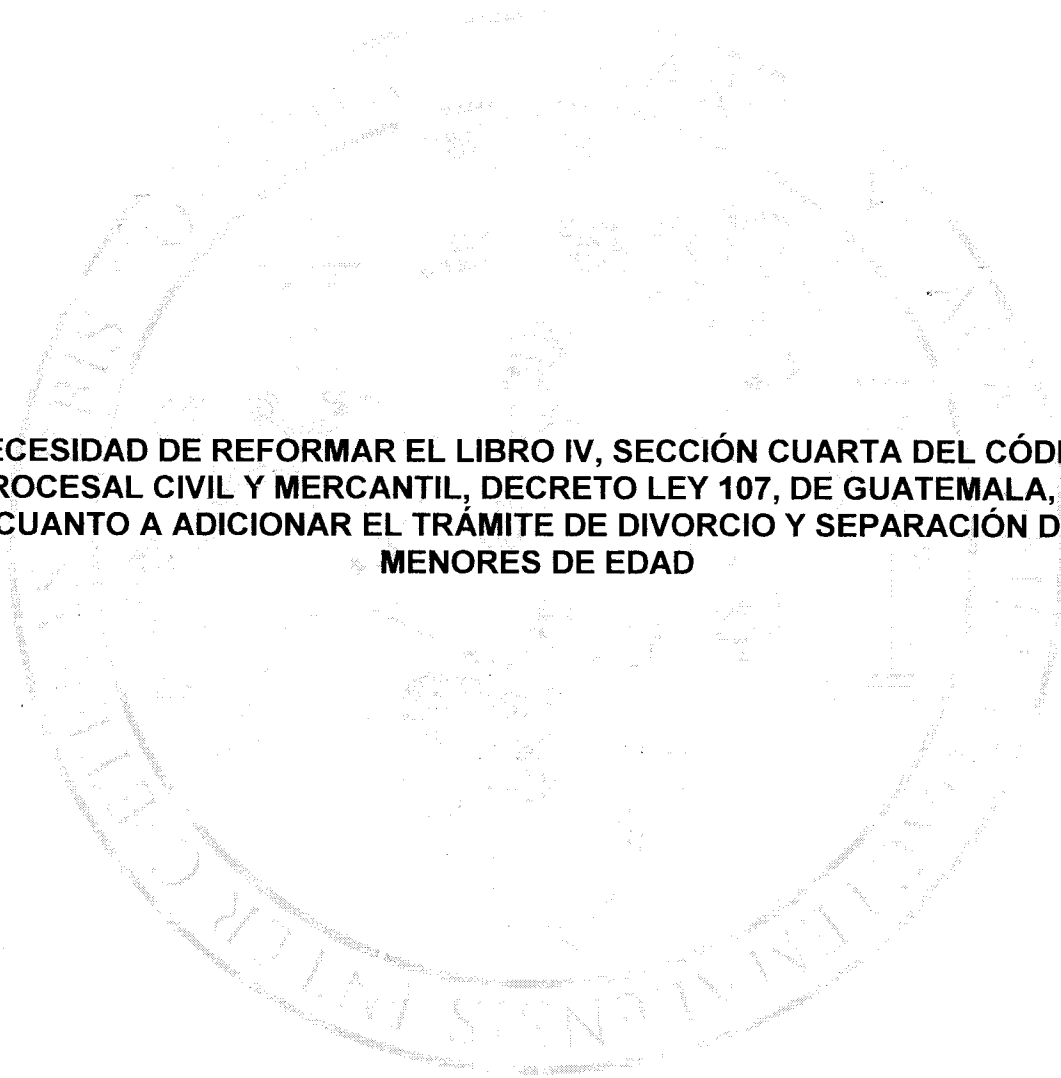


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



NECESIDAD DE REFORMAR EL LIBRO IV, SECCIÓN CUARTA DEL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, DECRETO LEY 107, DE GUATEMALA, EN
CUANTO A ADICIONAR EL TRÁMITE DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE
MENORES DE EDAD

GLADYS SUSANA LEMUS VARGAS

GUATEMALA, JULIO DE 2015

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

**NECESIDAD DE REFORMAR EL LIBRO IV, SECCIÓN CUARTA DEL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, DECRETO LEY 107, DE GUATEMALA, EN
CUANTO A ADICIONAR EL TRÁMITE DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE
MENORES DE EDAD**

Tesis

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GLADYS SUSANA LEMUS VARGAS

Previo a conferírsele el grado académico de

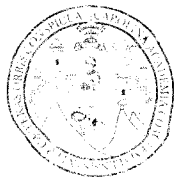
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, julio de 2015

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

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

[Handwritten mark]

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 03 de octubre de 2014.

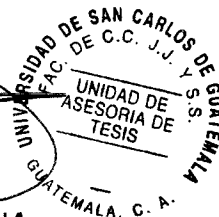
Atentamente pase al (a) Profesional, EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
GLADYS SUSANA LEMUS VARGAS, con carné 8111527,
 intitulado NECESIDAD DE REFORMAR EL LIBRO IV, SECCIÓN CUARTA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y
MERCANTIL, DECRETO LEY 107, DE GUATEMALA, EN CUANTO A ADICIONAR EL TRÁMITE DE DIVORCIO Y
SEPARACIÓN DE MENORES DE EDAD.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Signature]
 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 24 / 10 f) 2014

[Signature]
 Asesor(a)
 Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
 ABOGADO Y NOTARIO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



BUFETE COORPORATIVO DE ABOGADOS, AUDITORES Y CONTADORES

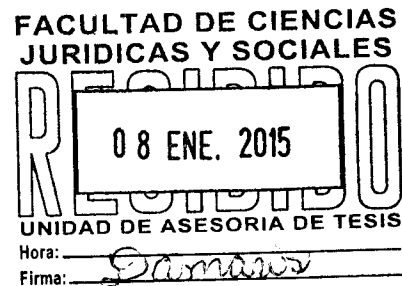
11 CALLE 4-52 ZONA 1 EDIFICIO ASTURIAS OFICINA No. 4 CIUDAD

Teléfono: 22323916

Guatemala, 13 de noviembre de 2014

Doctor:

Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala



Dr. Mejía Orellana:

De manera atenta me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que he cumplido con la función de **ASESOR** de tesis de la bachiller **GLADYS SUSANA LEMUS VARGAS**, quien se identifica con el número de **carne: 81-11527**, quien realizó el trabajo de tesis intitulado: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL LIBRO IV, SECCIÓN CUARTA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, DECRETO LEY 107, DE GUATEMALA, EN CUANTO A ADICIONAR EL TRÁMITE DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE MENORES DE EDAD”**, por lo que al respecto manifiesto las siguientes opiniones:

- a) Considero que el tema investigado contiene elementos técnico-científicos, debido a que el tema abordado se refiere a la necesidad de reformar el Libro IV, Sección Cuarta del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, de Guatemala, en cuanto a adicionar el trámite de divorcio y separación de menores de edad.
- b) La metodología cumple con los pasos necesarios en la deducción, así como en las técnicas principales de investigación que se utilizaron en la bibliografía, investigación de campo y métodos de investigación deductiva y comparativa.
- c) La redacción de este trabajo es adecuada y jurídicamente correcta; los objetivos determinaron y establecieron la importancia de reformar el Libro IV, Sección Cuarta del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, de Guatemala; la hipótesis formulada fue comprobada dando a conocer la trascendencia de la existencia del divorcio de los menores de edad.
- d) La contribución científica del trabajo de tesis en referencia, se centra en determinar cuál es la naturaleza jurídica de un trámite específico, que es autorizado por juez

BUFETE COORPORATIVO DE ABOGADOS, AUDITORES Y CONTADORES

11 CALLE 4-52 ZONA 1 EDIFICIO ASTURIAS OFICINA No. 4 CIUDAD

Teléfono: 22323916

competente ya que hasta la fecha existe una laguna entre el trámite común y el trámite específico.

- e) La conclusión discursiva es congruente con el contenido del trabajo de tesis, ya que es un aporte interesante y necesario al conocimiento del estudio del derecho para reconocerse un salario justo hacia los trabajadores menores de edad.
- f) Respecto a la bibliografía empleada, se comprobó que la misma ha sido correcta y suficiente para el presente trabajo.

En mi calidad de asesor y de conformidad con lo que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por tal razón apruebo el trabajo de investigación, y expresamente declaró que no somos parientes dentro de los grados de ley, y que el trabajo de tesis cumple con todos los requisitos establecidos en el normativo respectivo, a efecto se continúe el trámite.

Atentamente,

LIC. EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ

ASESOR DE TESIS

Colegiada No. 6,410

Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
ABOGADO Y NOTARIO



Handwritten initials

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de junio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante GLADYS SUSANA LEMUS VARGAS, titulado NECESIDAD DE REFORMAR EL LIBRO IV, SECCIÓN CUARTA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, DECRETO LEY 107, DE GUATEMALA, EN CUANTO A ADICIONAR EL TRÁMITE DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE MENORES DE EDAD. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Handwritten signature

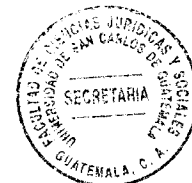


BAMO/srrs

Handwritten signature

Handwritten signature
Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

**A DIOS Y A LA VIRGEN
SANTISIMA:**

Quienes han guiado mi vida.

A MIS PADRES:

José y Carmencita Lemus, por todo su apoyo y entrega.

A MI ESPOSO:

Edgar René Morales Ardón, por todo su amor y quien me ha acompañado en todo momento.

A MIS HIJOS:

Licda. Andrea Susana, Edgar Javier, Lic. Carlos José, Mario René Morales Lemus, en quienes he fundado todo mi esfuerzo.

A MIS TIOS:

Jesús Lemus, y Max Morales (Q.E.P.D), un eterno agradecimiento.

A MI NUERA Y NIETOS:

Analy Gallardo, Santiago y Diego, quienes complementan mi vida.

A MI HERMANO Y SU FAMILIA:

José Alfredo Lemus Vargas, por contar siempre con sus valiosos consejos.



A MIS SUEGROS:

Carlos y Margarita Morales, por alentarme a cumplir esta meta.

A MIS ASESORES:

Lic. Eddy Aguilar Muñoz, Licda. Josefina Cojón Reyes, Lic. Otto Arenas, Licda. Raquel García Recinos, Lic. Marco Tulio Escobar, Licda. Irmita Castillo Cojón.

A LOS CATEDRATICOS:

Por su dedicación y sus sabios consejos.

A LA UNIVERSIDAD:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser el alma mater que me ha forjado como profesional, siendo una responsabilidad de actuar con ética, honorabilidad y sentido de justicia. En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo se enfocó en determinar cuál es la naturaleza jurídica de la necesidad de reformar el Decreto Ley 107 en cuanto adicionar el trámite de divorcio y separación de menores de edad, con la finalidad de que cuando los menores de edad deseen la disolución de dicha unión no tengan que afrontar los problemas que existen en el presente para solicitar la autorización judicial.

La investigación se realizó en el ámbito procesal civil y por ser un tema doctrinario, la información presentada es proveniente de los textos elaborados por juristas del ámbito procesal civil, así como legislación aplicable. Se ejecutará en el juzgado quinto de primera instancia de familia, entrevistas a los menores de edad; la investigación es cuantitativa en base a los datos proporcionados por ese juzgado. También, a los representantes de los menores de edad. No conlleva una delimitación espacial porque el trabajo es eminentemente académico por lo que no se hace trabajo de campo y será tomado como referencia del año 2010 al 2013, porque durante estos años aumentaron esta clase de demandas.

HIPÓTESIS

Que exista un trámite específico, autorizado por juez competente, para que el procedimiento sea sencillo, eficaz, con prontitud y economía procesal, para que la separación como divorcio de los menores de edad, sea una decisión bilateral de consentimiento entre los contrayentes menores de edad y no se encuentren con demasiado obstáculo al realizar el trámite judicial del mismo, pudiendo hacerse en una forma más rápida y simple.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Ha quedado establecido que no existen procesos debidamente establecidos mediante parámetros jurídicos para resolver los conflictos de separación y divorcio de los menores de edad. Asimismo, asegurando que el derecho procesal civil guatemalteco, carece de un ordenamiento jurídico, que establezca procedimientos, procesos, jurisdicción y legislación para brindar a las partes actoras una justicia pronta y equánime para la solución de los conflictos del cual han sido parte. Por lo que se estima necesario dinamizar y agilizar el proceso en sí mismo, para mejorar los mecanismos necesarios en el rol de protección entre menores de edad, para poder disolverlo se hace necesaria la autorización de las personas legitimadas para otorgarla. En cuanto a la metodología, se utilizó el método analítico y apliqué el método de la síntesis, para analizar separadamente los fenómenos objetos del estudio; para descubrir la esencia del problema o del fenómeno estudiado, también dentro de las técnicas utilizadas en la realización de la investigación, adapte las bibliográficas y documentales que permitieron recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Las instituciones del derecho de familia	1
1.1. Antecedentes históricos de la familia	2
1.2. Concepción constitucional de las instituciones del derecho de familia	12
1.3. Concepción del Código Civil de Guatemala, de las instituciones del derecho de familia	13
1.4. Diversas concepciones de la institución	15
1.5. El derecho de familia en el derecho comparado	16

CAPÍTULO II

2. Matrimonio	25
2.1. Evolución de la institución	25
2.2. Definición del matrimonio	28
2.3. Naturaleza jurídica del matrimonio	30
2.4. Sistemas matrimoniales	31
2.5. Fines del matrimonio	32
2.6. Requisitos para contraer matrimonio.....	33
2.7. Concepción legal del matrimonio en el Código Civil guatemalteco.....	40
2.8. Concepción constitucional del matrimonio civil.....	41
2.9. Matrimonio entre menores de edad.....	41

CAPÍTULO III

3. Separación y divorcio	45
3.1. Clases de separación	46
3.2. Definición de divorcio	49

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de reformar el Libro IV, Sección Cuarta del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107, de Guatemala, en cuanto a adicionar el trámite de divorcio y separación de menores de edad	55
4.1. La dispensa judicial	64
4.2. Antecedentes históricos de la dispensa judicial	67
4.3. Elementos	69
4.4. El incidente para la dispensa judicial	76
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	79
BIBLIOGRAFÍA	81

INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se enfoca en la necesidad de adicionar una norma que obligue y garantice la protección social, económica y jurídica de la familia, sobre la promoción y organización de la separación y el divorcio de los menores de edad, con la finalidad de que cuando los menores de edad deseen obtener la disolución a dicho unión no tengan que afrontar los problemas que existen en el presente para solicitar la autorización o dispensa judicial y que cuando éstos la soliciten, la misma no se tramite a través del incidente, sino de una manera más sencilla, ecuánime y flexible.

Al momento de utilizar el actual procedimiento se genera retardo en la obtención de la autorización, pudiendo declinar en sus intenciones de legalizar su situación jurídica, siendo una opción correcta, el que el sistema procesal civil guatemalteco, adopte el trámite del proceso monitorio, el cual ofrece muchas ventajas por su celeridad en la obtención de resultados rápidos, constituyendo así la aplicación del derecho en una forma más ágil.

Dentro del fundamento debe existir un trámite específico, que es autorizado por juez competente ya que hasta la fecha existe una laguna entre el trámite común y el trámite específico, razón por la cual los trámites judiciales serán más breves y el procedimiento sencillo, eficaz, con prontitud y economía procesal, como consecuencia de esto se protegerá la integridad de la familia que conforma la sociedad, como un deber del Estado.

Se puede señalar que con el presente trabajo se comprobó la hipótesis basada en garantizar un trámite específico, autorizado por juez competente, para que el procedimiento sea sencillo, eficaz, con prontitud y economía procesal, para que la separación como divorcio de los menores de edad, sea una decisión bilateral de consentimiento entre los contrayentes menores.

El objetivo principal fue el siguiente: determinar la vulneración que existe en cuanto a una reforma legal del Artículo 83 del Código Civil, pudiéndose así enfocar el divorcio de los menores de edad desde el punto de vista jurídico, otorgándoles como excepción a los mismos la capacidad para disolver el matrimonio.

La tesis se encuentra comprendida en cuatro capítulos: en el capítulo primero, se describe antecedentes históricos del derecho de familia; en el segundo capítulo, se desarrolla todo acerca de la concepción constitucional del matrimonio civil; el capítulo tercero, trata el tema de la separación y divorcio; y en el último capítulo, se presentó la necesidad de reformar el Libro IV, Sección Cuarta del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, de Guatemala, en cuanto a adicionar el trámite de divorcio y separación de menores de edad.

En cuanto a la metodología, se utilizó el método analítico, que permite desplazar todo el conocimiento en partes, en relación a lo que establece la legislación nacional respecto a lo contenido en la doctrina, la realidad y las leyes. Asimismo, pude aplicar el método de la síntesis, para analizar separadamente los fenómenos objetos del estudio; para descubrir la esencia del problema o del fenómeno estudiado, en cuanto a las repercusiones que tiene el tema descrito y la necesidad de su adecuación jurídica legal. Dentro de las técnicas utilizadas en la realización de la investigación, apliqué las bibliográficas y documentales que permitieron recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.

Se concluye la investigación y se hace referencia de la conclusión discursiva derivada de la presente investigación; al final se describe la bibliografía que sustenta la parte teórica del trabajo.

CAPÍTULO I

1. Las instituciones del derecho de familia

Para iniciar se debe conocer lo que es el derecho de familia, y para poder comprender a sus instituciones, por lo que previo a ahondar en el tema sugerido, se exponen conceptos al respecto.

“El derecho de familia puede enfocarse desde dos ángulos: objetivo y subjetivo. En el sentido objetivo: es el conjunto de normas que regulan las relaciones de las personas que constituyen un grupo familiar o una familia. En sentido subjetivo: se define como el conjunto de derechos que nacen de las relaciones que dentro del grupo familiar mantienen los miembros de la familia con los demás para el cumplimiento de los fines de la unidad familiar.”¹

“Llamase derecho de familia a aquella parte del derecho civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros.”²

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

¹ Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Pág. 96.

² De Pina, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Pág. 302.

Entre las características del derecho de familia se encuentran las siguientes:

- a) Contiene un sustento de carácter eminentemente moral, derivado fundamentalmente del derecho canónico.
- b) Predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales.
- c) Primacía del interés social sobre el interés individual; y una más frecuente intervención del Estado para proteger al más débil en la familia.
- d) Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes.
- e) Los derechos de la familia son inalienables e intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.
- f) Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término.
- g) Carácter obligatorio o de orden público de las leyes relativas a la familia.

1.1. Antecedentes históricos de la familia

El concepto de la familia no ha sido siempre el mismo a través del sistema jurídico romano. En la última fase de la evolución de este derecho se encuentra ya un concepto de la familia coincidente con el que nos proporciona el derecho moderno.

- Derecho romano: la familia no presenta en el derecho romano los mismos rasgos o caracteres que en el derecho moderno. No se funda sobre el hecho natural de la unión de sexos, sino sobre un hecho político-económico: las manus o potestas, es

decir el sometimiento de ciertas personas a una misma autoridad, la del pater familias.

Lo peculiar del derecho romano, que sirve para definir a la familia, es la sumisión a un pater familias (expresión que equivale a cabeza libre no sometida a otra potestad). Familia es, pues, sinónimo de familia agnaticia y significa el conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad. Son agnados todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad.

“El parentesco de sangre no basta para que haya agnación; es necesaria la situación de dependencia y subordinación. Así, la madre no es pariente agnaticia de sus hijos a título de maternidad; lo es en tanto se halla sometida a la manus del marido. La agnación existe sin necesidad de parentesco de sangre. La adopción y la conventio in manum, engendran la patria potestad y, por tanto, la agnación que se extiende a toda la parentela civil del nuevo agnado.”³

La familia, pues, constituye una verdadera comunidad doméstica, que podrá estar integrada por varias familias en su significado actual. Todos los descendientes legítimos por línea de varón están sometidos a un mismo poder, formado una sola familia.

³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Pág. 1.

El extraño que entra a formar parte de esa familia (adopción, convenio in manum), puede llevar consigo todo el grupo familiar. La cognación es el parentesco basado en la comunidad de sangre, representa el linaje y no la casa; se caracteriza por la comunidad de sangre, como la agnación por la comunidad doméstica. La cognación descansa en vínculos naturales; la agnación se funda en una relación escuetamente jurídica.

La cognación no puede crearse ni extinguirse artificialmente, como la agnación. El primitivo derecho romano se asienta en la familia agnaticia, pero paulatinamente la familia cognaticia abre brecha en el sistema jurídico romano, principalmente por obrarle derecho pretorio, hasta imponerse plenamente en tiempos de Justiniano. A partir de entonces prevalece la familia cognaticia, y se da entrada al concepto moderno de familia.

En el derecho romano antiguo además de la familia existe otro grupo superior que es la gens. Estaba constituido por varias familias ligadas por un antiguo vínculo de agnación, y se manifestaba en tener un nombre común. A falta de agnados, los gentiles eran llamados a la herencia y la tutela legítima. La gens cayo pronto en desuso y en la época de Gayo era una institución serenamente histórica, desprovista del valor práctico.

La gens figuró como organismo religioso, que tenía sepultura y culto propio (sacra privata) y bajo la presidencia del magister pater gentis tenía facultad para juzgare, incluso, para legislar (decreta gentilicia). Las XII Tablas sancionaron un derecho de

sucesión abintestado a favor de los gentiles y llama también a los gentiles, antes que a los extraños, para participar en la tutela de los menores y mujeres del grupo gentilicio.

Por la naturaleza de las características anotadas se ha pretendido considerar el derecho de familia como derecho público. Ahora, bien el derecho de familia, tiene sus fuentes, y en el derecho guatemalteco se reconocen cuatro de ellas:

- a) El matrimonio.
- b) La unión de hecho.
- c) La filiación.

Al hacer referencia a los antecedentes históricos del derecho de familia, debe tomarse en cuenta, que en todas las épocas las sucesivas generaciones engendran la familia. Al casarse los hijos y establecerse con separación de sus padres, el vínculo filial, sin extinguirse en lo afectivo ni en lo patrimonial, por la eventualidad sucesoria y por compartir a veces las pretéritas labores de la familia no obstante esa emancipación hogareña, da lugar a una situación nueva, la de una distinta familia al dejar aquélla en que uno se ha formado, para constituir la propia. Este proceso prosigue secular y milenariamente aunque la longevidad media humana no suele alcanzar sino a dos generaciones familiares de los ascendientes al comenzar la vida y a otras dos de los descendientes al declinar la existencia; más, claro, que suele conocerse alguno de los abuelos y hasta los primeros nietos.

- Época primitiva: en los pueblos primitivos, donde la autoridad paterna se prolongaba a través de todas las nuevas generaciones conocidas por el tronco común, las diversas estirpes filiales, y las de los nietos incluso, mantenían evidente sujeción al mismo, más patente allí donde la convivencia persistía, bien en igual hogar o en otro próximo sitio en el campo o en los poblados cercanos.

No obstante, la autonomía a que aspira cada nuevo grupo familiar fue aumentando paulatinamente la distancia y la independencia con respecto a la primitiva organización patriarcal, que de todas formas, en inevitable proceso biológico, terminaba físicamente alguna vez y solía emancipar, de no haber una sucesión tradicional y aceptada en la jefatura familiar, a las diversas líneas de los hermanos, entronizados entonces como patriarcas de sus respectivas estirpes. Nacían de tal forma, con una nueva cabeza visible, grupos autónomos, aun cuando presentaban igual o semejante estructura a la de su procedencia, por gregaria imitación.

Ese relajamiento de los vínculos sanguíneos y domésticos, y al mismo tiempo la conciencia de compartir la existencia humana con grupos similares fue creando otras instituciones sociales, en las que ya se mostraban por demás atenuados, en las sucesivas generaciones y cruzamientos, los nexos exclusivamente familiares. La cohesión entre los antes extraños, por no pertenecer a la propia sangre o grupo familiar sino por ficción, como los adoptados, los sirvientes o esclavos, junto con la dispersión creciente que el espíritu aventurero de algunos anhelaba y que las malas cosechas o la insuficiencia de lo explotado hasta entonces imponía,

originaron la aparición y el influjo social genuino de otros grupos humanos con caracteres y nombres propios que a continuación se señalan.

- La gens: recibe esta denominación sociológica la primitiva agrupación de familias cuando conoce que desciende por vía masculina de un tronco común; pero al que no siempre reconoce una autoridad plena sobre todos sus componentes. Mantenían éstos igual culto familiar y una común sepultura cuando morían. Esta célula social ofrece ya cierto aspecto político; porque admite a algunos extraños como clientes, que quedaban sometidos a la potestad de jefe de la gens. Esta institución se identifica en los primeros siglos de la historia romana e igualmente en Grecia. Por lo común, agrupaban cuatro o cinco familias y sus respectivos clientes, que integraban medio centenar de miembros.

- El clan: las investigaciones sociológicas no permiten deslindar con precisión entre gens y clan, aunque quepa pensar que este último representa la progresiva expansión de aquélla, al irse adicionando extraños a la asociación de distintas familias con un remoto antecesor común. El vocablo procede del celta clan, hijo. No solamente comprende una pareja inicial y sus hijos, sino los hijos casados y sus retoños, que llega así a contener dos o tres generaciones unidas por la comunidad de sangre y, además miembros adoptivos que pueden ser clientes que buscan una protección o esclavos que fueron en principio prisioneros de guerra. Entonces se convierte en el clan, en un grupo estrechamente solidario, homogéneo, igualitario, hasta el punto de que no solamente está prohibido matar o herir a alguien

perteneciente al grupo, sino que toda injuria hecha a uno de sus miembros debe ser vengada por todos.

En el clan, por predominar los vínculos personales sobre la conciencia de agrupación profesional, aun dedicados todos sus miembros a una misma actividad de caza o pesca, ganadera o agrícola, no puede identificarse sino el débil embrión del asociacionismo laboral que implica esa identidad de tareas. La producción o la explotación que las riquezas naturales, aún asociadas, cumplían al servicio de una unidad patrimonial, en la que participaban los más sometidos, los clientes o los esclavos, cuyas satisfacciones primarias de subsistencia se hallaban aseguradas por el despliegue de esa misma ocupación.

- La tribu: en la antigüedad era la agrupación de algunos pueblos, incluso como elevada cultura para su tiempo; como lo fueron las doce tribus de Israel y las tres de la Roma primitiva. Estas contribuyeron, de modo decisivo, a la creación paralela del poder militar, de la organización social y también de la cultura jurídica romana. En nuestros tiempos, aunque cada día van quedando menos tribus, a causa de la civilización, o de persecuciones o exterminios que constituyen su sonrojo, con este vocablo se designa a un conjunto de familias, a veces nómadas, y establecidas otras en aisladas regiones de África, Asia y América, en ciertas partes de la cuenca del Amazonas, cuyo género de vida es aún primitivo y que suelen mostrarse bastante agresivos por lo general.

En una estructura social, que cabe calificar de célula estatal, las tribus poseen uno o varios poblados o aldeas; su jefe no es ya el antepasado común, sino un recuerdo cuyo despótico poder no encuentra otro límite que el del asesino que lo abate y le sucede. Las tribus, con ciertos rudimentos económicos evolutivos, como el de la conservación de alimentos, una incipiente cultura agrícola y el respeto de alguna propiedad individual, desconocen por lo general la moneda y comercian con sus vecinos, cuando no pueden expropiarlos como vencidos rivales, mediante el trueque directo de productos.

Puede afirmarse con exactitud que existen tantos patrones de organización familiar en la sucesión del tiempo, y que la historia resume, como pueblos que han morado en la tierra, especializándose la diversidad de grupos por influencia recíproca de los factores étnicos, económicos, jurídicos y políticos. Hay que tomar en cuenta, que familia y derecho de familia son dos ideas distintas que naturalmente se complementan. La primera es el hecho y su reglamentación jurídica el segundo. Ambas ideas representan a su juicio modalidades de una misma esencia a través de su doble conceptualización, siendo de la competencia del sociólogo jurista la exposición de la primera, auxiliándose de los medios de conocimiento que la historia le presta, correspondiendo exclusivamente a la ciencia del derecho desarrollar el segundo concepto.

- Época moderna: en el mundo de ahora y en lo que afecta a la relación de la familia con el derecho se encuentran frente a frente dos concepciones; la que defiende el principio de la autarquía familiar y considera que debe huirse de toda

intromisión del Estado en la vida de la familia y robustecer los vínculos que de ella nacen y ampliar la esfera de sus atribuciones, y la que entiende, por el contrario, que cada día ha de ampliarse a este respecto más la esfera de acción del Estado y que éste ha de venir a realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, sobre todo en lo que se refiere a la misión más alta, la del cuidado de los hijos, que no puede dejarse en absoluto encomendada a la actuación de la familia, puesto que el Estado tiene un interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para él hombre útiles, cualidad que no garantiza suficientemente la sola intervención de sus familiares.

Esta última orientación va poco a poco imponiéndose en el derecho de familia. No se puede desconocer, sin embargo, que el problema de la delimitación de funciones entre la acción familiar y la del estado es difícil y que su resolución no puede olvidar las circunstancias peculiares que concurren en cada pueblo.

El derecho de familia es una parte del derecho civil. Como la rama del derecho a que pertenece, según el pensamiento tradicional, se encuentra situado en el campo del derecho privado. Esta posición no deja de tener actualmente contradictores. La familia es considerada por los tratadistas de nuestro tiempo como una institución esencialmente ética, colocada bajo el imperio del derecho para su protección.

El derecho en este caso, como en tantos otros, acude en ayuda de la moral, para hacerla eficaz en sus aplicaciones prácticas. La familia es un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco. Esta institución se

presenta en el curso de la historia adoptando formas muy diferentes que ya fueron expuestas con anterioridad.

El ámbito de la familia moderna es más reducido del que se tuvo en la antigüedad, pues, en sentido estricto, no comprende actualmente sino el conjunto de los parientes que viven en el mismo hogar, si bien, en un sentido más amplio, comprende aún a los más remotos.

La familia se extiende en sentidos diferentes más o menos comprensivos, que podrían representarse por círculos concéntricos de extensión variable. En sentido lato la familia engloba todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta límites lejanos que el derecho positivo establece, en esta acepción descansa a la vez la comunidad de la sangre, el matrimonio y la adopción.

En un sentido mucho más restringido y muy diferente, designa la familia, las personas que viven bajo el mismo techo; padre, madre, hijos y, si hubiere lugar, nietos y aún colaterales, se convierte entonces, poco menos en el sinónimo de hogar, este aspecto no es extraño al legislador, el bien de familia es el inmueble que cobija así a la familia en toda su extensión.

Finalmente se entiende, por familia, la agrupación restringida constituida por el padre, la madre y los hijos, haciendo entrar en ella a estos últimos, aún en el

posible caso de que hayan creado un hogar y de que, a su vez, hayan fundado una familia comprendida en el sentido restringido de la palabra.

1.2. Concepción constitucional de las instituciones del derecho de familia

La Constitución Política de la República de Guatemala regula de la siguiente manera las instituciones del derecho de familia:

- El matrimonio: el matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente. (Artículo 49).

- La unión de hecho: el Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma. (Artículo 48).

- La filiación: el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización, sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número de hijos que desean tener y espaciar el nacimiento de los mismos. (Artículo 47).

- La adopción: el Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. (Artículo 54).

1.3. Concepción del Código Civil de Guatemala, de las instituciones del derecho de familia

El Decreto Ley 106, en el Título II, dedicado a la Familia, Capítulo I, Del matrimonio, regula las disposiciones generales del matrimonio de la siguiente forma:

- El matrimonio: lo define en el Artículo 78: “Es una institución social por la que un *hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí*”. En cuanto al matrimonio de los menores de edad, se encuentra regulado en el Artículo 94: “Los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores, o presentar autorización escrita de ellos, en forma auténtica o judicial si procediere y, además las partidas de nacimiento o, si esto no fuere posible, certificación de la calificación de edad declarada por el juez”.

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

- La filiación: el Código Civil no define directamente lo que es la filiación, el Capítulo IV, hace referencia a la paternidad y la filiación matrimonial. El Artículo 199, estipula que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: a) El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y b) El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El Artículo 202, se refiere a la filiación del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá impugnarse por el marido; pero el hijo y la madre tendrán también derecho para justificar la paternidad de aquél.

- La adopción: la adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad.

Puede decirse que tanto la Constitución Política de la República de Guatemala como el Código Civil regulan las instituciones del derecho de familia tomando en cuenta los aspectos objetivos que regulan las relaciones de las personas que constituyen un grupo familiar o una familia, como también los subjetivos que nacen de las relaciones que dentro del grupo familiar mantienen los miembros de la familia con los demás para el cumplimiento de los fines de la unidad familiar.

1.4. Diversas concepciones de la institución

La doctrina al momento de definir la institución de la familia ha tenido en cuenta distintos elementos:

- La potestad como elemento esencial: en el derecho romano clásico se identificaba a la familia como un grupo de personas unido por la jefatura de uno de sus miembros, esto significa, un conjunto de individuos que viven sometidos al poder doméstico de una sola autoridad. El vínculo de la unión de esas personas es la ejecución a su jefe llamado pater familias, con un lazo de naturaleza civil y no de parentesco como se interpreta actualmente.
- El parentesco como elemento determinante: en el siglo XIX, se definió la familia como la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; y el conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por lazos de parentesco.
- La convivencia como requisito: aquí se hace referencia al concepto de familia como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Sin embargo, la idea de convivencia no satisface plenamente un concepto actual de esa institución, en virtud que si la convivencia cesa, los vínculos familiares subsisten, salvo en supuestos de excepción.

- El vínculo jurídico: Planiol sostuvo que en sentido amplio: “La familia es un grupo de personas unidas por el matrimonio, por la filiación o también muy excepcionalmente por la adopción”.⁴

Bajo un sentido estricto se denomina familia: “Al organismo social constituido por los padres y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos, mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia, y en sentido impropio, a las personas que descienden unas de otras y que tienen un origen común, al margen del matrimonio.”⁵

1.5. El derecho de familia en el derecho comparado

Desde el punto sociológico como desde el jurídico, la familia es una de las instituciones que tienen una existencia más dilatada en el tiempo, pero también la que está sufriendo profundos cambios a nivel mundial. Se ha repetido con mucha frecuencia que el representante más destacado del funcionalismo sociológico, Talcott Parsons, consideraba que el equilibrio era la característica fundamental de la familia, cuyo papel esencial era la estabilización y entre cuyas funciones socializantes la transmisión de valores, normas y modelos de comportamiento establecidos constituían un importante elemento hacia la autorregulación y la autosuficiencia de la sociedad manteniendo determinadas necesidades humanas, entre las que se incluían la preservación del orden social, el abastecimiento de

⁴ Planiol, Marcel. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 321.

⁵ Yungano Rodríguez, Arturo. **Manual teórico práctico de derecho de familia**. Pág. 98.

bienes y servicios y la protección de la infancia. Sin embargo, en un mundo que experimenta una evolución tan rápida como el de hoy es difícil mantener esta teoría.

Hay enormes diferencias en la composición, ciclo de vida, rol de los padres y las circunstancias de las familias tanto dentro de las sociedades como entre ellas que está la capacidad de este núcleo básico de la sociedad para cumplir no sólo su papel socializador sino también su función educadora. Como se ha puesto de manifiesto en muchos informes de los organismos internacionales, resulta evidente que en todas partes las familias necesitan apoyo para desempeñar sus funciones vitales y atender a las demandas de cambio. Idea esta que es recogida en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño al recalcar la necesidad por reconocer, apreciar y proteger a la familia como base de la sociedad: "... que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad."

En muchos lugares del mundo la falta de hogar y el hambre, la pobreza y las enfermedades, la carencia de empleo y la exclusión social, las violaciones de los derechos humanos, especialmente de las mujeres y niñas, y la violencia no son más que algunos de los graves problemas que confrontan diariamente las familias problemas que cobran un alto precio a sus miembros y comprometen seriamente la

capacidad de las comunidades y de las naciones para realizar todas sus posibilidades de progreso social y humano.

En la actualidad esta institución está sometida a su propia reorganización a medida que aumenta el ritmo de las transformaciones a las que se ve sometida. Esto se pone de manifiesto en la reducción, en apenas algunos decenios, de la familia ampliada a la familia biológica o nuclear, a uniones familiares sin matrimonio, a familias del padre o madre casado en segundas nupcias o divorciado, a familias sin hijos o a núcleos familiares monoparentales también es importante mencionar a las uniones de personas del mismo sexo. Otros aspectos importantes, no los únicos, a señalar son: a) la familia ha dejado de ser una unidad de producción para convertirse en una unidad de consumo; b) el reconocimiento de los derechos de la mujer ha permitido un cambio en los roles desempeñados tradicionalmente por el hombre y la mujer con la incorporación de ésta al mundo del trabajo; c) en algunas partes, como en el mundo occidental, ha descendido el índice de natalidad; y d) muchas de las funciones tradicionales de la familia, como la educación, han sido privatizadas.

Parece que la única función que ha sobrevivido a todos los cambios es la de ser lugar de afecto. Sin embargo, la institución social de la familia sigue constituyendo el fundamento de un enfoque global del proceso de desarrollo social y es la base primordial de la crianza y la protección de los niños y niñas, así como el primer vehículo de transmisión de valores. Sin duda que el papel de los miembros familiares, con independencia de su composición y características, sigue siendo la

socialización primaria tanto por la carga afectiva con la que se transmiten valores como por la identificación con el mundo que presentan los adultos que implica algo más que un aprendizaje puramente cognoscitivo de la realidad. La emotividad e identificación son necesarias para la construcción social de la realidad y hacen verdaderamente significativo el aprendizaje.

En la socialización primaria en el seno de la familia principalmente el niño se identifica con los otros en una variedad de formas emocionales que le permiten aceptar los roles y actitudes de los demás, apropiándose de ellos, de manera que este aprendizaje le sirve para adquirir una identidad subjetivamente coherente y plausible.

Algunos autores como Tedesco (1995), señalan que el debilitamiento del papel socializador de la familia afecta especialmente el proceso de socialización primaria expresado a través del ingreso cada vez más temprano en instituciones escolares y de la reducción del tiempo que los niños pasan con los adultos debido tanto a la incorporación de estos al mundo del trabajo como de la influencia de los medios de comunicación (televisión) e información (informática). En el primer caso, según un informe preparado con ocasión de la Cumbre Mundial sobre el desarrollo social, el padre no asume su función ya que dedica, como promedio mundial, menos de una hora diaria a estar solo con sus hijos. Por otro lado, la televisión, sustituye a la familia en la transmisión de valores no neutrales y en muchas ocasiones negativos, dado que sus contenidos y sus mensajes deficitarios en la capacidad de elección y conocimiento racional no desarrolla el juicio crítico de los niños y niñas y permite la

identificación con un mundo siempre violento a través de la interiorización de conductas y comportamientos a través de experiencias pasivas y emocionales.

En todos los campos, especialmente en el jurídico, se pone especial énfasis en el ideal de que las familias constituyen un importante elemento de cohesión social en un mundo competitivo donde el afecto, la cooperación y la solidaridad son tan necesarios. La relación entre las familias y los centros educativos o centros de trabajo, la igualdad del hombre y la mujer en la casa o en el empleo, el cuidado de los hijos, la distribución de las tareas domésticas en el hogar y de las responsabilidades en la atención de los miembros más necesitados (niños y ancianos) de la sociedad guardan estrecha relación entre sí, y reclaman de la familia una función básica para la sociedad que no debe desaparecer.

Y esto porque además la familia constituye la base democrática de la sociedad, donde se debe practicar y aprender la tolerancia como condición previa para lograr un entendimiento intercultural en sociedades cada vez más pluriculturales. Esta necesidad llevó a Naciones Unidas a proclamar 1994 como el año Internacional de la familia con el lema construyendo la democracia más elemental en la base de la sociedad.

Como dijo el Secretario General de Naciones Unidas en la Cumbre de Copenhague en 1995: "Debemos establecer una asociación con las familias en la formulación de un nuevo contrato social que nos permita afrontar las dificultades del siglo XXI en todos los sectores de la actividad humana. Debemos...restablecer el lugar que

corresponde a las personas en el desarrollo, enriquecido con nuestra diversidad y alimentado con nuestro compromiso de lograr un mundo en paz.”⁶

Esto implica que recae sobre la familia la responsabilidad y la provisión de una educación práctica (informal), que continua sobre los derechos humanos, pues es precisamente a través de las relaciones entre todos sus miembros y de la experiencia vivida donde estos derechos se hacen reales y son mejor comprendidos.

Son muchos los instrumentos internacionales que hacen referencia a los derechos y deberes familiares y al papel de sus miembros en favor de la educación para la paz con base a la tolerancia, los derechos humanos y la democracia. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, reconoce que el niño para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

También en el plan de acción para la aplicación de la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, resultado de la Cumbre Mundial de la Infancia (1990), la función de la familia consiste en: a) ser el principal responsable del cuidado y la protección de los niños desde la infancia a la adolescencia; b) la introducción de los niños a la cultura, los valores y las normas de su sociedad; c) la formación de un ambiente y atmósfera familiar que permita al niño un desarrollo pleno y armónico de su personalidad.

⁶ Informe de la cumbre mundial sobre desarrollo social. Pág. 95.

Es indudable que este crecimiento, en ese clima familiar de alegría, amor y comprensión, está estrechamente relacionado con el respeto de todos sus derechos sin ningún tipo de discriminación ni menoscabo alguno como se ha visto *en los últimos tiempos con el surgimiento de nuevas formas de convivencia*, puesto que en muchos Estados a nivel mundial el derecho de familia ha ido evolucionando dando paso al reconocimiento jurídico de nuevas formas de familia a lo cual muchos sectores de la sociedad no solo dentro de nuestras fronteras si aún fuera de ellas se oponen.

La función esencial de preservación y transmisión de valores culturales, debe entenderse en un sentido menos restringido, tal como se expresa en el programa de Naciones Unidas para el año Internacional de la familia que dice: "En el sentido más amplio, la familia puede ser y es a menudo efectivamente una institución que educa, forma, motiva y ayuda a sus miembros, y de este modo, invierte en su expansión y aporta una contribución preciosa al desarrollo."⁷

Tributo que para ser efectivo exige de los conocimientos, técnicas y valores necesarios para la mejora de la vida cotidiana mediante todos los cauces educativos, los medios de comunicación y otras formas de acción social.

Objetivo, entre otros, adoptado por la Cumbre Mundial en favor de la Infancia para el año 2000. Por otro lado, las familias pueden jugar un papel importante como agentes de desarrollo y de evolución constructiva de la sociedad.

⁷ Informe de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Pág. 93.

En este sentido, la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos, los ideales de paz, humanismo, libertad y solidaridad internacionales, deben fomentarse entre otros a través de la orientación dada por los padres o la familia (Principio II). Igual papel se le reconoce y recomienda a la familia en otros textos como la Recomendación de 1974 de UNESCO sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacional y la educación relativa a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Teniendo en cuenta las dificultades, en el mundo de hoy, que tiene la familia para contribuir en la construcción de una Cultura de la paz en el sentido que existe una discordia a nivel mundial entre las nuevas formas de convivencia con la tolerancia que la sociedad debería tener a estas formas de familia, Por otro lado, a ese ambiente equilibrado, contribuyen las relaciones entre padres e hijos.

Para que el hogar constituya realmente un lugar apacible es necesario que los niños se sientan integrados en él, participen plenamente en la vida de familia y se sientan constantemente acompañados en sus propios esfuerzos y responsabilidades.

La escucha activa de los sentimientos de los niños por parte del adulto, el control de comportamientos agresivos, la sinceridad en la comunicación, sin duda, contribuyen a crear las condiciones favorables para el aprendizaje de conductas pacíficas. La libertad individual, la búsqueda de satisfacciones individuales y la igualdad entre los

cónyuges y los demás miembros de la familia son valores que constituyen los fundamentos de la democracia familiar que no son propios solo de las familias tradicionales originadas del matrimonio puesto que las nuevas formas de familia tienen la capacidad de proporcionar a sus integrantes de los elementos antes mencionados.

Como decía Cousinet: "A menudo los educadores y padres tienen miedo a la libertad de sus hijos porque creen que la libertad, tanto para los niños como para ellos mismos, producen desorden por eso es importante crear normas jurídicas que regulen las nuevas estructuras familiares que para muchas sociedades alrededor del mundo es un desorden social manteniendo una postura completamente cerrada queriendo ignorar el surgimiento de estas nuevas formas de convivencia, siendo solo algunos países los que se han atrevido a legislar dichas situaciones a continuación solo algunos ejemplos de Estados que ya cuentan con leyes que han transformado el derecho de familia incluyendo en el mismo normas que protegen a las nuevas estructuras familiares."⁸

⁸ Cousinet, Roger. **El trabajo escolar colectivo**. Pág. 82.

CAPÍTULO II

2. Matrimonio

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

2.1. Evolución de la institución

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

- a) Promiscuidad.
- b) Matrimonio por grupos.
- c) Matrimonio por raptó.
- d) Matrimonio por compra.
- e) Matrimonio consensual.

a) Promiscuidad: se entiende por promiscuidad un sistema de relaciones sexuales consistente en la práctica indiferente entre los miembros de los dos sexos de un grupo social.

“Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia, se reguló siempre en relación a la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella dando así lugar al matriarcado.”⁹

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

c) Matrimonio por raptó: figura antropológica por la que un hombre se hace con una mujer, con o sin consentimiento de sus allegados ni de la víctima, constituyendo una forma prematrimonial, tal y como lo expone Rafael Rojina Villegas, el cual dice: “Que en esa institución, la mujer fue considerada parte del botín de guerra y

⁹ Arango Escobar, Julio Eduardo. *Filosofía del derecho y de los derechos humanos*. Pág. 214.

por lo tanto los vencedores adquirirían en propiedad a las mujeres que lograban arrebatarse al enemigo, al igual que se apropiaban de sus bienes.”¹⁰

d) Matrimonio por compra: “en esta forma de matrimonio aun cuando no aparece el elemento consensual, es decir, la voluntad manifiesta de un hombre y una mujer de unirse por el vínculo matrimonial, constituye el fin de la promiscuidad y de la figura preponderante de la madre (matriarcado) surgiendo la organización del matrimonio sobre la base del pater familias.”¹¹

“En este matrimonio se consolidó la monogamia, el marido adquirió el derecho de la propiedad sobre la mujer y la familia se organizó jurídicamente, reconociendo la potestad del esposo y padre, además se admitió un poder ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.”¹²

e) Matrimonio consensual: Rafael Rogina Villegas, dice: “El matrimonio consensual se da cuando el matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre el hombre y la mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es un concepto del matrimonio moderno, en el cual se encuentra influenciado por ideas religiosas como un sacramento como se admite en el derecho canónico o bien como un contrato como se considera por distintos derechos positivos.”¹³

¹⁰ Rogina Villegas, Rafael. **Compendio de Derecho Civil**. Pág. 201.

¹¹ **Ibíd.**

¹² Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 11.

¹³ **Op Cit.** Pág. 231.

2.2. Definición del matrimonio

Castán Tobeñas citado por Alfonso Brañas, expone que algunos autores como Baundry-Lecantinerie y Houghes-Fourcade para referirse al significado de la palabra matrimonio utilizan diversas fórmulas según se inclinen por una concepción jurídica, sociológica, formalista o finalista. La concepción jurídica define al matrimonio como: “El estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.”¹⁴

“El matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura.”¹⁵

Para Kipp y Wolf, de la corriente formalista o finalista: “Es la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de la plena comunidad de vida, ha de hacerse constar que dentro de la corriente formalista, las hay que atienden a la finalidad estrictamente sexual del matrimonio y otras aceptables, que atienden a la finalidad espiritual e integral.”¹⁶

Por su parte, la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 49, establece: “El matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales,

¹⁴ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 11.

¹⁵ Westermarck, Mauricio. **Derecho de familia**. Pág. 46.

¹⁶ Kipp y Wolf, Villavivencio. **Curso de derecho de familia**. Pág. 210.

notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente.”

Interpretando, el citado Artículo, de una forma extensiva se puede deducir que el matrimonio en Guatemala, se encuentra plenamente protegido, para lo cual el Estado provee de una gama de normas jurídicas que permiten y garantizan la tutela familiar, sobre la base del matrimonio. Es por ello, que se faculta a los alcaldes, notarios y ministros de culto para que puedan autorizar el matrimonio. El Código Civil vigente establece en su Artículo 78, lo siguiente: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”

Al haberse establecido plenamente el significado de lo que encierra la palabra matrimonio, se entiende que como concepto jurídico se puede mencionar que el matrimonio es la unión legal entre un hombre y una mujer, concertada de por vida, mediante determinados ritos o formalidades legales, esto es en cuanto al matrimonio civil, y en cuanto al matrimonio canónico se establece que es aquél sacramento de legos en el cual un hombre y una mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones o formas de la iglesia.

La institución del matrimonio tiene una relación de gran interés, en virtud de que es la sede de la vida jurídica interior de la familia que contiene relaciones entre los esposos. Dentro de un Estado democrático como el de Guatemala, el matrimonio

esta como un acto solemne y determinado en las diversas etapas evolutivas de la legislación, todo ello con el único objeto de lograr el bienestar familiar, así como los fines sociales y teleológicos durante la vida del matrimonio.

2.3. Naturaleza jurídica del matrimonio

No existe unidad de criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, circunstancia que ha motivado la existencia de varias tesis que tratan de explicar, siendo las más conocidas las siguientes:

- a) Como un contrato: esta tesis es de origen canónico. En consecuencia inspira lo regulado por el derecho de la iglesia católica y que tuvo su principal motivación en evitar la proliferación de la bigamia. Los seguidores de esta tesis afirman que al matrimonio lo forma el consentimiento de los contrayentes. Le asignan los elementos y características jurídicas más sobresalientes de la institución contractual.
- b) Como un negocio jurídico: esta tesis afirma que el matrimonio es un negocio jurídico bilateral ya que este se constituye por la voluntad de las partes. Para algunos autores es un negocio jurídico bilateral de orden familiar y carácter solemne.

c) Como institución: según este criterio el matrimonio, como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, y al cual las partes no tienen más que adherirse.

2.4. Sistemas matrimoniales

Son los diversos criterios legales, adoptados en distintos países, con el objeto de reconocer la validez de la celebración del matrimonio. Doctrinariamente, los sistemas matrimoniales pueden ser:

- Sistema exclusivamente religioso: este sistema admite el matrimonio celebrado por la autoridad eclesiástica o por lo menos solo al mismo reconoce efectos.
- Sistema exclusivamente civil: surgió durante la Revolución Francesa; criterio que establece la obligatoriedad del matrimonio civil para todos los ciudadanos del Estado.
- Sistema mixto: surge del reconocimiento y existencia del matrimonio civil y religioso, a manera de que, en casos determinados uno y otro surtan efectos.

2.5. Fines del matrimonio

Federico Puig Peña, expone que: "Para determinar los fines del matrimonio, hay que atender a lo que al respecto establecen, Kant, Aristóteles, Santo Tomas de Aquino y sus diversos criterios, así tenemos una doctrina unilateral, la cual establece que el fin primordial del matrimonio es el goce de los instintos sexuales. Una segunda doctrina bilateral, sostiene que los fines son dos: la procreación de los hijos y el complemento mutuo de los esposos. Y la tercera trilateral, que ha recibido el favor de la doctrina que sostiene que el matrimonio tiene dos fines específicos como lo son la procreación y la educación de la prole y un fin individual como lo es el mutuo auxilio de los cónyuges."¹⁷

Por su parte, la legislación civil guatemalteca establece claramente en el Artículo 78 del Código Civil, los fines del matrimonio, de la sola lectura del mismo y son:

- a) La unión de hombre y mujer.
- b) Permanencia.
- c) Procreación.
- d) Alimentación y educación de los hijos.
- e) El auxilio mutuo.

¹⁷ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 979.

2.6. Requisitos para contraer matrimonio

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

Según el tratadista Fonseca citado por Alfonso Brañas: “Las formalidades cumplen un papel importante en la celebración del matrimonio, en virtud de que impiden la celebración precipitada del mismo, fijando los requisitos que deben de concurrir para que el vínculo conyugal surja, además de hacer cierta su concurrencia tanto en relación al tiempo como a las personas, y porque facilitan la prueba del acto.”¹⁸

Los elementos personales que intervienen en la celebración del acto y en la formación del expediente matrimonial son:

- a) Los contrayentes (hombre y mujer).
- b) El funcionario autorizante, que es la autoridad facultada por la ley para celebrar matrimonios, según el Artículo 49 de la Constitución Política de la República y Artículo 92 del Código Civil, son:

El alcalde o concejal, un notario hábil o por el Ministro de cualquier culto, debidamente autorizado por la autoridad administrativa correspondiente (Ministerio

¹⁸ Fonseca, Gautama. **Elementos de derecho civil**. Pág. 82.

de Gobernación). Para la celebración del matrimonio civil se deben cumplir con una serie de requisitos claramente estipulados en la ley como:

a) Ser civilmente capaz: esto se refiere a que 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. El tratadista Fonseca, citado por Alfonso Brañas, al respecto dice: “Aptitud física: fundamentalmente de orden sexual, se justifica ya que de otra manera no se podría alcanzar uno de los objetivos básicos del matrimonio, como lo es la procreación. Aptitud intelectual: en virtud de que únicamente estando en el pleno uso de las facultades mentales e intelectuales es posible atender y comprender los deberes, derechos y obligaciones que del matrimonio se derivan. Aptitud moral: porque hallándose el matrimonio, como casi ningún otro acto jurídico vinculado con la sociedad debe siempre responder a la moralidad media que prevía en aquella y respetar sus reglas y valores.”¹⁹

b) La edad: La ley establece que la edad para contraer matrimonio se fija tomando en cuenta ciertos factores fisiológicos como la nubilidad que determina la aptitud matrimonial por razones de orden fisiológico y la edad en que la mujer es apta por naturaleza para procrear. De conformidad con el Artículo 8º del Código Civil en su párrafo segundo estipula: “Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”. Sin embargo el Artículo 81 del mismo cuerpo legal citado, señala en forma de excepción “Que pueden contraer matrimonio el varón mayor

¹⁹ Brañas. Op. Cit. Pág. 51.

de dieciséis años y la mujer de catorce años, siempre que medie autorización de sus padres o de la persona que ejerce la patria potestad o tutela o en su defecto la dispensa judicial”.

El 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.

Dentro de la ley civil sustantiva puede mencionar dos tipos de requisitos que deben cumplir los contrayentes previo a la celebración del matrimonio, y los cuales se pueden dividir en: a) requisitos básicos a los contrayentes, b) requisitos legales, los cuales especificaré a continuación:

a) Requisitos básicos a los contrayentes: estos son aquellos llamados también formales, cuyo cumplimiento es necesario previamente al acto del matrimonio en sí, estas formalidades cumplen en el matrimonio civil un papel importante porque facilitan la prueba del acto, además porque impide que este se realice en forma precipitada, esto sin tomar en cuenta sus consecuencias y porque fijan de modo preciso toda la gama de supuestos o requisitos que deben cumplir los contrayentes para que surja el vínculo conyugal. Si bien es cierto que en la actualidad se advierte en muchas legislaciones incluyendo la de Guatemala, una atenuación del rigor formal que siempre ha caracterizado al matrimonio, es que

no puede realizarse, por amplias que sean las concesiones a la libertad individual que tal hecho implique al matrimonio, este continúa siendo solemne.

Con el deseo de contraer matrimonio se inicia lo que es el expediente matrimonial mediante la manifestación al funcionario competente, de la residencia de cualquiera de los contrayentes y del lugar donde deseen realizar la celebración, para la autorización del matrimonio. El funcionario está obligado a recibir aquellos requisitos exigidos a los contrayentes dentro de los cuales están:

- Certificación de la partida de nacimiento de cada uno de los contrayentes.
- Fotocopia del documento personal de identificación (DPI).
- Certificado médico.

El funcionario está obligado, a recibir bajo juramento de cada uno de los contrayentes, la declaración sobre los puntos siguientes: nombres y apellidos, su edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombre de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten sino presentan escritura pública de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con terceras personas, todo esto debe realizarlo el funcionario autorizante para la validez jurídica, tal como se establece en los artículos 93 y 97 del Código Civil.

El concepto familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesaria y fundamental, porque del matrimonio se derivan todos los derechos y potestades y todas las relaciones familiares, asimismo cuando no existe matrimonio, esas relaciones, derechos y potestades y todas las relaciones familiares sólo pueden surgir por concesión, y aun así vienen a ser éstos inferiores o de tal manera que aparecen como asimilados a los que el matrimonio genera.

En la actualidad, el criterio de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y especialmente en las relaciones que se originan por la filiación, tanto legítima como natural; el matrimonio ha dejado de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad, patria potestad, etc. Por lo que a los hijos no importa que sean naturales o ilegítimos se les tiene por iguales y gozan de los mismos derechos y obligaciones y están sometidos a la patria potestad de sus progenitores.

Fernando Gómez González, define el matrimonio como: "Un contrato bilateral solemne, por el que se unen dos personas de sexo diferente para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente. Es un contrato, porque hay un acuerdo de voluntades para casarse, aunque cabe decir que la exactitud de esta posición ha sido ampliamente discutida, por lo que se ha afirmado que el matrimonio es algo distinto que va más allá de un contrato, que es una institución que no debe ni remotamente rebajarse a la altura de las relaciones jurídicas contractuales. Es bilateral, porque lo celebran un sólo hombre y una sola mujer, teniendo ambos

derechos y obligaciones recíprocos. Es solemne, porque se lleva a cabo ante el juez del registro civil o ante notario.”²⁰

María Luisa Beltranena de Padilla, respecto al matrimonio escribe: “El matrimonio es una de las instituciones sociales de mayor relevancia indiscutiblemente que es la célula, núcleo o base jurídica de la familia. La institución del matrimonio es el lógico y natural resultado de la necesidad orgánica y social del hombre y la mujer. Es obvio que los dos elementos de la especie humana se completan al formar o constituir la entidad matrimonial, para su perpetuación y bienestar común.”²¹

Por su parte, el licenciado Jorge Romero López, en su tesis de graduación de abogado y notario, sustenta: “El matrimonio es el lógico y natural resultado de la necesidad orgánica y social del hombre y la mujer. Es obvio que los dos elementos de la especie humana, varón y mujer, se completan al constituir o formar el matrimonio para su perpetuación y bienestar común.”²²

“Las civilizaciones primitivas consideraron el matrimonio como un acto muy grave, del que dependía la perpetuidad de la familia y de los cultos. Por eso tiene carácter religioso.”²³

²⁰ Gómez González, Fernando. **Matrimonio**. Pág. 301.

²¹ Beltranena. **Op. Cit.** Pág. 220.

²² Romero López, Jorge. **Derecho procesal civil**. Pág. 33.

²³ Mazeaud, Johan. **Diccionario para juristas**. Pág. 222.

“En el derecho romano el matrimonio, que sólo existía respecto de los libres, por cuanto las uniones entre esclavos o entre libres y esclavos eran contubernio, aunque terminaran por aplicarse a esas uniones ideas y reglas propias del matrimonio, podría contraerse, no con una forma determinada, sino por la convivencia vivificada por el elemento intencional.”²⁴

“Para nosotros, los modernos, el matrimonio es una relación jurídica que nace de un contrato, es decir, del consentimiento de las partes de quererse como marido y mujer. Para los romanos, en cambio, era simplemente un hecho jurídico, una relación social productora de consecuencias jurídicas, era la convivencia de un hombre con una mujer, animada por la *Affectio maritalis*. Para los modernos, se concluye, y a la verdad, con formas solemnes, civiles y religiosas, para los romanos se constituía, o, por así, decirlo, se convivía. Para los modernos es de ordinario indisoluble, para los romanos ni siquiera se puede decir, con todo rigor, que fuese disoluble, precisamente porque no era una relación jurídica sino solamente una relación de hecho determinada por la convivencia y por la *affectio maritalis*.”²⁵

En Roma, la *affectio maritalis* era la voluntad continua de los cónyuges de estar unidos en el matrimonio; la convivencia constituía la base material y visible de la unión. La iglesia impuso ciertas reglas a los esposos cristianos, pero hasta el siglo X no tuvo ninguna influencia sobre el régimen civil del matrimonio.

²⁴ Jemolo, Izaer. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 129.

²⁵ Pacchioni, Manoelli. **Manual de derecho civil y comercial**. Pág. 95.

En el siglo X la Iglesia regula toda la materia del matrimonio e impone la competencia de los tribunales eclesiásticos. El derecho de Graciano (1140) concilia las dos tesis, la consensualista y la que exigía consumación, por cuanto se estableció que el matrimonio exigía consentimiento previo seguido de la consumación.

2.7. Concepción legal del matrimonio en el Código Civil guatemalteco

Establece el Artículo 78 del Código Civil, que: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

En tal sentido el matrimonio en Guatemala, se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige la ley para su validez (Artículo 79).

Es importante, tomar en cuenta que la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo, el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determina el Artículo 82, que establece que la autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o madre adoptante. A falta de padres, la autorización la dará el tutor.

La autorización judicial se encuentra regulada en el Artículo 83 del Código Civil, en la siguiente forma: “Si no puede obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de los progenitores; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez de primera instancia del domicilio del menor”.

2.8. Concepción constitucional del matrimonio civil

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula el matrimonio en el Artículo 49, de la siguiente manera: “El matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente”. En este único Artículo, se determina quienes pueden autorizar el matrimonio.

2.9. Matrimonio entre menores de edad

La aptitud legal para contraer matrimonio libremente, se determina por la mayoría de edad o mayoría de los interesados como lo establece el Artículo 8 del Código Civil, la misma se adquiere a los dieciocho años de edad.

La mayoría da origen a la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles. En consecuencia, los mayores de edad tienen absoluta libertad de contraer matrimonio, sin requerir previamente autorización, consentimiento o permiso de nadie.

Sin embargo tienen aptitud física, porque están aptos para el concubito, el varón mayor de dieciséis años de edad y la mujer mayor de catorce. Para que dichas personas menores de edad, puedan contraer matrimonio, es necesario que medie la correspondiente autorización o permiso de quienes deban legalmente otorgarlo.

El Código Civil no contempla motivos o causas en que fundar el disenso. En otras legislaciones los padres no están obligados a motivar el disenso. Si ellos dicen no, tal negativa se tiene que acatar y el matrimonio no se celebra.

Los motivos del disenso se dan únicamente para los abuelos o los tutores, en todo caso es el juez quien tiene la última palabra; pues la ley le otorga la facultad discrecional de las razones esgrimidas, que no pueden ser otras que las taxativamente señaladas, como que los futuros contrayentes carecieren de medios económicos de subsistencia y no dispongan, además, de cómo proporcionarlos; o que cada uno de ellos padeciere de alguna enfermedad grave incurable y contagiosa.

Sobre este particular el Código Civil de Guatemala es más avanzado: en caso de disenso, aunque fuere de los padres del menor, corresponde al juez decidir. El Código Procesal Civil y Mercantil establece en el Artículo 425, que: "Si antes de otorgar la licencia (el juez) prestaren su consentimiento el padre, la madre, los abuelos o el tutor, en su caso, del que la haya pedido, se sobreseerá el expediente".

La obligada presentación de documentos aparece contemplada en tres casos especiales:

- a) Menores de edad (Artículo. 94 Código Civil), en que se debe presentar la autorización autenticada de sus padres o tutores.
- b) En el caso de no comparecer acompañados de aquellos las certificaciones de las partidas de nacimiento o en su defecto certificación de la calificación de edad declarada por el juez.
- c) Contrayente que fue casado.

CAPÍTULO III

3. Separación y divorcio

Separación es la que subsistiendo el vínculo de carácter conyugal, se produce el cese de la vida en común, convirtiéndose el régimen jurídico de los derechos y obligaciones de los cónyuges.

La separación conyugal se puede identificar claramente con la ruptura de la convivencia matrimonial que no lesiona al vínculo, y que además requiere la adaptación del régimen jurídico del matrimonio y de la patria potestad, de conformidad con el caso, a la nueva situación en la que se encuentran los cónyuges.

Las obligaciones matrimoniales, salvo la convivencia y en parte el deber de fidelidad, no se encuentran afectados en lo que se relaciona con su vigencia por la separación, pero su cumplimiento tiene que amoldarse a esa nueva situación de los cónyuges separados.

La separación se diferencia del divorcio en que los cónyuges continúan unidos en matrimonio y no pueden contraer nuevas nupcias. En dicho sentido el Artículo 153 del Código Civil, Decreto Ley 106 regula: "El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio".

La autora María Rosario Valpuesta Fernández en lo relacionado a la separación señala lo siguiente: “La separación matrimonial puede coincidir con una situación fáctica de ruptura de la convivencia por los cónyuges, que no ha sido tramitada ante la instancia judicial, que se conoce como separación de hecho, o puede venir decretada por la autoridad judicial a iniciativa de uno o ambos cónyuges, a la que se le denomina separación legal o judicial.”²⁶

3.1. Clases de separación

Entre las clases de separación se encuentran la de hecho y la legal o judicial. La separación de hecho se identifica con la situación fáctica del quebrantamiento de la convivencia conyugal acordada entre ellos; o bien, impuesta por uno de los mismos, que no ha sido decretada mediante el órgano jurisdiccional.

A pesar de que dicha separación surge y se mantiene al margen del derecho, es productora de algunos efectos jurídicos parecidos a la separación legal.

También, puede darse la separación legal o judicial como también se le denomina, y consiste en que obedece a determinadas causas previstas de forma legal y que ha sido decretada mediante la autoridad judicial a instancia de uno o de ambos cónyuges.

²⁶ Valpuesta Fernández, María Rosario. *Los pactos conyugales de la separación de hecho*. Pág. 20.

Mediante esta clase de separación los cónyuges logran la obtención del total reconocimiento de su ruptura y disolución del mismo y por ende alcanzan los mayores efectos que el ordenamiento jurídico civil guatemalteco le otorga a la separación conyugal.

En consideración a las motivaciones que legitiman la solicitud de la separación judicial, es correcto distinguir entre la separación convencional y la separación causal. Una separación es convencional o consensual cuando el acuerdo de los cónyuges es suficiente para decretar la separación, con independencia de cuál sea la causa verdadera que ha motivado la ruptura.

Dicha separación es distinta de aquella que encuentra su origen en la voluntad unilateral de uno de los cónyuges.

El Artículo 154 del Código Civil, Decreto Ley 106 regula: "Separación y divorcio. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse:

- 1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y
- 2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

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

La separación es causal cuando se encuentra fundada en uno de los supuestos típicos previstos de forma legal, tal y como lo regula la legislación civil guatemalteca, señalando que son causas comunes para obtener la separación o el divorcio:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges: esta circunstancia se configura cuando uno de los cónyuges sostiene relaciones de carácter íntimo con otra persona, debilitando con ello el ánimo de permanencia que caracteriza al matrimonio. Las dificultades de prueba y de apreciación en relación a esta causal *son innumerables*.

- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insostenible la vida en común: se tiene que entender como comprensiva de cuatro causales de divorcio distintas: la primera en relación a los malos tratos que consisten en vejaciones que atentan contra la integridad del otro cónyuge; la segunda relativa a las riñas y a las disputas continuas que por reiterada manifestación hagan evidente la incompatibilidad de caracteres; la tercera en relación a las injurias graves y ofensas al honor y la última caracterizada por la conducta desordenada o bien a la reiteración de hechos no constitutivos de injuria u ofensa, pero generadores de desarmonía conyugal.

- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos: el legislador reguló esta causal de manera incompleta, debido a que en este supuesto no se incluye a los descendientes y a los ascendientes, y no se toma en consideración el derecho constitucional de defensa regulado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “La defensa en la personas y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”
- La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año: esta causa hace referencia a una separación de hecho fundamentada en dos supuestos distintos.

3.2. Definición de divorcio

Puig Peña, al referirse al divorcio lo define como sigue: “Que el divorcio es aquella institución por cuya virtud se rompe o se disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas, o contra las cuales no se ha promovido impugnación alguna, dejando a los esposos en libertad para contraer nuevo consorcio.”²⁷

²⁷ Tratado de derecho civil español. Pág. 505.

Manuel Osorio, define el divorcio de la forma siguiente: “Acción y efecto de divorciar y divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio; separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho.”²⁸

Guillermo Cabanellas, define el divorcio así: “Es la ruptura de un matrimonio válido. Se distinguen tres especies de él, que son: el de separación de cuerpos y bienes, el vincular y la separación del lecho y techo.”²⁹

En su concepto más amplio la palabra divorcio significa la separación legítima de un hombre y una mujer que anteriormente hayan estado unidos por el vínculo del matrimonio, en su concepción etimológica, *divortium* consistía en la disolución matrimonial que se daba en el derecho romano, la cual podía darse: a) por muerte de uno de los cónyuges, b) por incapacidad matrimonial de cualquiera de los cónyuges, c) por voluntad de ambos cónyuges, d) por voluntad de uno solo de los cónyuges de poner término al matrimonio, esta última causa podía producirse de dos formas por el *divortium* o por el *repudium*, sin embargo existe confusión en estos términos para los distintos autores, pues para algunos el *repudium* consistía en el deseo de poner fin al matrimonio, y el divorcio era el efecto producido por dicha expresión.

²⁸ Osorio Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 260.

²⁹ *Diccionario de derecho usual*. Pág. 731.

Considero que la postura más correcta es la primera en virtud de que en base a los datos históricos, cuando el hombre o la mujer encontraban dentro del matrimonio alguna causa que consideraran suficiente para ponerle término a este, podían hacerlo de forma unilateral, y a esta decisión le llamaban repudio, sin embargo el efecto inmediato del repudio ya fuese del hombre o de la mujer, era el divorcio.

- Etimología: del latín *divortium*, de *divertere*, separar, echar a un lado. La mayoría de autores consideran al divorcio como la ruptura del vínculo conyugal válido, el cual tiene como efecto principal dejar en libertad a los esposos para contraer nuevas nupcias. Debe tomarse en cuenta que la figura del divorcio no es una figura moderna o de reciente creación y aplicación, ya en los tiempos bíblicos era conocida, tal como se establece en Deuteronomio 24.1: en donde se establecía que cuando alguien tomaba a una mujer y se casaba con ella, si no le agradaba por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribía carta de divorcio, se la entregaba en la mano y la despedía de su casa.

Los tratadistas Ripert y Bolanger citados por Monroy Cabra dicen: "Las legislaciones antiguas con las que entró en contacto la iglesia, admitían el divorcio. El derecho romano, en época imperial, lo autorizaba en una forma amplia, sin intervención del juez, y sin exigir siquiera el consentimiento recíproco de las partes: *la repudiación unilateral era posible por parte de la mujer, lo mismo que por parte del marido.*"³⁰

³⁰ Tratado de derecho civil. Pág 23.

El divorcio como institución, se ha discutido desde varios puntos de vista, hallándose entre las discusiones más importantes la religiosa y la laica, mismas que dan origen a la doctrina de la iglesia y las diversas teorías laicas, constituyéndose la doctrina de la iglesia como la más dura enemiga de dicha institución, reaccionando en su contra desde el principio de su regulación y aplicación.

En la legislación civil guatemalteca existen dos clases de divorcio: el divorcio voluntario o por mutuo acuerdo y el divorcio por causa determinada.

El divorcio voluntario es aquel que sucede por petición conjunta y en el mismo es fundamental el consentimiento de ambos cónyuges y de ello deriva que se le denomine divorcio consensual y además no puede ser solicitado después de un año, el cual tiene que contarse a partir de la fecha correspondiente a la celebración del matrimonio.

Pero el acuerdo más que una perseverancia consensual para el divorcio, revela la falta de voluntad en relación a la convivencia matrimonial, ello es, en definitiva, la ruptura de la comunidad material y espiritual.

El cese efectivo de la convivencia conyugal no es por sí la causa de divorcio, sino en cuanto manifestación de la ruptura conyugal. El divorcio voluntario se encuentra rodeado por normas de fondo y de procedimientos que se encuentran destinados a la preservación del carácter serio y justo del acuerdo de los cónyuges.

De ello deriva, que cuando se solicita la separación o el divorcio por mutuo acuerdo, los cónyuges tienen que presentar un proyecto de convenio relacionado con los puntos contenidos en el Artículo 163 del Código Civil, Decreto Ley 106: “Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes:

- 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 cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos.
- Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades.
- Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.”

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de reformar el Libro IV, Sección Cuarta del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107, de Guatemala, en cuanto a adicionar el trámite de Divorcio y separación de menores de edad

Es importante, tomar en cuenta que la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo, el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determina el Artículo 82, que establece que la autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o madre adoptante. A falta de padres, la autorización la dará el tutor.

La autorización judicial se encuentra regulada en el Artículo 83 del Código Civil, en la siguiente forma: “Si no puede obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de los progenitores; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez de primera instancia del domicilio del menor”.

La aptitud legal para contraer matrimonio libremente, se determina por la mayoría de edad o mayoría de los interesados como lo establece el Artículo 8 del Código Civil, la misma se adquiere a los dieciocho años de edad.

En consecuencia, los mayores de edad tienen absoluta libertad de contraer matrimonio, sin requerir previamente autorización, consentimiento o permiso de nadie.

Sin embargo tienen aptitud física, porque están aptos para convivir juntos, el varón mayor de dieciséis años de edad y la mujer mayor de catorce. Para que dichas personas menores de edad, puedan contraer matrimonio, es necesario que medie la correspondiente autorización o permiso de quienes deban legalmente otorgarlo.

El Código Civil no contempla motivos o causas en que fundar el disenso. En otras legislaciones los padres no están obligados a motivar el disenso. Si ellos dicen no, tal negativa se tiene que acatar y el matrimonio no se celebra. Los motivos del disenso se dan únicamente para los abuelos o los tutores, en todo caso es el juez quien tiene la última palabra; pues la ley le otorga la facultad discrecional de las razones esgrimidas, que no pueden ser otras que las taxativamente señaladas, como que los futuros contrayentes carecieren de medios económicos de subsistencia.

Sobre este particular el Código Civil de Guatemala es más avanzado: en caso de disenso, aunque fuere de los padres del menor, corresponde al juez decidir. El Código Procesal Civil y Mercantil establece en el Artículo 425, que: "Si antes de otorgar la licencia (el juez) prestaren su consentimiento el padre, la madre, los abuelos o el tutor, en su caso, del que la haya pedido, se sobreseerá el expediente".

La obligada presentación de documentos aparece contemplada en tres casos especiales: a) menores de edad (Artículo. 94 Código Civil), en que se debe presentar la autorización autenticada de sus padres o tutores. b) en el caso de no comparecer acompañados de aquellos las certificaciones de las partidas de nacimiento o en su defecto certificación de la calificación de edad declarada por el juez. c) contrayente que fue casado.

Debería de ser un requisito indispensable la autorización judicial pero por parte de los menores de edad para llevar a cabo el divorcio, como elemento primordial ya que estos aspectos en que se proyecta para producir los efectos jurídicos pertinentes y que conllevan a la realización del matrimonio o del divorcio de aquellos menores de edad, que no cuentan con la autorización de sus padres para efectuarlo.

Es así como son parte de la dispensa judicial como elementos personales, los términos marido y mujer, pero, debe tomarse en cuenta que en este caso, son menores de edad, tal como lo establece el Código Civil, el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años.

La dispensa judicial: inicialmente debe quedar establecido que la palabra dispensa: "Es la liberación que se hace a favor de una persona del cumplimiento de alguna carga u obligación".³¹

³¹ Pallares, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. Pág. 232.

“Dispensa es el privilegio o excepción graciosa de lo que se encuentra ordenado por las leyes, concedida a favor de alguna persona por consideraciones particulares y por autoridad de las mismas leyes”.³²

Ahora bien, en nuestro medio, se toma muy en cuenta la capacidad para contraer matrimonio, siendo la primera condición para ello, la capacidad de las partes, es decir, que tanto el hombre como la mujer cuenten con la aptitud física, intelectual y moral indispensable para alcanzar los fines de la unión conyugal. Asimismo, debe tenerse en cuenta la aptitud para contraer matrimonio la cual está determinada por la mayoría de edad, es decir, por el hecho que los contrayentes hubiesen cumplido dieciocho años de edad, sin obstar que pueden contraerlo el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización conjunta del padre y de la madre, o de quién de ellos ejerza la patria potestad, o bien, del adoptante si se trata de hijo adoptivo; y en su caso, a falta de padres la autorización del tutor, esto según lo establecido en los artículos 81 y 82 del Código Civil.

Establece la ley sustantiva civil, que en el caso de no poder obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de ellos; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez. (Artículo 83).

³² Esteban Castillo, José Roca. **La problemática jurídica de los menores de edad al solicitar la dispensa judicial para contraer matrimonio.** Pág 53.

Si existe desacuerdo entre los padres, o negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren motivos razonables, esto de conformidad con el Artículo 84 del citado cuerpo legal, por supuesto, la apreciación del juez deviene subjetiva, puesto que él está alejado e ignorante de situaciones o circunstancias que a su juicio pueden resultar irrelevantes, pero que a los directamente interesados resultan de especial trascendencia; por esa razón es conveniente adicionar el trámite de divorcio y separación de menores de edad, ya que muchas veces luego de contraer nupcias a los dos meses ya no quieren vivir juntos o simplemente se casaron porque debían y porque así lo querían.

El Código Civil, según se infiere de las disposiciones referidas, si bien fija la mayoría de edad como punto de partida a efecto de precisar la aptitud legal para contraer matrimonio, a manera de excepción dispone que pueden contraerlo el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, previa correspondiente autorización. Se da, entonces, primordial importancia a la aptitud física como determinante para la celebración del matrimonio, es decir, de la aptitud para contraer matrimonio.

La dispensa judicial procesalmente hablando, es el modo de suplir el consentimiento de los padres o tutores para contraer matrimonio, en el caso de los menores que conformidad con el Código Civil, tienen capacidad para contraer matrimonio.

El procedimiento se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el Libro Cuarto, o sea de los procesos especiales, Título I, relativo a jurisdicción voluntaria, Artículo 425, en la siguiente forma: "Dispensa judicial. En los casos en que, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, puede el juez suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores para que pueda contraer matrimonio un menor, la solicitud de éste se tramitará en forma de incidente con intervención de la Procuraduría General de la Nación, y del opositor."

Puede la capacidad en general como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones y ejercer los actos que no le estén prohibidos.

Este concepto amplio, determina la existencia de dos clases de capacidad: la de derecho y la de hecho. La capacidad de derecho, es el grado de aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de hecho, es la aptitud o grado de aptitud de las personas naturales para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

La dispensa judicial, es entonces, la gracia otorgada por el juez, por excepción y en interés de aquéllos que no cumplen con el requisito legal de edad mínima, a efectos de que puedan contraer matrimonio al mismo tiempo esta misma gracia debe ser aplicada para disolver así ese matrimonio.

La finalidad de la dispensa judicial como un elemento intrínseco, conlleva un fundamento claro y patente, pues tiende a proteger a los hijos menores de edad contra sus decisiones que pudiesen ser inmaduras, apresuradas o equivocadas, en este acto tan trascendental de su vida.

Las uniones irreflexivas e impremeditadas pueden evitarse negando el padre su consentimiento para el matrimonio, impidiendo de esa forma a que su hijo lleve a cabo un apresurado matrimonio.

Puede en algunas ocasiones ejercerse esta facultad con evidente e injustificada razón, oponiéndose el padre del menor caprichosamente a un matrimonio del hijo menor, que incluso de hecho pudiese estar conviviendo con determinada persona, pero estos supuestos son raros e insólitos y no pueden nunca justificar su supresión de esta autorización.

Debe tomarse en cuenta y esto es lo más importante, que muchas de estas futuras esposas no han cumplido la mayoría de edad, es decir que se trata de menores de edad, por lo que de una infancia limitada pasan a una adelantada vida adulta, lo cual tiene repercusiones no sólo en su estado civil, salud, sino en la calidad de vida y educación que ellas darán a sus hijos, que no tardan en llegar. La tradición merece respeto pero el bien de la comunidad y la dignidad de la persona bien vale un diálogo abierto y consiente.

El verdadero problema para estas mujeres menores de edad, es que al casarse a temprana edad truncan sus oportunidades de superación, ya que dejan de asistir a la escuela. A los 16 años, las muchachas ya tienen dos hijos y con esto cortan sus oportunidades de desarrollo porque tienen que atender un hogar y trabajar para poder vivir.

Para la mayoría, el casarse a temprana edad es un fenómeno multicausal que, principalmente, tiende a repetir los modelos de crianza de los padres. Este es un círculo en el cual están involucradas madres e hijas y también los padres.

Una de las vertientes de este fenómeno es la pobreza, ya que los padres de familia no cuentan con recursos económicos para pagar los estudios de sus hijas, y, a la vez, su trabajo doméstico siempre es bien recibido por la familia.

Es por ello que debe considerarse en Guatemala, llevando este pensamiento a la legislación tanto sustantiva como adjetiva, para evitar con ello que la obtención de la dispensa judicial, para los menores de edad que desean contraer matrimonio, encuentren tanto obstáculo en el trámite judicial del mismo.

Puede hacerse en una forma más rápida y simple, como por ejemplo a través de procesos monitorios que son audiencias orales donde las partes presentan sus argumentos y el juez decide al final de la audiencia, los cuales son utilizados en países como España.

Si se analiza lo anteriormente expuesto respecto a la dispensa judicial, se llega a la determinación que ésta es una capacidad especial que la ley concede al menor de edad para que pueda ejercer los derechos por sí mismo, que la propia ley le concede.

El mismo autor Licenciado Esteban Castillo señala como otro problema al solicitar la dispensa judicial, es el económico, ya que las partes deben comparecer auxiliadas por un abogado de conformidad con lo que establece el Artículo 50 del Código Procesal Civil y Mercantil, que se refiere a la asistencia técnica; este Artículo considera que no debería ser aplicado en materia de familia ya que en la misma rige el procedimiento del juicio oral, consecuentemente debería permitirse que las partes pudieran actuar personalmente y directamente expresar de palabra sus pretensiones, haciendo constar éstas a través de actas o bien presentarse por escrito sin que sea obligatorio el auxilio de abogado.

Considero que debe hacerse breve el trámite, sin mayores obstáculos, y con la necesaria convicción para el juez, de que existe polémica familiar, cumpliendo con todos los requisitos legales para su solicitud, pero sin el entorpecimiento en el trámite ya indicado con anterioridad, apoyar la oralidad en el procedimiento civil.

Para evitar los problemas futuros como por ejemplo: se debe a que las parejas sienten que ya no pueden vivir juntas debido a las peleas o el enojo, o porque el amor que sentían el uno por el otro cuando se casaron ha cambiado; puede deberse a que uno de los padres se ha enamorado de otra persona.

En algunos casos, a problemas serios como el alcoholismo, los malos tratos o problemas con el juego; podría ser la violencia intrafamiliar, drogadicción entre otros.

4.1. La dispensa judicial

Inicialmente debe quedar establecido que la palabra dispensa: "Es la liberación que se hace a favor de una persona del cumplimiento de alguna carga u obligación. En el tema de la dispensa judicial, debe estudiarse lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio, por lo que en una forma general se hace referencia a lo que es la dispensa judicial."³³

"Se entiende por impedimento cualquier circunstancia, relativa al consentimiento o a las personas que, por ley divina o humana, se opone a la celebración válida o lícita del matrimonio. Este es el concepto que ofrece el derecho canónico antiguo y en él están incluidos, no sólo los impedimentos propiamente dichos, sino también los vicios del consentimiento y el defecto de forma en la celebración del matrimonio. Actualmente, se acepta la noción de impedimentos en un sentido más estricto, considerando como tales aquellas circunstancias relativas a los contrayentes que, por ley divina o humana, se oponen a la válida o lícita celebración del matrimonio."³⁴

³³ Somarriva Undurraga, Manuel. **Derecho de familia**. Pág. 19.

³⁴ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil I**. Pág. 345.

“Dispensa es el privilegio o excepción graciosa de lo que se encuentra ordenado por las leyes, concedida a favor de alguna persona por consideraciones particulares y por autoridad de las mismas leyes.”³⁵

Ahora bien, en el medio, se toma muy en cuenta la capacidad para contraer matrimonio, siendo la primera condición para ello, la capacidad de las partes, es decir, que tanto el hombre como la mujer cuenten con la aptitud física, intelectual y moral indispensable para alcanzar los fines de la unión conyugal. Asimismo, debe tenerse en cuenta la aptitud para contraer matrimonio la cual está determinada por la mayoría de edad, es decir, por el hecho que los contrayentes hubiesen cumplido dieciocho años de edad, sin obstar que pueden contraerlo el varón mayor de *dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización conjunta del padre y de la madre, o de quién de ellos ejerza la patria potestad, o bien, del adoptante si se trata de hijo adoptivo; y en su caso, a falta de padres la autorización del tutor, esto según lo establecido en los artículos 81 y 82 del Código Civil.*

Establece la ley sustantiva civil, que en el caso de no poder obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de ellos; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez. (Artículo 83).

³⁵ Garrone, José Alberto. *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*. Pág. 53.

Si existe desacuerdo entre los padres, o negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren motivos razonables, esto de conformidad con el Artículo 84 del citado cuerpo legal, por supuesto, la apreciación del juez deviene subjetiva, puesto que él está alejado e ignorante de situaciones o circunstancias que a su juicio pueden resultar irrelevantes, pero que a los directamente interesados resultan de especial trascendencia.

El Código Civil, según se infiere de las disposiciones referidas, si bien fija la mayoría de edad como punto de partida a efecto de precisar la aptitud legal para contraer matrimonio, a manera de excepción dispone que pueden contraerlo el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, previa correspondiente autorización. Se da, entonces, primordial importancia a la aptitud física como determinante para la celebración del matrimonio, es decir, de la aptitud para contraer matrimonio.

En síntesis, la dispensa judicial procesalmente hablando, es el modo de suplir el consentimiento de los padres o tutores para contraer matrimonio, en el caso de los menores que de conformidad con el Código Civil, tienen capacidad para contraer matrimonio. El procedimiento se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el Libro Cuarto, o sea de los procesos especiales, Título I, relativo a Jurisdicción Voluntaria. Artículo 425, en la siguiente forma:

- "Artículo 425. Dispensa judicial. En los casos en que, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, puede el juez suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores para que pueda contraer matrimonio un menor, la solicitud de éste se tramitará en forma de incidente con intervención del Ministerio Público, (hoy Procuraduría General de la Nación), y del opositor."

Rendida la prueba, el juez, previos los informes que crea convenientes, concederá o negará la licencia. La resolución es apelable. Si antes de otorgar la licencia prestaren su consentimiento el padre, la madre, los abuelos, o el tutor, en su caso, del que la haya pedido, se sobreseerá el expediente.

4.2. Antecedentes históricos de la dispensa judicial

Los ordenamientos jurídicos más primitivos, con una organización patriarcal de la familia, se han caracterizado por la total sujeción de todos los miembros a quién ejercitaba la jefatura familiar (padre, abuelo o tío), y la necesidad de la autorización de quién ejercía esa jefatura, para celebrar matrimonio.

En Roma el poder del pater familia era tan absoluto que le permitía disponer incluso de la vida de las personas sujetas a su potestad, y en materia matrimonial su oposición impedía que se contrajeran las nupcias, sin que pudiese entablarse recurso alguno frente a su negativa.

Con el tiempo la situación fue evolucionando, y en época de Augusto se dictó la Lex Julia, que admitía, frente a la oposición del padre, que las hijas mujeres recurriesen ante el príncipe, lo que tiene cierto sentido porque con el casamiento la hija mujer salía de la potestad de su padre para ingresar a la familia de su marido, los varones, en cambio, continuaban sujetos a la potestad del pater, ya que el matrimonio no los emancipaba.

Se consideraba tan importante la venia paterna, que la sola ausencia del progenitor llegaba a impedir que se celebrara el matrimonio, lo que fue mitigado luego, admitiendo que si la ausencia excedía de tres años ya no se requeriría del asentimiento. Con el correr del tiempo evolucionan estas ideas, y se admite que pese a la negativa de quién ejercía la potestad, la posibilidad de suplir esa autorización por venia judicial, concedida primero solamente a las mujeres, se extendió a todos los hijos cuando mediaban razones que hiciesen aconsejables las nupcias.

Este cambio de rumbo se acentúa por influencia del cristianismo, en especial de la iglesia católica cuya doctrina se inclinó siempre a favor del matrimonio, considerando que si la persona era núbil, su edad no constituía impedimento para que contrajese nupcias, resultando suficiente el libre consentimiento del sujeto, aunque fuese menor, doctrina proclamada en varios concilios e incorporada a los Decretales.

Así el humanismo renacentista, impulsado por la admiración que sentía por las artes y ciencias del mundo clásico, revitaliza las soluciones jurídicas del derecho romano, contenidas en las Pandectas de Justiniano, redescubiertas algún tiempo antes, y en lo que hace al punto que nos ocupa estimará correcta la necesidad de que los menores cuenten con autorización paterna, mitigada con el recurso a la justicia en los casos de que la negativa fuese infundada.

Por su parte la aristocracia, procurando consolidar los linajes y evitar alianzas desventajosas, robusteció la potestad paterna, para evitar los matrimonios inconvenientes, y, pese a la influencia de la iglesia, se mirará con simpatía que se reimplantarán los viejos principios del derecho romano que otorgaban a los padres poderes casi absolutos sobre la familia. Finalmente en la etapa en que las monarquías absolutas prevalecen sobre los nobles, como paso previo al surgimiento de las naciones modernas, los reyes en esa lucha contra la nobleza entenderán que es resorte suyo intervenir cuando los padres niegan injustificadamente autorización para un matrimonio, y dar una licencia supletoria.

4.3. Elementos

Los elementos son necesarios para que se lleve a cabo la dispensa judicial, razón por la que deben tomarse en cuenta, todos los aspectos en que se proyecta para producir los efectos jurídicos pertinentes y que conllevan a la realización del matrimonio de aquellos menores de edad, que no cuentan con la autorización de sus padres para efectuarlo.

- Personales: es requisito indispensable para la autorización del matrimonio que sean dos personas de sexo diferente, puesto que la identidad sexual de los consortes originaría un obstáculo insuperable de carácter legal en Guatemala por autorizar el matrimonio sólo de personas de diferente sexo según lo estipula el Artículo 78 del Código Civil.

- Jurídicos: para celebrar el matrimonio, es necesario que los prometidos cumplan con ciertas disposiciones legales relativas a la capacidad de los contrayentes, las cuales si fueran incumplidas constituirían impedimentos impidentes, ello no invalida el acto.

Los requisitos para la celebración del matrimonio, son:

- a) Edad: para contraer matrimonio es necesario que los consortes o contrayentes hayan llegado a la edad núbil, o sea el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Los menores de dicha edad no pueden contraer matrimonio.

- b) Consentimiento: los contrayentes que no hayan cumplido dieciocho años de edad, no pueden contraer matrimonio, sin consentimiento de los padres, si vivieren ambos, o del que sobrevive por el ejercicio de la patria potestad conjunta que ejercen según el Artículo 82 del Código Civil. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos o del que sobreviva.

c) A falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos. Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores, y faltando éstos, el juez.

d) Formalidades legales: aquellas personas que pretendan contraer matrimonio deberán cumplir con todos aquellos requisitos que la ley exige para el efecto. Y una vez cumplidos, en el lugar, día y hora designados deberá celebrarse la ceremonia.

- Sociales: la finalidad de la dispensa judicial como un elemento intrínseco, conlleva un fundamento claro y patente, pues tiende a proteger a los hijos menores de edad contra sus decisiones que pudiesen ser inmaduras, apresuradas o equivocadas, en este acto tan trascendental de su vida. Las uniones irreflexivas e impremeditadas pueden evitarse negando el padre su consentimiento para el matrimonio, impidiendo de esa forma a que su hijo lleve a cabo un apresurado matrimonio. Puede en algunas ocasiones ejercerse esta facultad con evidente e injustificada razón, oponiéndose el padre del menor caprichosamente a un matrimonio del hijo menor, que incluso de hecho pudiese estar conviviendo con determinada persona, pero estos supuestos son raros e insólitos y no pueden nunca justificar su supresión de esta autorización.

- **Materiales:** también se defiende la existencia del consentimiento paterno en la vigilancia de la familia por parte de aquellos que la dirigen, y la prohibición a los hijos de realizar una alianza desproporcionada. El orden moral y social dentro de los miembros de una familia debe ser respetado y su protección puede conseguirse a través de la institución del consentimiento. Desde este punto de vista también produce, en la mayoría de las ocasiones, provechosos efectos materiales.

- **Culturales:** en la cultura indígena en Guatemala, el matrimonio se ve supeditado a que las jóvenes mujeres se conviertan, de alguna manera en un bien preciado para la familia que recibe un pago, en dinero, para permitirle contraer matrimonio con el pagador. Actualmente, es permitido que los contrayentes elijan y conozcan a su pareja, algo que hace décadas era una decisión impuesta por los padres.

El pago por matrimonio es una práctica cultural que no es exclusiva de este país, y tiene paralelismos en otras latitudes. Ciertamente, no coincide con los actuales valores de equidad y dignidad de la persona, sin embargo no conviene satanizar o deslegitimar esta costumbre, así como tampoco aprobarla a ciegas, sin conocer sus verdaderos fundamentos e implicaciones, en todo caso, cabe despertar el diálogo abierto, sobre su conveniencia y significado dentro de la comunidad local y nacional.

Para alguien ajeno a estos pueblos considerara que pagar para poder casarse no debe ser aceptable socialmente, sin embargo, cabría pensar también que a menudo se oye de matrimonios por conveniencia, o por tradición, el novio provee todo el dinero necesario para la celebración y a nadie le parece denigrante esta actitud. Debe tomarse en cuenta y esto es lo más importante, que muchas de estas futuras esposas no han cumplido la mayoría de edad, es decir que se trata de menores de edad, por lo que de una infancia limitada pasan a una adelantada vida adulta, lo cual tiene repercusiones no sólo en su salud, sino en la calidad de vida y educación que ellas darán a sus hijos, que no tardan en llegar. La tradición merece respeto pero el bien de la comunidad y la dignidad de la persona bien vale un diálogo abierto y consiente.

Puede decirse que existe consentimiento de los padres para que se lleve a cabo la ceremonia matrimonial en estas condiciones. En los municipios de San Sebastián y San Rafael Pétzal del departamento de Huehuetenango, el novio debe pagar a los padres de la novia entre uno mil y cinco mil quetzales para poder contraer matrimonio. Esta es la forma simbólica de una transacción económica entre dos grupos que se vinculan por el matrimonio de uno de sus miembros.

En estas comunidades los padres de familia, usan la frase lucha por comprar tu mujer, y se lo dicen a los hijos cuando se acercan a la mayoría de edad y aún son solteros. Este pago lo realizan, regularmente el día de la pedida, que es de 15 días antes del matrimonio o del inicio de la unión de hecho y no tiene un nombre específico. Simplemente dicen que es la costumbre.

Sin embargo, en San Sebastián le llaman el concierto. Esta cantidad es como una recompensa a la crianza de la joven.

En muchos de estos poblados lo más común es observar cuerpos menudos cargando a otro niño. Cualquier extraño al lugar no sabe si el que lleva en la espalda es su hijo o su hermano menor, debido a que muchas son madres, cuando apenas llegan a los 13 o 14 años. El hombre regularmente es padre cuando apenas está llegando o rebasando la mayoría de edad, esto no representa mayor problema para el matrimonio de estos menores, ya que el Código Civil en el Artículo 94, los ampara, al estipular, que: “Los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores, o presentar autorización escrita de ellos, en forma auténtica, o judicial si procediere, y, además, las partidas de nacimiento, si esto no fuera posible certificación de la calificación de edad declarada por el juez”.

El verdadero problema para estas mujeres menores de edad, es que al casarse a *temprana edad truncan sus oportunidades de superación, ya que dejan de asistir a la escuela*. A los 16 años, las muchachas ya tienen dos hijos y con esto cortan sus oportunidades de desarrollo porque tienen que atender un hogar y trabajar para poder vivir. Para la mayoría, el casarse a temprana edad es un fenómeno multicausal que, principalmente, tiende a repetir los modelos de crianza de los padres. Este es un círculo en el cual están involucradas madres e hijas y también los padres.

Una de las vertientes de este fenómeno es la pobreza, ya que los padres de familia no cuentan con recursos económicos para pagar los estudios de sus hijas, y, a la vez, su trabajo doméstico siempre es bien recibido por la familia.

Para muchos, esta problemática que vive la mujer indígena es apenas una parte de las múltiples dificultades que azotan al país, sin embargo, para estas comunidades únicamente sigue siendo: la costumbre.

Resulta anacrónico en los modernos tiempos que un hombre de cuarenta años precise formalmente pedir consejo a su padre sobre el acto que va realizar. Sin llegar a estas exageraciones, basta indicar la necesidad del consejo de una autoridad ya sea de familia y jurisdiccional.

Es curioso, pero si se toma en cuenta los aspectos culturales, la necesidad del consejo no marcha de acuerdo con la vida social moderna y por ello la mayoría de las legislaciones tienden a suprimirlo. Desde principio de siglo se han unido a esas consideraciones otras de diverso matiz, como son, por ejemplo, la necesidad de una política facilitadora del matrimonio, ante el espantoso avance del concubinato y la disminución de la natalidad.

Es por ello, que debe considerarse en Guatemala, llevando este pensamiento a la legislación tanto sustantiva como adjetiva, para evitar con ello que la obtención de la dispensa judicial, para los menores de edad que desean contraer matrimonio, encuentren tanto obstáculo en el trámite judicial del mismo.

Puede hacerse en una forma más rápida y simple, como por ejemplo a través de procesos monitorios que son audiencias orales donde las partes presentan sus argumentos y el juez decide al final de la audiencia, los cuales son utilizados en países como España. Si se analiza lo anteriormente expuesto respecto a la dispensa judicial, se llega a la determinación que ésta es una capacidad especial que la ley concede al menor de edad para que pueda ejercer los derechos por sí mismo.

En todos los países que lo aplican, el punto de partida que justifica la existencia del proceso monitorio se encuentra en la constatación del gran número de asuntos que se sustancian ante los tribunales civiles sin que exista oposición del demandado. Según los datos aportados por el libro blanco de la justicia, elaborado por el Consejo General del poder judicial el 8 de septiembre de 1997, en España, los casos en que hay una rebeldía, así se denomina técnicamente a la no-comparecencia del demandado en un proceso, las cuales son muy frecuentes; puede decirse que constituye un 38.6 % del total de los juicios civiles, siendo la mayor parte de ellos, juicios de cognición o verbales.

4.4. El incidente para la dispensa judicial

Se presenta la solicitud en la vía de los incidentes de conformidad con el Artículo 135 Ley del Organismo Judicial. Se dicta la 1ª. Resolución, y se da audiencia a la Procuraduría General de la Nación y al opositor. Se recibe la prueba, e informes resolución del juez concediendo o negando la licencia. La resolución es apelable.

Si antes de otorgar la licencia, dan su consentimiento el padre, la madre, los abuelos o el tutor, en su caso se sobreseerá el expediente.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El análisis jurídico-doctrinario del Libro IV, Sección Cuarta del Código Procesal Civil y Mercantil, pretende demostrar que el contenido de esta norma jurídica, actualmente no cumple con su objetivo, proponiendo un procedimiento más rápido, sencillo, con economía procesal el cual consistiría en una audiencia oral.

Uno de los problemas que se plantea en el presente trabajo, es que la legislación guatemalteca, no indica específicamente lo relacionado con la autorización judicial y cuál es su procedimiento para solicitarla cuando se quieran divorciar los menores de edad, creando una norma que garantice la protección social, económica y jurídica de la familia, sobre la promoción y organización del bien común.

Las razones que justifican el estudio, desde el punto de vista jurídico, económico y social; y temas como el de derecho civil y de familia, sus antecedentes, los sujetos del derecho de familia, ya que en Guatemala la oralidad en los procesos civiles a través de una audiencia, permitiría sin mayores formalismos resolver conflictos existentes entre los que podría encontrarse la dispensa judicial, para la autorización del divorcio y su respectivo trámite de menores de edad.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Guatemala: Ed. La Luz, 2000.
- ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Filosofía del derecho y de los derechos humanos**. Guatemala: Ed. Maite. 1991.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Tomo I; Universidad Rafael Landívar. Guatemala: Ed. Académica Centroamericana, 1982.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S. R. L., 1998.
- COUSINET Roger. **El trabajo escolar colectivo**. Buenos Aires: Ed. De palma, 1990.
- Diccionario de la real academia española, vía electrónica, plataforma de la Universidad Panamericana**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. SRL., 1995.
- DE PINA, Rafael. **Derecho civil mexicano**. México, DF.: Ed. Porrúa S. A., 1979.
- ESTEBAN CASTILLO, José Rocaél. **La problemática jurídica de los menores de edad al solicitar la dispensa judicial para contraer matrimonio**. U.S.A.C. Guatemala: (s.e.) 1993.
- FONSECA, Gautama. **Elementos de derecho civil**. México, DF.: Ed. Porrúa, 1989.
- GARRONE, José Alberto. **Diccionario jurídico Abeledo-Perrot**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Cruz. S.A, 1986.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**. México, DF.: Ed. Porrúa, S.A. 1990.
- Informe de la cumbre mundial sobre desarrollo social**. (Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995).
- Informe de la Asamblea General de las Naciones Unidas**. 1993.
- JEMOLO, Esteban. **Tratado de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1975.
- MAZEAUD, Johan. **Diccionario para juristas**. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Imprenta López y Cías, 1942



- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S. R. L, 1996.
- PACCHIONI, Manuelli. **Manual de derecho civil y comercial**. México, DF: Ed. Porrúa S. A., 1985.
- PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. México, DF: Ed. Marito, 2000.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Pirámide, S. A., 1976.
- PLANIOL, Marcel. **Tratado elemental de derecho civil**. Barcelona, España: Ed. Harla, 1997.
- RIPERT, Georges. **Tratado de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley. 1963.
- Procurador de los Derechos Humanos. **Informe anual circunstanciado**. Guatemala: Centroamérica, 2001.
- ROGINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. México, D.F: Ed. Antigua Librería Robredo, 1949.
- ROGINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. México, DF: Ed. Porrúa, S. A., 1975.
- ROMERO LÓPEZ, Jorge. **Derecho procesal civil**. España, Valladolid: Ed. Talleres Tipográficos Cuesta, 1938.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. **Derecho de familia**. Tomo I; Santiago de Chile: Ed. Talleres Fiscales, 1946.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario. **Los pactos conyugales de la separación de hecho**. Madrid, España: Ed. Espasa-Calpe, 1986.
- VÁSQUEZ ORTÍZ, Carlos. **Derecho civil I**. Guatemala: Ed. Mayté, 2003,
- VILLAVIVENCIO, Kipp y Wolf. **Curso de derecho de familia**. México, DF.: Ed. Porrúa, 2000
- WESTERMARCK, Mauricio. **Derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, 1987.

Legislación nacional

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

Código Civil. Decreto Ley 106, del Jefe de gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Convención Internacional sobre los derechos del niño. Decreto 27-90 del Congreso de la República de Guatemala. Ratificada 20 de noviembre de 1989.

Convención sobre los derechos del niño. Unicef entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.

Ley de protección Integral de la Niñez y adolescencia. Decreto 27-2003, del Congreso de la República de Guatemala, 2003

Código de Menores. Decreto 78-79 del Congreso de la República de Guatemala. (Derogado, únicamente como fuente de consulta).

Código de la Niñez y la Juventud. Decreto 78-96 del Congreso de la República de Guatemala. (Derogado, únicamente como fuente de consulta).