todo lo relativo al divorcio por lo que no viola el derecho a libertad para poder divorciarse. Por lo que en relación al derecho a la libertad para poder divorciarse la ley no prohíbe tal derecho, por lo que la hipótesis no ha quedado probada.

La explicación ante esta circunstancia es que los derechos que la constitución garantiza no son derecho absolutos, sino que éstos son desarrollados en la legislación ordinaria, y por no afectar a un conglomerado social no se han hecho planteamientos ni análisis al respecto. Sin embargo, al no regular la ley el divorcio por mutuo acuerdo en vía notarial, hay una limitación pero al derecho de acceso a la justicia que no es objeto de este estudio.

4.3. Ventajas del divorcio por mutuo acuerdo en vía notarial

4.3.1. Ventajas para el estado de Guatemala

Una de las ventajas para el Estado de Guatemala, al regular el divorcio por mutuo acuerdo en la vía notarial, pudiera ser en primer lugar descongestionar de carga de trabajo a los tribunales de familia, y lograr el cumplimiento de otros derechos relacionados como el derecho a una tutela judicial efectiva, que se encuentra en el Artículo 29 sobre el de "libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado", garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala, y conocido como derecho de acceso a la justicia en donde en sentido amplio se concedería facultad a los notarios para emitir resoluciones que puedan dar fin al matrimonio, y para ello será

necesario por lo menos que se corra audiencia a la Procuraduría General de la Nación para recabar su parecer y fiscalizar que se cumplan con todos los requisitos legales.

4.3.2. Ventajas para los cónyuges y unidos de hecho

En el mismo sentido, para los cónyuges que deseen poner fin al matrimonio por mutuo acuerdo por la jurisdicción voluntaria notarial, traería ventajas como la celeridad en su tramitación y un mejor acceso a la justicia ya que, lo pudieran plantear ante un notario que tenga su oficina cercana a la residencia de los cónyuges. Y no es que en este análisis se esté a favor o en contra del divorcio, sino que la discusión está orientada partiendo de derechos constitucionales como el derecho a una tutela judicial efectiva o derecho a la jurisdicción que vendría a acentuar el derecho a libertad para disolver el vínculo conyugal.

CONCLUSIONES

1. El principio de libertad se define como la capacidad de adoptar y ejecutar las propias decisiones, y auto determinarse. Y el principio de igualdad consiste que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin privilegios, ni prerrogativas. Y ambos principios están plasmados constitucionalmente, por lo que deben ser protegidos por el Estado.
2. El matrimonio es un acto constitutivo con efectos desde el día de su constitución y puede ser autorizado por un notario, el alcalde municipal o ministro de culto autorizado para el efecto, mientras la unión de hecho es un acto declarativo con efectos retroactivos que se retrotraen a la fecha en que inicio la convivencia y puede ser declarada ante el alcalde municipal o ante un notario.
3. Tanto el matrimonio como la unión de hecho legalmente establecidas producen los mismos derechos y obligaciones para los cónyuges. Otorgando así a la unión de hecho el mismo grado de importancia que el matrimonio para formar una familia y ser la base de la sociedad.
4. La disolución del vínculo matrimonial puede hacerse por mutuo acuerdo solamente en vía judicial, mientras que el cese de la unión de hecho por mutuo acuerdo puede hacerse por vía notarial. Cuando alguno de los cónyuges no está de acuerdo, tanto el divorcio como el cese de la unión de

hecho solo pueden solicitarse por causal determinada establecida en la ley en la vía judicial.

5. La legislación ordinaria pone a los cónyuges que desean poner fin al vínculo matrimonial de común acuerdo en una situación de desigualdad, porque la ley solo prevé el divorcio por mutuo acuerdo en la judicial. Mientras que el cese de la unión de hecho puede hacerse en la vía notarial.

RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República de Guatemala reforme y amplíe el Decreto 54-77, abarcando otros campos de acción, como el trámite del divorcio por mutuo acuerdo en la vía notarial, con base a estadísticas de divorcio voluntarios realizados en años anteriores, evitando con esto el retardo del trámite para los cónyuges y respetando el principio de igualdad ante la ley.
2. Que los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales realicen estudios de derecho comparado para establecer similitudes y semejanzas con otras legislaciones, tomando de éstas ideas para crear normativa interna y hacer propuestas acordes a la realidad nacional, haciendo que el derecho civil guatemalteco evolucione al lado de otros Estados modernos, en beneficio a la población.
3. Que la Universidad de San Carlos de Guatemala dentro de la asignatura de derecho civil se estudie los principios básicos de igualdad y libertad personal en cada una de las instituciones del derecho civil, y analizar si estos están siendo violados por el mismo derecho interno debido a la evolución y desarrollo humano, considerando reformas a la ley guatemalteca para el beneficio de la población.
4. Que dentro de las asignaturas de derecho civil el catedrático y el estudiante de derecho determinen a través de estudios históricos de Guatemala, por qué el

divorcio como disolución total del vínculo matrimonial por causal determinada o voluntariamente por los cónyuges, solo puede realizarse en la vía judicial, no así la unión de hecho voluntaria que puede cesar de la misma manera que se constituyó, es decir por medio de notario mediante escritura pública.

5. Que el estudiante de derecho analice dentro distintos trabajos de investigación, si la unión de hecho siendo un acto declarativo con efectos retroactivos debiendo tener como mínimo tres años de unión, en el cual al estar legalmente constituido merece equivalentes derechos y obligaciones que el matrimonio, que es un acto constitutivo, donde los cónyuges desde el momento de su unión se comprometen con el fin de permanecer juntos, procrear, educar, alimentar a sus hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑARES, Juan Ignacio. **Las uniones de hecho**
[Http://www.arvo.net/pdf/LAS%20UNIONES%20DE%20HECHO.htm](http://www.arvo.net/pdf/LAS%20UNIONES%20DE%20HECHO.htm). 10 de enero de 2007 (Fecha de consulta 4 de febrero de 2013).
- BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA. María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. 1t.; 4ª ed. Guatemala: (s.e.), 2001.
- BELLUSCIO, **Manual de derecho de familia**, t. II, Bs. As., 1975, p. 381.
- BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. **Manual de derecho de familia**. 3ª ed. Argentina: Ed. Astrea, 1991.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- BRAÑAS, Alfonso. **Estatuto de las uniones de hecho**. Revista de la Fac. De Ciencias Jurídicas y Soc. USAC. Octubre, Noviembre y Diciembre de 1948. No.1. Impreso No.57. Guatemala: Imprenta Universitaria, 1948.
- Bufete Zavala y Asociados. **La unión de hecho en Costa Rica, conocida como unión libre. Marco legal y jurisprudencia**.
[Http://bufetezaval.com/category/publicaciones/](http://bufetezaval.com/category/publicaciones/). (Fecha de consulta 6 de junio de 2013).
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 12ª ed. Bs. As. Argentina: Ed. Heliasta, 1997.
- CABALLERO, Manuel Lázaro. **Artículo divorcio, separación historia y causas**.
<http://www.personalidadyrelaciones.com/2008/03/divorcio-definicion-historia-y-causas.html>. (Fecha de consulta 6 de enero de 2014).
- Centro de Información Jurídica en Línea. **Unión de hecho**. http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2008/01/909__union_de_hecho.pdf. (Fecha de consulta 6 de junio de 2013).
- CHIOVENDA, José. **Principios de derecho procesal civil**. 2t. México: (s.e.), 1989.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª ed. México: Ed. Nacional, 1981.
- CRISTÓBAL MECHÓ, Cristina. **La atención temprana**. Barcelona, España: Ed. UOC, 2010

DE LA BARRA SUMA DE VILLA, María Asunción. **Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena.** Chile: Universidad Austral de Chile, 2010.

DE REINA, Casiodoro y Cipriano de Valera. **La santa biblia.** Sociedades Bíblicas Unidas. Estados Unidos de Norteamérica. 1995.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. **El derecho a la libertad personal.** España: Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, 1995.

GONZÁLEZ GARCÍA, Juan Carlos, **Diccionario de filosofía.** 2ª ed. Madrid: Ed. EDAF, 2004.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. **Material para cursos a distancia** http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Lectura%2012_UT_1.PDF. (Fecha de consulta 9 de febrero de 2013).

JIMÉNEZ GODOY, Ana Belén. **Modelos y realidades de la familia actual.** Madrid, España: Ed. Fundamentos, 2005

LABURTHE-TOLRA, Philippe y Jean-Pierre Warnier. **Etnología y antropología.** Madrid, España; Ediciones Akal, 1998.

NÚÑEZ, Miguel. **Historia del divorcio en hispanoamérica.** <http://suite101.net/article/historia-del-divorcio-en-hispanoamerica-a11230>. (Fecha de consulta 6 de enero de 2014).

RAMOS, Francisco. **Derecho procesal civil.** Barcelona, España: José María Bosch, editor. 1990.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española** <http://buscon.rae.es/drae/>. (Fecha de consulta 4 de febrero de 2013).

RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio. **Matrimonio, aspectos generales en el derecho civil y en el canónico.** México: Revista de Derecho Privado, 2002.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho de familia.** México. Editorial Porrúa, 1980.

SANDOVAL DE AQUECHE, María Eloisa. **Unión de hecho.** Material de estudio para el curso de Derecho Civil, Fac. Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, 2000.

VASQUEZ ORTÍZ, Carlos Humberto. **Derecho civil I.** Guatemala: Editorial Crockem.

VILALTA NICUESA, A.E. **Parejas de hecho (uniones estables de pareja).** México, 2ª Edición.

VIVES ANTÓN, Tomás s. **La libertad como pretexto**. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1995.

ZÚÑIGA ORTEGA, Alejandra Verónica. **Concubinato y familia en México**. Universidad Veracruzana, México: 2011.

Legislación:

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

Constitución de la República Española, Asamblea Constituyente, 1931.

Constitución Política de la República de Chile, Plebiscito nacional de 1980.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Congreso Constituyente, 1917.

Constitución de la República de Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular, 1976.

Constitución Política de la República de Costa Rica, Asamblea Constituyente, 1949

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

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

Código civil Federal, México 1928

Código Civil de la República de Chile, Chile, 1857.

Código Civil de España, 1989.

Código de Familia, No. 5476, Costa Rica, 1974.

Código de Familia, Cuba, 1975.

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.