

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



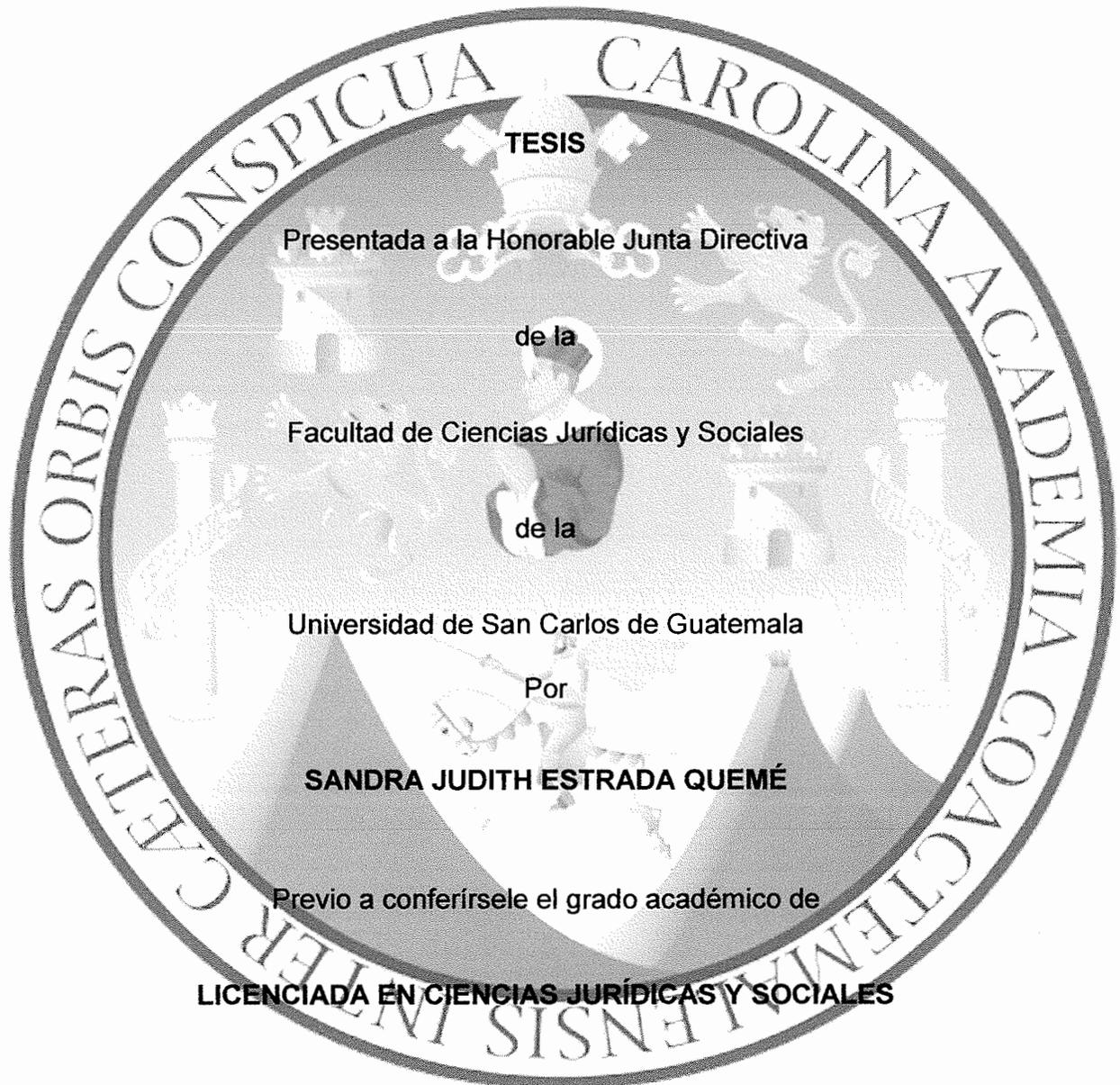
**LA DESIGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS FUERA DE
MATRIMONIO DE LA MUJER CASADA**

SANDRA JUDITH ESTRADA QUEMÉ

GUATEMALA, JUNIO DE 2015

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

**LA DESIGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS FUERA DE
MATRIMONIO DE LA MUJER CASADA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SANDRA JUDITH ESTRADA QUEMÉ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio 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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Ninfa Lidia Cruz Oliva
Vocal:	Licda. Benicia Contreras Calderón
Secretario:	Licda. Bayrón René Jiménez Aquino

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Julio César Zenteno Barillas
Vocal:	Lic. Rosa Herlinda Acevedo Nolasco
Secretaria:	Lic. Celia Lissette Ordoñez Rubio

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).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



Guatemala, 23 de septiembre del año 2011.

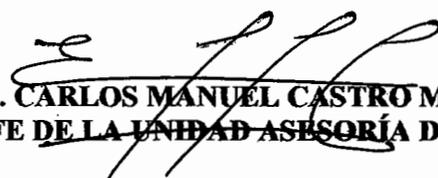
Licenciado (a)
ODILIA ESMERALDA RAMÍREZ HERNÁNDEZ
Ciudad de Guatemala

Licenciado (a) Ramírez Hernández:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a)- Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de ésta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por el (la) estudiante: SANDRA JUDITH ESTRADA QUEMÉ, CARNÉ NO. 8516347, intitulado: "LA DESIGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS FUERA DE MATRIMONIO DE LA MUJER CASADA" reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor (a) esta facultado (a) para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"..

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


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



c.c. Unidad de Tesis, interesado y archivo

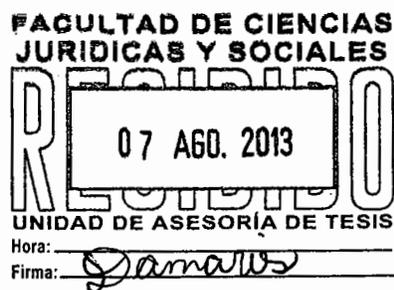


Licda. Odilia Esmeralda Ramírez Hernández
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado No. 9374

Guatemala, 02 de julio de 2013.

Licenciado

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



Licenciado Castro Monroy:

Como Asesora de tesis de la Bachiller **SANDRA JUDITH ESTRADA QUEMÉ**, quien se identifica con el número de carné 198516347, en la elaboración del trabajo titulado **"LA DESIGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS FUERA DE MATRIMONIO DE LA MUJER CASADA"**, me complace manifestar que:

1. El trabajo analiza y refleja un estudio de la desigualdad y discriminación que sufren los hijos fuera del matrimonio, tanto sociales como jurídicos, cuando la madre es casada; constituyendo un tema de actualidad, no sólo del derecho civil, sino también comparado con otras legislaciones como España, Colombia y México.
2. Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método deductivo, para establecer los principios doctrinarios que fundamentaron el trabajo de análisis y síntesis, desde la concepción de la familia, su evolución en el tiempo y su protección en nuestra legislación actual; el método deductivo, para desarrollar las causas sociales y jurídicas de la desintegración familiar, que tiene como consecuencia la procreación. De hijos fuera del matrimonio, aún estando unida en matrimonio la mujer; y el analítico, para establecer las consecuencias legales, sociales y jurídicas que contraer o dejan de contraer los hijos de la mujer casada, procreados fuera del matrimonio, afectando sus derechos tales como alimentos y derecho a la sucesión.
3. La bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis. Las conclusiones y recomendaciones se relacionan entre sí y con el contenido del trabajo referido. Durante la asesoría de la tesis, señalé a la sustentante un serie de modificaciones, debido a que estimé necesarias para comprender de una mejor forma el tema en investigación; encontrándose la Bachiller **SANDRA JUDITH ESTRADA QUEMÉ**, conforme con las mismas.



Licda. Odilia Esmeralda Ramírez Hernández
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado No. 9374

4. De manera personal me encargué de guiar a la estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científico, aplicando para el efecto los métodos y técnicas acordes para la resolución de la problemática relacionada con lo cual se comprueba la hipótesis respectiva al establecer la desigualdad y la discriminación jurídica de los hijos fuera del matrimonio de la mujer casada, asimismo la Bachiller **SANDRA JUDITH ESTRADA QUEMÉ** elaboró las Conclusiones y Recomendaciones relacionadas perfectamente acorde al planteamiento de su Hipótesis original.
5. En cuanto a la conclusión discursiva, la misma contiene un análisis de la problemática por la inexistencia jurídica de una pena que agrave el delito de remuneración por la trata de personas cuando la víctima fuere un adolescente mayor de quince años y menor de dieciocho años; así como se plantea una posible solución.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente



Licda. Odilia Esmeralda Ramírez Hernández
Asesora de Tesis
Colegiado 9374

9ª. Avenida, 13-39, zona 1 Guatemala, C.A.
Tel: 4768-8536 5968-1746



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de mayo de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SANDRA JUDITH ESTRADA QUEMÉ, titulado LA DESIGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS FUERA DE MATRIMONIO DE LA MUJER CASADA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A MI DULCE NIÑO JESÚS:

Por ser mi refugio, fortaleza, mi roca en la debilidad, la adversidad, mi luz en la búsqueda del conocimiento y permitirme realizar esta meta. A ti virgen MARÍA: Porque siempre me has protegido bajo tu manto y junto a tu hijo ponen en mi camino ángeles, que de una u otra forma han sido mi soporte.

A MIS PADRES:

Favia Marta Quemé Morales de Estrada, por haberme dado la vida, quien siempre me motivó a seguir adelante; por sus principios y ejemplo, me convirtieron en la mujer que soy y Marco Antonio Estrada, pilar fundamental de mi vida, mi amigo incondicional; quien siempre estuvo para mí. Porque fue y será el hombre de mi vida, sé por FE, que Dios y la virgen María los sostienen entre sus manos. Hasta nuestro reencuentro.

A MIS HERMANAS Y HERMANOS:

Marta Eugenia, Sonia Margarita, Ruxana María, a cada una por ser especial conmigo; por sus oraciones, consejos y ayuda incondicional en los momentos que más lo he necesitado. Marco Antonio, Armando Enrique, Nery Francisco, Julio César por su respeto, cariño, estructura fuerte de bendición para el éxito y Edgar René, inspiración y motivación para mi vida, quien desde el cielo ve que su esfuerzo y entrega no fueron en vano.

A MIS SOBRINAS Y SOBRINOS:

Licda. Diana Cecilia, mi bebé; Periodista Nibia Gabriela, mi gaviota; Andrea Samara, mi cielo, Pablo Josué, Omar Alejandro, Francisco Antonio, Paul y Braulio, porque son el rayo de luz que ilumina mi vida, mi motivación. Por quienes sé que soy ampliamente superada; nunca olviden, que cuando se tiene constancia y fe en una meta el resultado siempre es el éxito. Los amo.

A MIS CUÑADAS:

María Eugenia Letona González de Estrada y Arlin Azucena Lemus Rodríguez de Estrada por su cariño, apoyo y sus consejos a tiempo, gracias por el maravilloso don de ser como hermanas para mí.

A MI CUÑADO:

Santos Enrique Cuxil Toc, mil gracias por el regalo que trajo a mi vida, que Dios siempre lo bendiga.

A:

María Luz Colindres de Estrada, por tu amistad y cariño; que esta meta sea motivación para que tú también lo logres como profesional del Derecho; a Pablo Javier, Diana Lucía e Iria Natalia, por sus sonrisas, travesuras y porque ocupan un lugar especial en mi corazón.



A MIS AHIJADAS Y

AHIJADOS:

Normita, Marvin Geovanny, Laura María, Javier Aldair, Mario Josué, Iván Ariel, Manuela Beatriz, Tomas Dimitri, Kaller Kasel, Hugo Sebastián y María Jazmín, gracias por permitir ser parte de su vida.

A: Lic. Roberto Alejos Vásquez, por ser un segundo padre, por el espacio que me brinda para desarrollarme como profesional del Derecho, su confianza, apoyo incondicional y motivarme a seguir adelante, eternamente agradecida y que DIOS lo bendiga siempre.

CON AMOR A: Edgar Leonel Tello Santizo, por sus enseñanzas, apoyo, amor; ser mi ángel de luz y prometí terminar mi carrera, promesa cumplida.

A: Los Dres. Álvaro Ovando Labagnino, Abner Gonzalo Villagrán, Omar Alejandro Estrada Letona y v. m. Marco Tulio Solórzano, por sus palabras, consejos y ayuda profesional en los momentos más difíciles; que DIOS me permita recompensar ese apoyo incondicional que me han brindado.

**A MI ASESORA y
CONCEJERA:**

Licda. Odilia Esmeralda Ramírez Hernández e Inga. Victoria Miranda Sambrano, por el apoyo y estímulo que me brindaron que fueron los ingredientes para concretar este trabajo.

A MIS AMIGAS:

María Eugenia Solís Molina, Sandra Amarilis Gómez, Sandra Patricia Hernández, Astrid Marín, licdas.: Mirna Chacón Portillo, María Haydee Patzán, Claudia Patricia Pineda O., Rosita Salazar de Anzoátegui; Mayra Ochoa S., Syomara Linnett García de Reynoso y Gladys Samayoa, con quienes he compartido momentos agradables y difíciles, logrando salir siempre adelante, por sus manifestaciones de apoyo, cariño y sobre todo por su sinceridad, honestidad, confianza y afecto, merecen este calificativo.

A: Hugo Roberto Mazín Cáceres por enseñarme que no se mueve la hoja de un árbol sin la voluntad de DIOS, gracias por tu amistad

A: LEONOR, quien me inspiró en la creación de esta tesis y ser la estrella que Dios eligió para ser luz en nuestro camino.

A: Lic. Estuardo Castellanos Venegas, por su apoyo, la ayuda técnica profesional que me brindó y ser un auténtico maestro; que Dios recompense en abundancia su valioso tiempo.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme el camino del conocimiento y verdad.

A: Usted especialmente que me acompaña.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.	i

CAPÍTULO I

1. Origen y desarrollo de la familia.	1
1.1. Origen de la familia.	1
1.2. Teoría idealista.	4
1.3. Concepción materialista.	5
1.4. Materialismo histórico.	6
1.4.1 Antecedentes.	8
1.4.2. La génesis del materialismo histórico.	9
1.4.3. La aplicación científica y política.	11
1.5. Gobierno.	14
1.6. El matriarcado.	15
1.7. El patriarcado.	15
1.7.1. Etimología, otros usos y palabras relacionadas.	16
1.7.2. El patriarcado según algunos autores.	17
1.7.3. El origen del patriarcado.	18
1.8. Conceptos y definiciones.	21
1.9. La familia en Guatemala.	23



CAPÍTULO II

	Pág.
2. Principio jurídicos del matrimonio.	27
2.1. Concepto.	27
2.2. Definición.	26
2.3. Doctrina jurídica.	31
2.4. Antecedentes históricos.....	35
2.5. Derecho comparado.....	37
2.6. Regulación actual en Guatemala.	41
2.7. Impedimentos para contraer matrimonio Civil.	42
2.8. Celebración del matrimonio civil... ..	41
2.9. Deberes y derechos que nacen del matrimonio.	44

CAPÍTULO III

3. Separación y divorcio.	45
3.1. Concepto.	46
3.2. Definición.	47
3.3. Causas.	49
3.4. Disolución.	56
3.5. Juez competente.	57
3.6. Obligaciones.	58

CAPÍTULO IV

4. Determinar la desigualdad de los hijos extra maritales de mujer casada.	61
---	----



	Pág.
4.1. Hijos legítimos.	61
4.1.1. Evolución histórica.....	64
4.1.2. Clases de legitimación.	65
4.2. Hijos ilegítimos.	68
4.3. Hijos extramaritales de mujer casada.	70
4.4. Hijos extramaritales de hombre casado.	75
4.5. Igualdades.	76
4.6. Desigualdades.	77

CAPÍTULO V

5. Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas.	79
5.1. Derechos de un nombre.	80
5.2. Pensión por alimentos.	82
5.3. Herencias y legados.	87
5.3.1. Heredero.	90
5.3.2. Legado.	91
5.3.3. Definición de legado.	92
5.4. Consecuencias jurídicas.	92
CONCLUSIONES.	95
RECOMENDACIONES.	97
BIBLIOGRAFÍA.	99



INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala, pilar central de nuestro ordenamiento jurídico y punto neurálgico del estado de derecho, reconoce a la familia como raíz de la sociedad, a la persona y su bienestar como su objetivo fundamental, razón de ser del estado y de todo su andamiaje institucional y legal.

La justicia, entendida como dar a cada uno según le corresponde debe ser el principio rector de las actuaciones de todos los ciudadanos y sus relaciones dentro del marco social. Nada más acertado que el aforismo Si Vis Pacem, cole iustitiam: si quieres paz, cosecha la justicia.

La igualdad es un principio que encierra complejidad y profundidad, puesto que aunque en la teoría todos los hombres nacemos iguales en dignidades y derechos; la práctica, interpretación y aplicación del principio de igualdad han llevado a la toma de decisiones que en apariencia pudieran verse como desiguales, pero que buscan cerrar brechas de desigualdad, como las que han padecido las comunidades indígenas, las mujeres y los niños.

A pesar de los principios constitucionales enunciados, así como compromisos internacionales de Guatemala en materia de derechos humanos, protección a la familia, protección a la niñez y no discriminación contra mujeres y menores, la presente tesis pone en evidencia la existencia en la legislación guatemalteca de disposiciones anquilosadas en referencia con la paternidad, maternidad, inscripción de los hijos y reconocimiento pleno de sus derechos, que colisionan contra los principios de protección de la niñez y del superior interés de los niños.



La hipótesis que plantea la presente tesis, expone las desigualdades jurídicas que menoscaban los derechos de los hijos extramaritales que tuviera la mujer casada en Guatemala, designados de diferentes maneras que los desfavorecen en cuanto a derecho corresponde, lo que implica consecuencias jurídicas, económicas y sociales. Este trabajo además de exponer la problemática busca avizorar nuevos enfoques para su solución.

Se utilizaron diversos métodos de estudio de los propios de la investigación social, tales como el método analítico, deductivo, inductivo y bibliográfico, pertinentes para el estudio de las instituciones vinculadas con el problema en la palestra.

Se ha estructurado en cinco capítulos: El primero, expone el origen y desarrollo de la familia; el segundo, alude a los principios jurídicos del matrimonio; el tercero, examina lo referente a la separación y el divorcio, el cuarto capítulo, analiza la desigualdad de los hijos extra maritales de la mujer casada; el quinto capítulo y final establece sus consecuencias jurídicas.

Este trabajo de investigación concluye que en el caso de los hijos extramatrimoniales de la mujer casada, es imperativo crear mecanismos que garanticen el pleno derecho a ser reconocidos y asentado legalmente por el padre biológico, con miras a la protección del interés superior del niño.



CAPÍTULO I

1. Origen y desarrollo de la familia

La familia es un tema que pertenece fundamentalmente al campo de la sociología y en ésta es objeto de opiniones diversas por razón de la complejidad que encierra la materia.

“Una opinión sostiene que la promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación pasando por el matriarcado, con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se significó la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó últimamente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera, como la monogamia, base de la familia como ahora es concebida.”¹

1.1. Origen de la familia

El estudio de la historia primitiva nos revela un estado de cosas en que los hombres practican la poligamia y sus mujeres la poliandria y en que, por consiguiente, los hijos de unos y otros se consideran comunes. A su vez, ese mismo estado de cosas pasa por toda una serie de cambios hasta que se resuelve en la monogamia. Estas

¹ Puig Peña, Federico. *Derecho civil español*. Pág.6

modificaciones son de tal especie, que el círculo comprendido en la unión conyugal común y que era muy amplio en su origen, se estrecha poco a poco hasta que, por último, ya no comprende sino la pareja aislada que predomina hoy.

“Para Engels, antes de 1868 no existió una historia de la familia, predominando el influjo de los cinco libros de Moisés, con la forma patriarcal de la familia como la más antigua, siendo hasta 1861, con la publicación de obra Derecho moderno de Bachofen, que se marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morgan.”²

Cualquiera sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o poco avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado de toda sociedad política y jurídicamente organizada.

“Los posteriores y los nuevos estudios han hecho aun mayormente difícil aunar criterios a propósito del inicio y desarrollo de la familia, debido a la falta de una secuencia lógica e históricamente uniforme de dicho desarrollo en las distintas regiones y pueblos.”³

En todo el curso de la evolución histórica del derecho de familia, éste siempre se ha situado entre las ramas fundamentales del Derecho civil, formando con los derechos reales de crédito y de sucesiones la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero en los últimos tiempos, la naturaleza privada de este

² Engels, Federico. *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Pág. 24

³ Rojina Villegas, José. *Manual de derecho procesal civil*. Pág.237

derecho, se ha estimado como poco correcta y fuera, por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del Derecho, por lo que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho.

No obstante, es reacio a admitir que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. "Si el derecho público es el del Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta como los entes públicos a la vigilancia y a la tutela del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar, no son como los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como estos. Por tanto el derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público".⁴

La relación jurídica, en el derecho de familia tiene los caracteres convergentes a su satisfacción; pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan.

⁴ Gómez González, Fernando Flores. *Introducción al derecho y derecho civil*. Pág.128



No cabe duda que la familia juega un papel muy importante, no solo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

1.2. Teoría idealista

También se le denomina teoría teológica o creacionista. Atribuye la existencia del hombre a causas supra-naturales o supra-humanas. Las explicaciones sobre el origen del hombre han llegado hasta nosotros oralmente, principalmente en formas de mitos y leyendas. Las ideas sobre el origen del hombre sobrenatural del mundo y de los seres que lo pueblan, toman forma, principalmente, en las religiones.

La primera versión sistemática sobre el origen del mundo y del hombre pertenece a los hebreos. Tiene su base la tesis que en filosofía, se pretende dar una explicación sobre el universo y los procesos que se manifiestan en él, abarcando lo que sucede en la naturaleza, la sociedad y en el mundo del pensamiento. Dicha tesis al explicar las relaciones que existen entre la materia y el espíritu como las grandes categorías universales, afirma que lo principal, que lo determinante es el espíritu y que lo determinado es la materia.

Trasladada al campo del derecho esa concepción filosófica, adquiere diferentes manifestaciones, pero todas ellas se identifican en el punto fundamental de que lo ideal predomina sobre lo material. De este modo se cree que el derecho es obra de la



voluntad divina: Creación de Dios, que es el producto de la razón universal, o expresión de la naturaleza considerando en abstracto.

Los planteamientos de la concepción idealista también aparecen en términos complejos y sutiles, lo que dificulta descubrir su verdadera posición. Así se dice que el origen del derecho se encuentra en los instintos de dominación y conquista del hombre, o en su tendencia de estar sometido al orden establecido por el más fuerte, la convicción de hacer un pacto o contrato para la provechosa organización social, un compromiso para lograr la paz o la necesidad de un medio que permita la reconciliación, son otras tantas explicaciones que algunos autores fórmula para indicar el origen del derecho.

El nexo del idealismo entre todas estas concepciones radica en que de una u otra forma, eluden una explicación histórico-material de la causa primaria de lo jurídico y se refugian en versiones abstractas, formulistas, irreales, por estar circunstancias también las teorías individualistas y puristas participan del idealismo jurídico. En sentido filosófico, el método de esta concepción es la metafísica, que no reconoce el carácter progresivo del desarrollo, la lucha de lo nuevo contra lo viejo y lo inevitable de la victoria de lo nuevo; por el contrario en lo inmensamente, en lo estable, que nada está sujeto a cambios y que el pensamiento crea la realidad.

La situación de inmanencia, trata de sembrar en la conciencia humana su conformismo, desvanece los esfuerzos por encontrar las causas de los fenómenos, principalmente cuando son de causa social, para evitar el cambio de lo viejo por lo nuevo. Las clases dominantes, necesitan el idealismo como medio de lucha contra el materialismo, como

instrumento de esclavización espiritual de los trabajadores. Por eso apoyan y difunden por todo los medios el idealismo.

1.3. Concepción materialista

Materialismo es una corriente filosófica que en oposición al idealismo resuelve el problema cardinal o fundamental de la filosofía acerca de la relación entre el pensar y el ser, entre el espíritu y la naturaleza, postulando que, la materia es lo primario y la conciencia y el pensamiento, son consecuencia de ésta, a partir de un estado altamente organizado. La oposición entre el enfoque materialista y el enfoque idealista es una de las polémicas filosóficas más antiguas y persistentes. En el siglo XIX el término materialismo, se solía usar principalmente en el sentido de representaciones físicas acerca de la materia.

En ese sentido las ciencias naturales modernas tienen un enfoque completamente materialista. Aunque históricamente el materialismo histórico se popularizó en el seno del marxismo, donde sigue siendo un tema principal. Actualmente está presente en antropología, teoría de la historia o sociología, haciendo que el materialismo histórico englobe a toda una serie de elaboraciones teóricas no necesariamente marxistas. Fuera del campo del marxismo, el materialismo de tipo histórico es la hipótesis de que los rasgos definitorios de las sociedades humanas y la evolución histórica de las mismas han estado determinados por factores materiales.

El concepto no afecta sólo a la visión filosófica del mundo sino también a la ciencia. Aunque en las ciencias naturales los enfoques no-materialistas quedaron descartados hace mucho tiempo, en ciencias sociales ha existido en los últimos siglos una polémica en torno al materialismo como enfoque de investigación. Recientemente se ha propuesto un enfoque de investigación materialista de las culturas y las sociedades llamado materialismo cultural, incluso, se ha promovido una forma extrema de materialismo, conocida como materialismo eliminativo que sostiene que los fenómenos mentales en realidad no existen y que hablar de los reflejos mentales, como se hace en psicología popular es algo así como dar crédito a las enfermedades causadas por el diablo.

La línea del materialismo tiene una visión del mundo en la que todo lo existente es materia-energía física siguiendo sus correspondientes leyes naturales y excluyendo la posibilidad de cualquier otro ente no-material (mente, libre, persona con identidad propia, sentimientos), o relegándolo a mera representación mental de algo inexistente en sí. El materialismo ha sido entendido frecuentemente como una forma enteramente científica y racionalista de ver el mundo, particularmente por pensadores religiosos que se le oponen y por marxistas.

El uso erróneo como sinónimo de consumismo, en el lenguaje común es usado como una etiqueta peyorativa para un estilo de vida que busca riqueza, dinero y comodidades en lugar del desarrollo espiritual o mental. Este término no tiene que ver con la posición de filósofos o científicos materialistas, sino que se identifica con el término consumismo

1.4. Materialismo histórico

En el materialismo histórico, la explicación de la formación y desarrollo de la sociedad, ha sido presentado como la expresión científica del pensamiento Marxista. La sociedad y su historia, al ser concebidas como el resultado de la actividad productiva, práctica, del ser humano, encuentran en tal actividad un elemento objetivo, material, mensurable, del que se pueden extraer leyes tan objetivas como las que puede aspirar a formular cualquier otra ciencia.

Aunque el materialismo histórico se halla estrechamente ligado al comunismo marxista, se han tomado elementos de aquel para elaborar sistemas y enfoques materialistas para el estudio de la historia humana. En la producción social de su vida, los hombres establecen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a una fase determinada de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales.

El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de la vida material condiciona el proceso de la vida social política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia.

1.4.1. Antecedentes

La teoría materialista reconoce múltiples influencias intelectuales y sociales que han hecho desembocar la nueva teoría materialista de la sociedad. Se tomo del período de la restauración el concepto de clase social y el de lucha de clases, la fundamentación económica de las contraposiciones de clase, la proclamación del proletariado moderno como única clase realmente revolucionaria, de los acusadores feudales y cristianos opuestos al nuevo orden económico nacido de la revolución del siglo XVIII.

El desenmascaramiento sin contemplaciones de los ideales liberal-burgueses, la invectiva llena de odio que da en el blanco; del socialismo pequeño-burgués, la aguda descomposición de las contradicciones irresolubles del moderno modo de producción; el humanismo y la filosofía de la acción; de los partidos políticos obreros contemporáneos -los reformistas franceses y los cartistas ingleses- la importancia de la lucha política para la clase obrera; de la Convención francesa, la doctrina de la dictadura revolucionaria; la subversión total de los fundamentos de la existente sociedad capitalista, la eliminación de las clases y de las contraposiciones de clase y la transformación del Estado en una mera administración de la producción.

1.4.2. La génesis del materialismo histórico

El primer trabajo emprendido fue una revisión crítica de la filosofía hegeliana del derecho, trabajo cuya introducción apareció en 1844 en los Anales franco alemanes, que se publicaban en París. La investigación llevó a la conclusión de que, tanto las

relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que, por el contrario, radican en las condiciones materiales de vida cuyo conjunto se resume siguiendo el precedente de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de sociedad civil y que la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la economía política.

“El propio Marx detalló, en su Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política (1859), el itinerario de sus estudios que le llevaron a formular su concepción de la historia y a desarrollarla con su amigo y camarada Engels. Marx también detalla, en el mismo texto, el desarrollo de esta nueva concepción de la historia a partir de su cooperación intelectual con Engels. Cita como textos que utilizan esta concepción a:

1. El bosquejo de Engels sobre la crítica de las categorías de la economía política (publicado en los Anales franco-alemanes).
2. El libro de Engels La situación de la clase obrera en Inglaterra (1845).
3. La ideología alemana, primer texto de Marx y Engels, inédito (1846).
4. El Manifiesto del Partido Comunista, de 1847, junto con Engels.
5. Discursos sobre el librecambio.
6. Miseria de la Filosofía, obra polémica publicada en 1847 y dirigida contra el libro de Proudhon Filosofía de la Miseria”.⁵

⁵ WIKIPEDIA, la enciclopedia libre

Entre las categorías teóricas centrales del materialismo histórico se encuentran: fuerzas productivas, relaciones de producción, modo de producción, explotación, alineación, lucha de clases, plus valor y fetichismo.

1.4.3. La aplicación científica y política

El materialismo histórico investiga la sociedad humana, tratando de hacerlo sin presupuestos ideológicos, partiendo de los individuos empíricos y las relaciones que establecen entre ellos. A diferencia de los enfoques que muestran al capitalismo como un sistema estático o como el producto de una evolución natural del ser humano, la investigación histórico-materialista revela su carácter histórico y por lo tanto transitorio en el desarrollo de la humanidad.

Esta nueva concepción de la historia, el análisis de los hechos políticos, sociales del pasado, su época, la creación de una nueva corriente del socialismo, que a la toma de partido por el comunismo y la lucha de clases proletaria sumaba el estudio científico de la sociedad burguesa y de la transición de ésta a la sociedad comunista. Al explicar las revoluciones políticas y sociales por la contradicción entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción y por la lucha de clases, Marx y Engels combatieron tanto la visión burguesa de la historia basada en la historia de las ideas y de los grandes hombres como las corrientes socialistas que deducían la lucha por el socialismo de los ideales abstractos de Justicia, Libertad e Igualdad.

El desarrollo revolucionario de las fuerzas productivas bajo el capitalismo hacía posible que todas las necesidades humanas fueran satisfechas, y que el desarrollo de la producción prescindiera de la división de la sociedad entre clases explotadoras (poseedoras de los medios de producción sociales) y clases explotadas (obligadas a mantener a las clases explotadoras mediante el plus trabajo). Con este planteo, el comunismo podía concebirse como necesidad histórica en vez de como aspiración utópica, ya que las mismas contradicciones internas del capitalismo generaban la necesidad de revolucionar las relaciones de producción burguesas y creaban al sujeto histórico capacitado para tal misión: el proletariado.

De esta manera, el materialismo histórico tal como lo formuló Marx se encuentra indisolublemente vinculado a la lucha de la clase proletaria por el comunismo. Esto no significa que sus conclusiones (sobre todo en el campo económico) no sean científicas, sino que no están dirigidas a constituir una ciencia positiva neutral, sino un conocimiento científico útil para la emancipación proletaria.

La concepción materialista de la historia parte de la tesis de que la producción y tras ella el cambio de sus productos, es la base de todo orden social; de que en todas las sociedades que desfilan por la historia, la distribución de los productos y junto a ella la división social de los hombres en clases o estamentos, es determinada por lo que la sociedad produce y cómo lo produce y por el modo de cambiar sus productos. Según eso, las últimas causas de todos los cambios sociales y de todas las revoluciones políticas deben buscarse en las transformaciones operadas en el modo de producción y

de cambio; debe buscarse no en la filosofía, sino en la economía de la época de que se trata.

Cuando nace en los hombres la conciencia de que las instituciones sociales vigentes son irracionales e injustas, de que la razón se ha tornado en sin razón y la bendición en plaga, esto no es más que un indicio de que en los métodos de producción y en las formas de cambio se han producido calladamente transformaciones con las que ya no concuerda el orden social, cortado por el patrón de condiciones económicas anteriores.

Con ello queda que en las nuevas relaciones de producción han de contenerse los medios necesarios para poner término a los males descubiertos. Y esos medios no han de sacarse de la cabeza de nadie, sino que es la cabeza la que tiene que descubrirlos en los hechos materiales de la producción, tal y como los ofrece la realidad.

Sin embargo, hubo epígonos que distorsionaron esta concepción convirtiéndola en un mero determinismo económico. Esta situación, si bien reivindica que la causa última de los cambios sociales se encuentra en las condiciones económicas, esto no significa que esta influencia sea unilateral e inmediata ni que pueda explicarse cada cambio social a partir de la economía. Esta malinterpretación economicista del materialismo histórico se debe a que, en su polémica con los socialistas utópicos y con otros sectores que negaban la influencia de la economía, Marx se vio obligado a resaltar el rol de las condiciones económicas sin darle la importancia que se merecía a las condiciones extra-económicas.

1.5. Gobierno

Es normalmente la autoridad que dirige, controla y administra las instituciones del Estado el cual constituye la política general o ejercicio de poder del Estado. En tal sentido habitualmente se entiende por tal al órgano que preside un presidente o primer ministro al que la constitución o la norma fundamental de derecho dice que es la función o poder ejecutivo y ejerce el poder público en una sociedad.

En términos amplios el gobierno es aquella estructura que ejerce las diversas actividades estatales denominadas funciones del Estado. Es importante señalar que gobierno no significa lo mismo que Estado. Un gobierno consigue llegar al poder en caso de la democracia mediante elecciones libres ejerce su tarea y se retira, pero el Estado perdurara siempre de la misma manera y es inalterable frente a los sucesivos gobiernos. En otras palabras puede decirse que el gobierno es un grupo donde se nuclea diversos órganos que encaminan a un Estado por medio del cual se refleja el poder estatal regido y controlado por el órgano jurídico.

La historia señala que los primeros gobiernos se formaron en las tribus, con la intención de coordinar de manera eficiente los recursos humanos. Con el paso de los años, la función de gobernar terminaría por segmentarse en tres poderes: El Poder Ejecutivo, que actúa como ente coordinador, el Poder Legislativo encargado de generar las leyes que rigen la vida en un cierto territorio y el Poder Judicial, cuya tarea es velar por el cumplimiento de dichas leyes y normas.

1.6. El matriarcado

La existencia del matriarcado ha sido afirmada por los teóricos del evolucionismo del siglo XIX, los cuales presuponían que en las sociedades donde los lazos genealógicos siguen el linaje materno (matrilineal) la autoridad, el derecho y la riqueza estaban en manos de las mujeres, las cuales transmitían esa autoridad, ese derecho y esa riqueza a las hijas y no a los hijos varones.

Aunque existe un número importante de sociedades matrilineales documentadas, no siempre se utiliza correctamente el término matriarcado. Muchos autores usan el término matriarcado erróneamente para referirse a sociedades matrilineales o matrilocales, ponen ejemplos de sociedades no jerarquizadas en la Tierra del Fuego y las selvas tropicales del noroeste amazónico y del centro de Brasil. Sin embargo, en modo alguno se ha encontrado ejemplos claros de sociedades en los que exista un matriarcado, es decir un estado de dominación femenina, inversión del patriarcado.

En algunas de estas sociedades existen mitos que sugieren que en algún momento fueron matriarcales y posteriormente perdieron el poder y fueron los hombres quienes comenzaron su reinado e impusieron su autoridad formando las sociedades patriarcales. Cierta día, los hombres descubrieron el engaño y mataron a todas las mujeres adultas, volteando el sistema en su propio beneficio y fundando una sociedad dominada por los hombres, con los mismos rituales, ahora legitimando la dominación masculina y haciendo creer a las mujeres y niños que los participantes en aquel ritual (hombres disfrazados) eran seres sobrenaturales.

Se trata de un clásico mito y rito por inversión de roles, que resalta la legitimación del orden social de dominación masculina. Nada hace creer que ese matriarcado mítico tiene alguna historicidad. Que en la Historia no encontremos sociedades no sexistas no impide en absoluto que la creemos hoy en día.

1.7. El patriarcado

Es un concepto utilizado por las ciencias sociales, en especial en la antropología y en los estudios feministas. Hace referencia a una distribución desigual del poder entre hombres y mujeres en la cual los varones tendrían preeminencia en uno o varios aspectos, tales como la determinación de las líneas de descendencia (filiación exclusivamente por descendencia patrilínea y portación del apellido paterno), los derechos de primogenitura, la autonomía personal en las relaciones sociales, la participación en el espacio público -político o religioso- o la atribución de estatus a las distintas ocupaciones de hombres y mujeres determinadas por la división sexual del trabajo.

1.7.1 Etimología, otros usos y palabras relacionadas

La palabra patriarca proviene de las palabras griegas ἀρχω que significa "mandar" y πατήρ que significa "padre". Fueron patriarcas los jefes de las primeras familias hebreas. Luego pasó a ser el nombre de una jerarquía eclesiástica de la iglesia cristiana primitiva. Varias iglesias cristianas modernas siguen usando la palabra patriarcado para designar un grupo de diócesis.

En la antropología de la organización social se suelen considerar tres criterios: Filiación - relacionada con la descendencia-, la autoridad y el patrón de residencia pos nupcial. La filiación unilineal puede ser patrilineal o matrilineal, la autoridad puede ser patriarcal o matriarcal y la residencia post marital puede ser patrilocal o matrilocal. Estos conceptos teóricamente pueden combinarse de cualquier manera, pero en la práctica algunos no se dan, como el matriarcado.

1.7.2 El patriarcado según algunos autores

Una definición completa del término que integra distintas corrientes del feminismo establece que “el patriarcado puede definirse como un sistema de relaciones sociales sexo-políticas basadas en diferentes instituciones públicas y privadas y en la solidaridad interclases e infra género instaurado por los varones, quienes como grupo social y en forma individual y colectiva, oprimen a las mujeres también en forma individual y colectiva y se apropian de su fuerza productiva y reproductiva, de sus cuerpos y sus productos, ya sea con medios pacíficos o mediante el uso de la violencia.”⁶

Cuando establece que son relaciones sexo-políticas, está refiriéndose a los postulados del feminismo establecidos radicalmente, según la cual las relaciones sexuales son relaciones políticas, a través de las cuales los varones dominan a las mujeres. Cuando se indica que están basadas en diferentes instituciones públicas y privadas, se refiere a

⁶Castan Diego. *Hacia un nuevo derecho civil*. Pág.443.

la familia dado que, se ejerce el dominio masculino sobre las mujeres y niños/as de la familia, la ampliación de ese dominio sobre las mujeres en la sociedad en general.

Otra de estas instituciones es el Estado, ya que, en su formación, este recibe, de manos del padre, el poder sobre los demás miembros de su familia. A partir de ahora el Estado garantiza, principalmente a través de la ley y la economía, la sujeción de las mujeres al padre, al marido y a los varones en general, impidiendo su constitución como sujetos políticos. También se refiere al feminismo marxista, cuando indica que el patriarcado no descansa solo en la familia, sino en todas las estructuras que posibilitan control sobre la fuerza de trabajo de las mujeres.

Cuando habla de la solidaridad inter clases e intra género instaurado por los varones, hace referencia a Celia Amorós quien indica una fraternidad -hermandad- entre varones que tiene lugar en la constitución del patriarcado moderno. También se refiere a que los varones crean o establecen interdependencia y solidaridad entre ellos, que los capacitan para dominar a las mujeres.

Además se pueden incluir algunas características del patriarcado:

- a) Está compuesto de usos, costumbres, tradiciones, normas familiares y hábitos sociales, ideas, prejuicios, símbolos, e incluso leyes cuya enseñanza-aprendizaje asegura su transmisión de generación en generación.

- b) Define los roles o estereotipos sexuales y por mecanismos de la ideología, los hace aparecer como naturales y universales.
- c) Se ha presentado con diferentes formas en diferentes tiempos y lugares.
- d) Las mujeres están expuestas a distintos grados y tipos de opresión patriarcal, algunas comunes a todas y otras no.
- e) Fue la primera estructura de dominación y subordinación de la Historia y aún hoy sigue siendo un sistema básico de la dominación, el más poderoso y duradero de desigualdad y el que menos se percibe como tal.

1.7.3. El origen del patriarcado

Según estas hipótesis la contribución femenina a la subsistencia en las sociedades protoagrícolas habría continuado siendo lo bastante importante para que las mujeres conservaran cierto poder económico limitador del dominio masculino. Pero la degradación de la condición femenina iba a acentuarse con el desarrollo de sociedades agrícolas sedentarias.

La horticultura y la ganadería itinerantes no supusieron el fin del modo de vida nómada, porque la comunidad debía trasladarse a un nuevo emplazamiento cada vez que se agotaba la fertilidad del suelo, lo que obligaba a espaciar los embarazos (a base de prolongar la lactancia) para no cargar con más de una criatura incapaz de seguir la marcha del grupo.

Esta limitación dejó de regir en los asentamientos que prosperaron en los deltas de los ríos y otros terrenos cuya fertilidad se renovaba por sí sola; y puesto que una población numerosa era la mejor defensa de estas comunidades sedentarias frente a la presión de los grupos nómadas rivales, ahora resultaba más conveniente que las mujeres se consagraran a la maternidad intensiva y los varones trabajaran duro para mantener familias todo lo numerosas que permitiera el potencial reproductivo femenino. La dedicación exclusiva a la maternidad extremó la dependencia económica femenina y, con ello, el sometimiento forzoso del sexo femenino al masculino.

Las mujeres se vieron así degradadas a una condición casi subhumana. Pero las tribus con esta mentalidad se demostraron tan competitivas y pujantes que en pocos milenios se propagaron por todo el planeta, desplazando y arrinconando a otras etnias con tasas de natalidad más bajas, hasta convertir el machismo exacerbado, y la violencia sexual concomitante, en un rasgo casi universal del comportamiento social humano.

Algunas manifestaciones externas de la estructura o sistema patriarcal se han convertido en evidentes para la mayoría de la gente, gracias a una labor de denuncia continuada por parte de muchas mujeres. Así, reconocemos las estructuras patriarcales en la discriminación salarial por causa del género, en la violencia conyugal o en el acoso sexual en el trabajo. Pero esas manifestaciones externas hay quien piensa que son cosas y casos puntuales que están lejos de nosotros, que en nuestra vida cotidiana no tienen incidencia. Sin embargo, el patriarcado aparece hasta en los detalles más mínimos de nuestra vida diaria.

En la estructura o sistema patriarcal, se asigna a la mujer un determinado estereotipo, papel social o rol subordinado al varón, que condiciona la vida entera de las mujeres, del que les es muy difícil escapar y que es profundamente discriminatorio. Y para reforzar el sistema, la gente suele decir que una mujer estando más femenina cuanto más se ciñe a las características prefijadas de ese rol definido por el sistema patriarcal. Es difícil resumir los múltiples aspectos bajo los que se manifiesta el patriarcado.

No se sabe por qué, en algún momento de la prehistoria se comenzó a construir este sistema de dominación de los varones sobre las mujeres que ha llegado a ser tan universal (a lo largo del tiempo y en todas las partes del mundo) que mucha gente piensa que es natural. Pero igualmente mucha gente pensaba hasta hace relativamente pocos años (en comparación con la historia de la humanidad) que la esclavitud o la división jerárquica de la sociedad en clases sociales estancas eran también cosas naturales. De ahí la falta de conciencia generalizada, la falta de conceptualización y divulgación del término patriarcado.

1.8. Conceptos y definiciones de familia

“Tiene la palabra familia diversas acepciones. En un primer sentido, enraizado con la interpretación histórica del vocablo, la familia hace relación a un conjunto más o menos amplio de personas, ligadas por relación de sangre y comunidad de vida”⁷.

⁷ Puig Peña, Federico. Ob cit. Pág. 389

Los tratadistas clásicos, en este sentido, y siguiendo a Santo Tomás, solían incluir en su ámbito la sociedad conyugal, la paterno-filial y la heril. Pero que las relaciones entre amos y criados no tienen un propio motivo familiar, sino un vínculo civil nacido de un contrato y por ello la moderna doctrina prescinde la sociedad heril e incluye en la familia la parental. Puesto que son los vínculos de sangre los determinantes de la misma, se puede por consiguiente definir la familia como “aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.⁸

De esta definición se infieren las siguientes consideraciones:

- a) La familia es, ante todo una institución. Forma una entidad que vive con autonomía y cuyas directrices fundamentales, pese a que como luego veremos no sea hoy la familia, sino una agrupación, no pueden ser alteradas sensiblemente por el mero capricho de la voluntad privada.
- b) Dicha institución está asentada en el matrimonio y a esta familia se hace referencia cuando en el terreno jurídico se habla de la familia, aun cuando no por ello se hayan de desconocer los lazos de sangre que se derivan de las relaciones extramatrimoniales que, si bien pueden constituir una familia no son nunca la familia.

⁸ Puig Peña, Federico. Ob cit. Pág. 97

- c) La familia aúna en lazos de autoridad sublimada por el amor y respeto, a los cónyuges y sus descendientes que integran su componente personal. Ello no es un obstáculo sin embargo, para que otra relación parental deba ser reconocida por la ley; el Derecho otorga a los demás familiares determinados derechos como el de alimentos, de sucesión, de tutela, etc.

Al igual que de otras cualesquiera manifestaciones del Derecho, puede hablarse del de familia en un doble sentido. Así en sentido objetivo se entiende por Derecho de familia al conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En sentido subjetivo, los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.

1.9. La familia en Guatemala

El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común, debiendo garantizar el desarrollo integral de la persona, así como legitimar que el hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil tenga iguales oportunidades y responsabilidades y que la Constitución Política de la República establece la protección de la familia promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable, así como la protección a menores, protegiendo la salud física, mental y moral debiendo garantizar su derecho a alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

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

En la misma Constitución se regula lo referente al matrimonio, la protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, obligación de proporcionar alimentos y las acciones contra causas de desintegración familiar, esta última de interés actual por los hechos desbordantes de violencia que se dan en el país y tiene como causales la desintegración familiar.

El artículo 56 de la Constitución Política de la República establece: **Acciones contra causas de desintegración familiar:** Se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El Estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad.

En este sentido, el Estado no cumple su labor de prevención, pues gran porcentaje de delitos que se cometen actualmente en Guatemala tienen la participación de adolescentes y niños que no tienen padre y por lo mismo que la madre trabaja para sostener el hogar, los menores están inmersos en pandillas juveniles, adoptando toda clase de vicios que en la calle aprenden, por lo que la labor del Estado en ese sentido es casi nula, pues es mejor invertir en la prevención de delitos y no tener que invertir en



la reacción con violencia que se da también con frecuencia en el país contra niños en la llamada limpieza social.

Asimismo en Código Civil Decreto 106 del Congreso de la República se hace referencia de la familia en él título II que comprende instituciones como el matrimonio, divorcio, paternidad, parentesco, tutela, adopción, Registro Civil, etc.





CAPÍTULO II

2. Principios jurídicos del matrimonio

Los principios jurídicos de la institución del matrimonio incluidos en algunos ordenamientos jurídicos, como la dualidad, que es el principio por el cual la institución está prevista para unir a dos personas y vincularlas para su convivencia y procreación; la heterosexualidad, que establece que un hombre y una mujer son los únicos que en principio pueden contraer matrimonio, y a partir del siglo XX surge el principio de igualdad, que se funda en la igualdad de los derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

2.1. Concepto

Es un criterio casi general, que “al deducir la palabra matrimonio (y la latina matrimonium) de las voces matris y munium (madre y carga o gravamen) dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos”⁹.

Esta etimología quedó fijada por un texto de las Decretales y por algún derecho en particular, como nuestra legislación de Partidas. Las primeras, en efecto, decían con frase feliz, que todo lo referente al matrimonio se proyecta sobre los deberes y cargas maternas, pues el niño, es antes del parto, oneroso; doloroso en el parto, y después del

⁹ ob.cit. Pág.28

parto gravoso. Dicho autor, con otros civilistas, cree que esta referencia a la madre como sujeto pasivo o único depositario de los gravámenes y sinsabores de la institución no debe admitirse, pues el padre sufre también, en otro orden de relaciones, los cuidados de la casa, no parece correcto buscar una significación etimológica que hace referencia a ciertos efectos que se producen en la institución del matrimonio.

Más escuetamente, y con otro sentido se expresa que la palabra matrimonio tomó el nombre de las palabras latinas matrismunium que significan oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia. Es significativo que la etimología de la palabra matrimonio resalte en especial la figura de la madre.

No debe verse en ello su situación como sujeto pasivo o depositario de los gravámenes de la institución, al menos a las luces de la legislación de Guatemala, sino a los efectos del derecho, preferentemente la causa justificativa de que la ley tienda a ser protectora del estado jurídico de la mujer dentro del matrimonio, ante la tradicional preponderancia del hombre, por cierto ahora muy controvertida y por la circunstancia de las relaciones materno-filiales que derivan generalmente una protección conjunta de la madre y de los hijos en caso de perturbación de la vida conyugal o de modificación o disolución del matrimonio.

De las acepciones de la palabra matrimonio, se indica: “Dos acepciones tiene la palabra matrimonio, pues puede significar ya el vínculo o estado conyugal, ya el acto por el cual se origina y constituye dicha relación”¹⁰.

2.2. Definición

Para caracterizar y definir el matrimonio como vínculo adoptase por los escritores fórmulas muy diversas de sentido jurídico formal, de sentido sociológico o bien de tipo finalista. Las del primer grupo o sea las de sentido jurídico formal, se fijan exclusivamente en la nota de legalidad. El matrimonio es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley. Las del segundo grupo, de sentido sociológico, giran alrededor de la nota de permanencia.

Así, buscando un concepto de índole histórico sociológico, se establece que el matrimonio es una relación relativamente duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura. Entre las del tercer grupo o de tipo formalista, las hay que atienden a la finalidad estrictamente sexual del matrimonio: Unión de dos personas de diferente sexo para la recíproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales y otras más aceptables que atienden a la finalidad espiritual e integral. En este último sentido, ya las definiciones de los juristas romanos señalaron la constitución de una plena comunidad de la vida como finalidad jurídicamente reconocida del matrimonio.

¹⁰Castan, Diego. Ibid. Pág. 336

Modernamente los estudiosos se inspiran en la misma idea al considerar el matrimonio como “La unión formada entre dos personas de sexo diferente con el propósito de una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física y de todas las relaciones que son su consecuencia; y al definirse como La unión de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida”.¹¹ Todas estas definiciones recogen la idea moral del matrimonio, propia de la civilización cristiana y moderna y que inspira las legislaciones positivas. No faltan, por lo demás definiciones mixtas.

En realidad las tres notas aludidas de legalidad, permanencia y plenitud son otros tantos aspectos parciales de la idea del matrimonio. Reuniéndolas podríamos definir éste como la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia.

Y si quisiéramos definirlo en su acepción de acto, podríamos decir que el matrimonio es el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre sí una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia. Aparte del consenso general en cuanto a considerar el matrimonio como el fundamento del derecho familiar, no puede según se desprende como puede verse, de las ideas transcritas.

En efecto se expone en términos muy amplios el matrimonio es la “unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie”¹², o bien, la “unión legal de hombre y mujer para la comunidad reciproca de

¹¹ Puig Peña, Federico. Ob cit t II, vol I. Pag.339

¹² Ob cit t II, vol I. Pág. 29.

vida y afecto ¹³, o ya en el ámbito jurídico, propiamente en el legislativo, se expone en relación al criterio que sustenta la ley de que se haga referencia siendo entonces determinante la relación a su naturaleza jurídica.

En Guatemala la definición de matrimonio lo encontramos en el Código Civil en el Artículo 78 el cual estipula: (El matrimonio, institución social) El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

2.3. Doctrina jurídica

Siendo la religión católica la profesada en Guatemala, a principios del siglo XX, y la misma que se profesaba en España, la historia legislativa del matrimonio en nuestra Patria ha de referirse principalmente a las relaciones que han mediado entre la potestad civil y la eclesiástica en el transcurso de los tiempos. En cuanto a periodos puede dividirse la historia legislativa del matrimonio en España. El primero comprende los tiempos anteriores a 1564 en la que la pragmática de Felipe II promulgó las disposiciones del Concilio de Trento acerca del matrimonio, como Ley de Reino.

El carácter distintivo de este periodo es que la legislación civil se acomoda a las prescripciones de la Iglesia, sin que el poder temporal deje de legislar sobre todo lo relativo al matrimonio, si bien lo hace inspirándose en el criterio de la legislación

¹³Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 135

canónica. En el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas encontramos minuciosas disposiciones referentes al matrimonio, las cuales constituyen un verdadero tratado de legislación matrimonial canónica.

La legislación eclesiástica presentaba entonces bastante vaguedad respecto de la forma esencial para la validez del matrimonio, existiendo dos clases de matrimonios validos; el solemne, que se celebraba conforme a los ritos de la Iglesia, y el que surtía los mismos efectos sin haber sido celebrado en esta forma solemne, o sea, el llamado oculto o clandestino o a juras, que era el que celebraban dos personas cuando contraían esponsales de presente, esto es, la promesa de contraer matrimonio seguida de la unión carnal.

La tolerancia del matrimonio a juras hacia que fuesen frecuentes las dudas y cuestiones respecto de la verdadera situación de las familias, incertidumbre a que puso fin la Ley 47 de Toro. Dicha ley prohibida que saliese de la patria potestad el hijo sin que se hubiere casado y velado, es decir que se hubiese casado en forma solemne; añadiendo por la Ley 49, la imposición de penas graves para los matrimonios clandestinos. En igual sentido, el Concilio de Trento celebrado desde el año 1547 al 1563, vino a regular de una manera definitiva la forma de celebración del matrimonio, estableciendo la necesidad de la presencia del Párroco propio y de dos o tres testigos, sin lo cual no existe el matrimonio a los ojos de la Iglesia.

En virtud de esta forma, acordada en la sesión tercera del Concilio Tridentino, cesó la diferencia entre el matrimonio clandestino y el público, quedando los clandestinos

completamente anulados. La Real Cédula dada por Felipe II el doce de julio de 1564, mandó observar como Ley del Reino lo dispuesto en el Concilio de Trento.

El segundo periodo de la historia de la legislación española en cuanto a matrimonio se refiere corre desde la publicación de la Real Pragmática de Felipe II hasta el 17 de julio de 1870, en que tuvo lugar en España la publicación de la Ley del matrimonio civil.

En este periodo pasa a ser la legislación española la legislación canónica, no teniendo España más leyes que la eclesiástica; y no admitiendo como valido más matrimonio que el celebrado conforme a los ritos de la Iglesia, Si bien el poder civil no abdica el derecho de dictar disposiciones complementarias que no atacando lo esencial, dispuesto por el Derecho canónico completa sus disposiciones. De acuerdo con este criterio, dicta algunas normas como las relativas al disenso paterno y a impedimentos de carácter civil. El movimiento revolucionario de 1868 y las nuevas corrientes que con el mismo se iniciaron, en el sentido de dar validez al matrimonio laico, trascendieron a la legislación.

El tercer periodo abarca desde la Ley de 17 de julio de 1870 hasta el Derecho Ley de 9 de febrero de 1875, que se derogo la anterior ley del matrimonio civil. Este corto periodo es muy interesante, pues estableció como única forma legal del matrimonio el civil. Con esta disposición se originó un gran trastorno, porque repugnaba a la conciencia del país, el matrimonio civil, como consecuencia no celebraba éste, celebrándose, en cambio el matrimonio canónico en la forma antes establecida.



Por esta razón millares de familias en España quedaron fuera de la ley, creándose conflictos entre ellos, algunos, procedentes de la situación dudosa de los hijos nacidos de matrimonios canónicos, que eran hijos naturales por no reconocer la ley la unión de sus padres. Estos conflictos motivaron que, al ocurrir la Restauración se cambiase la legislación matrimonial, publicándose el Decreto-Ley del 9 de febrero de 1875.

Comprende la época cuarta hasta la publicación del Código Civil. El carácter distintivo de este periodo es el restablecimiento de la legislación canónica, y por tanto del matrimonio canónico con efectos civiles. El Decreto Ley de 1875 se propuso, según se indica en su preámbulo, restablecer la paz turbada, mediante la admisión del matrimonio canónico para todos los efectos de la vida civil, con la condición de ser inscrito en el Registro Civil dentro del plazo de ocho días de su celebración.

Respecto a los numerosos matrimonios canónicos celebrados en desacuerdo con la legislación civil, les reconoció validez con todos los efectos civiles, a partir del día de la celebración de los mismos, debiéndose inscribir en el Registro Civil dentro del plazo de 90 días, mandando a los párrocos que pasaren nota de todos los celebrados en el periodo anterior y haciendo que los Obispos impusieren penas a los párrocos que no obedecieran. Sin embargo no anulaban los matrimonios que no cumplieren con este requisito, a los que se exigía solo convalidación.

Con este Decreto quedó derogada la Ley del Matrimonio Civil, salvo el capítulo V de la misma, pero no se abolió de un modo absoluto el matrimonio civil, que continuó



existiendo con efectos civiles iguales al canónico para los que no profesaban la religión católica, según Reales Ordenes de 19 y 27 de febrero del mismo año.

Al publicarse el Código Civil actual, se planteó la cuestión del matrimonio, que ya surgió antes de redactarse los varios proyectos que, sin desatender los derechos fundamentales de la Iglesia, dejase a salvo los del poder civil. La legislación antigua era inadmisibile, porque no atribuía intervención alguna al poder civil. La establecida en 1870 era un fracaso, y ella obligo a buscar una solución intermedia, como lo hizo la base tercera del proyecto del año 1888, estableciendo que habría dos formas de matrimonio, el canónico y el civil para los que no profesen la religión católica, dando intervención en el primero al poder civil al solo objeto de darle autenticidad a los efectos civiles.

2.4. Antecedentes históricos

Surge el matrimonio civil como consecuencia de la ruptura de la unidad confesional del mundo civilizado al terminar la edad media, apoyada posteriormente por corrientes doctrinales que separaban en el matrimonio la idea de sacramento de la de contrato y por aspiraciones políticas, que propendían a la absoluta separación del marco espiritual del temporal introducido por primera vez en los Países Bajos después de la dominación española, como remedio impuesto por las sectas protestantes a la obligatoriedad del matrimonio evangélico, después paso a Inglaterra y, posteriormente la tendencia secularizadora de la Revolución francesa lo implanto en dicho país, extendiéndose

después a los demás. Ardua ha sido la polémica suscitada acerca de la necesidad del matrimonio civil.

El primer argumento planteado a su favor surge del llamado principio de libertad de conciencia, por el cual el poder civil podría arbitrar un remedio para conseguir que fueran válidas las nupcias de aquellos que no profesaban la religión católica.

También se adujo que, siendo factible separar en el matrimonio los conceptos de contrato y de sacramento, el primero ha de quedar solo regulado por las normas civiles, limitándose la iglesia a ordenar lo relativo a la materia sacramental que por imperativo de su carácter, a ella corresponde. Finalmente batallaron en pro del matrimonio civil los teorizantes y partidarios de la absoluta separación de la Iglesia y el Estado, y puesto que el matrimonio afecta al estado y condición civil de las personas, a aquel solo toca determinar cuándo y en qué condiciones los súbditos suyos se encuentran legítimamente casados.

Estos argumentos han sido contestados dentro del plano confesional partiendo de los principios fundamentales en que se asienta la doctrina del matrimonio canónico. Siendo éste para los bautizados un contrato y un sacramento a la misma vez, no es dable proceder a la separación de los mismos; luego al ser sacramento, necesariamente ha de ser regido por la iglesia y el Estado, se arroga facultades sobre el particular, ello constituye una verdadera usurpación.

Y no vale decir que la institución tiene un evidente sabor jurídico que al Estado toca regular, porque lo jurídico, dicen es solo un aspecto que debe quedar siempre subordinado a la naturaleza intrínseca de la misma y no puede olvidarse que el matrimonio tiene un fondo ético y religioso indeleble, que no puede quedar destruido ni siquiera desconocido, apoyándose en los efectos jurídicos que está llamado a producir.

2.5. Derecho comparado

Derecho canónico: El matrimonio en el Derecho canónico es como un sacramento de la nueva Ley que confiere gracia para sacrificar la legítima unión entre el varón y la mujer para engendrar piamente la prole y educarla santamente. La sublimación del matrimonio por Jesucristo, elevándolo a la dignidad de Sacramento queda probada por los Santos Evangelios y de modo especial por San Pablo, en su Epístola a los de Éfeso. Lo confirma, asimismo la tradición eclesiástica, ya que mucho antes del protestantismo había declarado la iglesia, que el matrimonio es un sacramento, según consta del Decreto de Eugenio IV y la profesión de fe de Miguel Paleólogo.

En el Derecho español el matrimonio canónico puede definirse, a tenor del artículo 42 en su actual redacción, como aquel que habrían de contraer los que profesan la religión católica y que se rige, según el artículo 75 por las disposiciones de la misma.

Efectos civiles

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producirán desde su celebración, más para que estos efectos sean reconocidos, es necesaria la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil. Cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas.

Impedimentos: Su dispensa

En sentido amplio 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 nos ofrece el derecho canónico antiguo y en él están incluidos, no solo los impedimentos propiamente dichos, sino también los vicios del consentimiento y en defecto de forma en la celebración del matrimonio.

Pero, como acertadamente se advierte "uno de los más acusados adelantos técnicos introducidos por el Código de Derecho Canónico en materia matrimonial ha sido precisamente la sustitución del antiguo concepto omnicomprendido del impedimento, por la distinción entre impedimentos en sentido técnico o estricto, vicios del consentimiento y defecto de forma canónica".¹⁴

¹⁴ Ob cit. t IV. Pág, 103.

De ahí que hoy se acepte 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.

El matrimonio civil

En la discusión sobre el matrimonio civil que ha sido y es muy empeñada al partirse de puntos de vista irreductibles, no hay posibilidad de armonía que, si acaso podría encontrarse a través de los sistemas intermedios que en orden a la solución de la política matrimonial han establecido algunos Estados, como en seguida se observará al contemplar desde el punto de vista positivo, el enfoque del problema desde el campo canónico y desde el de la legislación de los Estados que lo han establecido.

- 1) Doctrina canónica: Validez canónica del matrimonio civil; para la Iglesia no existe, en orden a los bautizados, más matrimonio que el canónico. Aquellos que pertenecen a su seno y se casan sólo civilmente viven, respecto de la doctrina eclesiástica, en una situación de concubinato. El criterio es irreductible y no caben paliativos sobre el particular, sin embargo:
 - a) El Derecho canónico no ve inconveniente en que el Estado establezca las condiciones necesarias de validez para el matrimonio de los no bautizados (canon 1.016).

- b) Aun respecto de los bautizados, la Iglesia admite la existencia del matrimonio civil, solo en cuanto signifique el cumplimiento de ciertas formalidades que el Estado exige para reconocer ciertos efectos civiles al mismo, pero nunca como verdadero matrimonio, pues que éste es solo el canónico.

Por consiguiente en aquellos países en los que el matrimonio civil es exigido como obligatorio, deben los fieles proceder a su celebración, siempre que tengan sólo aquella intención (canon 1.063). Se justifica este deber, no por consecuencia del imperativo de la Ley civil que a todas luces es injusta, sino por emanación del derecho divino y del católico, que manda evitar daño a sí mismo y a la prole.

En aquellos estados en los que, por fuerza de la política sectaria, se ordena que el matrimonio civil se celebre con anterioridad al canónico, se ha de procurar con la mayor diligencia que se contraiga cuanto antes el matrimonio ante la Iglesia, debiendo permanecer los cónyuges separados hasta que se haya verificado esta última reunión.

Legislación de los Estados: cuya legislación depende al Estado en que pertenece.

- a) La reforma protestante destruyó como anteriormente se indica, la unidad confesional del mundo civilizado y, al destruirla, atacó también la naturaleza sacramental del matrimonio. Lutero, si bien es un principio todavía consideró el matrimonio entre los sacramentos, después formuló su frase famosa entre los

primeros protestantes al decir que el matrimonio es una cosa externa, mundana, igual que el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular.

- b) Durante el siglo XVI se difundió en Francia una teoría teológico-jurídica que separaba dentro del matrimonio, el contrato del sacramento, siendo la regulación del primero de la competencia exclusiva del Estado. De esta forma, en un Estado católico, la Francia del antiguo régimen se llegó a formar una legislación matrimonial estatal resultante del criterio doctrinal respecto al poder civil.
- c) Los teorizantes de la escuela del Derecho natural tomaron del galicanismo la tesis referente a la separación del contrato del sacramento y esta doctrina impulsada por el espíritu liberal de la Revolución, determinó la implantación del matrimonio civil como obligatorio, en signo evidente de lucha contra el poder de la Iglesia.

2.6. Regulación actual en Guatemala

Concepto: El Código Civil guatemalteco establece en el Artículo 78: El matrimonio como institución social; El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. El Artículo 79 preceptúa: Matrimonio 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 este código para su validez.



2.7. Impedimentos para contraer matrimonio civil

El Artículo 88 de nuestro ordenamiento jurídico establece los casos de insubsistencia, y estipula que tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio:

- 1º. Los parientes consanguíneos en línea recta y en la colateral, los hermanos y medios hermanos;
- 2º. Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y
- 3º. Las personas casadas y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esta unión.

Asimismo el Artículo 89 prescribe lo referente a la ilicitud del matrimonio; No podrá ser autorizado:

- 1º. Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o tutor;
- 2º. Del varón menor de dieciséis años o de la mujer de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad;
- 3º. De la mujer antes que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de



los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno;

- 4°. Del tutor y del protutor o de sus descendientes con la persona que haya estado bajo su tutela o pro tutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración;
- 5°. Del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquellos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona, y
- 6°. Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

El Artículo 90 prescribe sobre las sanciones; Si no obstante en el artículo anterior fuere celebrado el matrimonio éste será válido, pero tanto el funcionario como las personas culpables de la infracción serán responsables de conformidad con la ley y las personas a que se refieren los incisos 4° y 5° perderán la administración de los bienes de los menores y no podrán sucederles por intestado.

2.8. Celebración del matrimonio

El Artículo 92 estipula de los funcionarios que pueden autorizar matrimonio: El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces,



o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad otorgada por la autoridad administrativa que corresponde.

El Artículo 95 establece las formalidades; Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombre de los padres y de los abuelos si los superen, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adoptar si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona.

2.9. Deberes y derechos que nacen del matrimonio

El artículo 108 preceptúa sobre el apellido de la mujer casada; Por el matrimonio, la mujer tiene el derecho a agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo siempre, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio. El artículo 109 establece de la representación conyugal: La representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar.



CAPÍTULO III

3. Separación y divorcio

La separación matrimonial es una situación jurídica que modifica el matrimonio, en la cual los cónyuges puedan vivir separados de cuerpos y bienes, pero sin que se posibilite con ella que los cónyuges vuelvan a contraer nuevo matrimonio. En muchos ordenamientos jurídicos la ley no contempla el divorcio, por motivos principalmente religiosos o culturales; por lo que, se ha creado un sistema intermedio entre el matrimonio y el divorcio, que permite que siga existiendo el vínculo matrimonial, mientras que se terminan muchos de los derechos y obligaciones de la pareja

El divorcio es la disolución del matrimonio, que tiene como intención dar término a una unión conyugal y solo tiene lugar mediante la declaración de autoridad judicial. Con el divorcio, el vínculo matrimonial se disuelve y los cónyuges pueden volver a contraer matrimonio. Los efectos de la separación y el divorcio pueden ser personales o patrimoniales, se producen con respecto a los cónyuges y los hijos del matrimonio; se pueden regular por los propios cónyuges, en caso de desavenencias, será el Juez el que los determine. Nuestra Legislación es causal y taxativa. Ello significa que para interponer una demanda de separación o divorcio, es necesario que exista una causa de las establecidas en el Código Civil



3.1. Concepto

El divorcio, para mayor claridad, conviene hacer desde un principio la necesaria distinción entre divorcio y separación, precisando los conceptos de ambas figuras, tal como a ese respecto se escribe: “El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”¹⁵. “La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”¹⁶; Difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común. El divorcio y la separación de cuerpos no pueden obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley.

El tema del divorcio, como el del matrimonio, y por las mismas razones, ha estado desde hace mucho tiempo ligado a dos criterios radicalmente distintos. El eclesiástico y el estatal. Según el primero, solo es aceptable el denominado divorcio no vincular o relativo (separación de personas) dado que el matrimonio por razones especialísimas determinadas y apreciadas por la Iglesia; la cual, en última instancia, ha visto con agrado que la legislación civil acepte esa forma de divorcio y nada más. Según criterio estatal generalizado, es recomendable, y no existe razón valedera en contra, que un matrimonio pueda disolverse si no ese alcanzaron las finalidades del mismo. Puede hablarse entonces de dos tendencias: una desfavorable al divorcio absoluto y la otra favorable al mismo.

¹⁵ Planiol, Ripert Ob. Cit. Tomo II. Pág. 368.

¹⁶ Ob. Cit. Tomo II. Pág. 368.

El divorcio propiamente dicho, o divorcio absoluto o vincular, produce la disolución del vínculo matrimonial, por la resolución judicial pronunciada por funcionario competente lo cual supone necesariamente que los cónyuges estén vivos y en todo caso que exista un matrimonio válido; si no es válido, se impugnaré por insubsistencia o por nulidad, sin perderse de vista en este último caso que por quedar la petición de nulidad a criterio de la parte agraviada, puede muy bien demandarse el divorcio y no la nulidad de un matrimonio inicialmente viciado en tal sentido.

3.2. Definición

Denominada simplemente separación o separación de cuerpos o separación de personas, esta figura es definida por Espín Cánovas como: “La relación conyugal puede verse perturbada por diversas anomalías, que impliquen, o bien una mera suspensión de la vida en común de los cónyuges o que lleguen incluso a producir la definitiva desaparición del vínculo matrimonial; el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos.”¹⁷

Otros autores le denominan separación legal o divorcio relativo. Su característica fundamental consiste en que, a pesar de traer como consecuencia la terminación de la vida en común, deja vigente el vínculo matrimonial.

¹⁷Ibid Tomo.1. Pág. 47

Su origen eclesiástico es expuesto en los siguientes términos: “La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio se debe a la Iglesia”¹⁸; ésta luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró poco a poco obtener su supresión. Como no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra cosa sino el divorcio antiguo disminuido en sus efectos y conservó la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación.

Los esposos separados no podían volver a casarse, la relación conyugal puede verse perturbada por diversas anomalías, que impliquen o bien una mera suspensión de la vida común de los cónyuges o que lleguen incluso a producir la definitiva desaparición del vínculo matrimonial y que se trata de la llamada separación personal de los cónyuges o divorcio no vincular.

Debido a la denominación divorcio no vincular o relativo y a que ciertas legislaciones, como la española, al regular el divorcio se refiere exclusivamente a la separación de cuerpos, denominándola simplemente divorcio, la separación, en su aspecto doctrinario, es estudiada como una clase de divorcio.

No obstante, cuando una y otro (separación y divorcio) se tratan en la ley como dos figuras distintas tal es el caso de la legislación vigente en Guatemala conviene

¹⁸ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil, tomo 1.** Pág.175.

estudiarlas por separado, a lo cual no obsta que numerosos efectos de ambos sean equiparados por la propia legislación.

3.3. Causas

Como ya se explicó anteriormente hay dos formas de obtener el divorcio, 1. Por Mutuo Consentimiento y 2. Por voluntad de una de las partes mediante causa determinada. Es el típico divorcio absoluto o vincular, no en lo que se refiere a sus efectos, idénticos a los del divorcio voluntario o por mutuo acuerdo, sino en cuanto constituye precisamente la forma admitida por las legislaciones que no aceptan el divorcio por mutuo consentimiento. La disolución del vínculo matrimonial no queda al acuerdo de los cónyuges, es necesario que uno de éstos invoque alguna o algunas de las causas que la ley ha fijado previamente como únicas razones para demandar la disolución del matrimonio.

El Código Civil admite numerosas causas para obtener el divorcio, quince en total, o sea una menos que el código de 1933. Dichas causas conforme el Artículo 155, son las siguientes:

1. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.

Esta circunstancia tipificarse cuando uno de los cónyuges sostiene relaciones íntimas con otra persona, hombre o mujer, según el caso, debilitando el ánimo de permanencia que caracteriza la unión conyugal. Si bien la fidelidad debida entre varón y mujer no



aparece expresamente admitida por el código como característica del matrimonio, debe entenderse que lo es por cuanto la unión monogamia, base de aquél la presupone.

2. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves, ofensas al honor, y en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.

Este inciso debe entenderse comprensivo de varias causales de divorcio:

- a) los malos tratamientos de obra, (que han de consistir en vejaciones que atenten contra la integridad del otro cónyuge);
- b) las riñas y disputas continuas, (que por su reiterada manifestación hagan evidente la incompatibilidad de caracteres impeditiva de una vida conyugal armoniosa);
- c) las injurias graves y ofensas al honor, que si bien aparentemente son causas que podrían considerarse en forma aislada, unas y otras se complementan, pues las injurias atentan contra el honor y las ofensas a éste constituyen injuria, no siendo necesario en todo caso que se hubiese pronunciado sentencia previa, bastando la plena prueba de tales extremos en el juicio de divorcio); y,
- d) en general, la conducta que haga insoportable la vida en común (causal que puede tipificarse por una conducta desordenada o bien por la reiteración de hechos no constitutivos de injuria, u ofensa, pero provocadores de sostenida desarmonía conyugal.

3. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro de los hijos.

Hechos de esa naturaleza ponen de manifiesto la inconveniencia de mantener el vínculo matrimonial, puesto que afectan directamente a integridad del otro cónyuge o de los hijos y son lesionantes de la propia base en que descansa el matrimonio. Tampoco en este caso es necesario que preceda sentencia condenatoria por esos hechos delictivos.

4. La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.

Dos circunstancias quedan comprendidas en esta causal: una, que la separación o el abandono de la casa conyugal debe ser voluntario; y la otra, que la ausencia sea inmotivada, sin razón que la justifique, debiendo entenderse que no es necesario la declaración judicial de la ausencia; en ambos casos, el transcurso de más de un año es imprescindible a los efectos de la validez de tales circunstancias.

5. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.

Esta es una causa de divorcio lindante con las disposiciones relativas a la filiación. Si la mujer estaba embarazada antes de celebrarse el matrimonio, por razón de relaciones



sexuales con varón que no fuera el marido, y éste lo ignoraba, no cabe duda que la lesión a su honor sea tan grave que justifique la disolución del matrimonio.

6. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.

Aquí juega papel importante la conducta inmoral, o amoral, del marido que conscientemente induce a la mujer a colocarse en situación incompatible con la vida decorosa que su calidad de esposa le exige, y que al propio marido coloca en la innegable situación de no ser merecedor de considerársele jefe de familia. Al desaparecer uno de los más importantes principios morales rectores de la unión conyugal, ésta, para la ley, ha de terminar.

Nótese, en cuanto a la incitación para corromper a los hijos, prevista en dicha causal de divorcio, que el legislador sólo tomó en cuenta que pudiera derivarse del marido no de la mujer. Empero, como el bien jurídicamente tutelado es la preservación de la familia conforme a determinados altos principios morales, el divorcio habrá de decretarse si el marido prueba que la mujer trata de corromper, de depravar a los hijos.

7. La negativa infundada de unos de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que están legalmente obligados.

Si deliberadamente uno de los cónyuges incumple tales deberes (asistencia, o lo que es lo mismo ayuda; alimentación, lo indispensable para la subsistencia) la unión

matrimonial se ve privada de una de sus bases fundamentales. Esta causal deja a salvo por su puesto, el derecho del cónyuge inculpable a exigir judicialmente los alimentos en la forma que corresponda.

8. La disposición de la hacienda doméstica.

Esta causal puede ser atribuible al varón o a la mujer. Si bien la expresión hacienda doméstica no aparece precisada en el código, debe entenderse comprensiva de los bienes normalmente destinados al sostenimiento del hogar, especialmente el dinero y aquellos bienes muebles sin los cuales no puede mantenerse aquél.

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

A excepción del hábito de juego, las demás causas (embriaguez o uso indebido y constante de estupefacientes), contempladas en dicho inciso, constituyen a la vez circunstancias determinantes de la incapacidad civil, según lo dispone el artículo 9º del código. Es decir, el hábito del juego, la embriaguez, el uso de estupefacientes no debido a prescripción médica, pueden colocar al cónyuge en los linderos de la incapacidad, amenazando causar la ruina de la familia o siendo un continuo motivo de desavenencia conyugal, lo cual implica que la manifestación de esos hábitos, o vicios, debe ser reiterada y causante de la indicada situación familiar.



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

En realidad, tanto la denuncia como la acusación deben ser calumniosas, lo cual ha de establecerse, previamente, en sentencia firme. No es suficiente la apreciación en ese sentido por el cónyuge agraviado.

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

La referencia especial a los delitos contra la propiedad, no parece tener mayor fundamento, y no es explicada en la exposición de motivos del proyecto de código. Toda vez que, en vista de la redacción del inciso objeto de comentario, la duración de la pena no es determinante tratándose de delitos contra la propiedad, como sí lo es en los otros delitos del orden común, la referencia especial pudo haber sido hecha a ciertos delitos contra la integridad personal o contra la honestidad.

12. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial a otro cónyuge o a la descendencia.

Tres características han de reunirse en el cónyuge enfermo: gravedad, incurabilidad y contagiosidad de la enfermedad, con efectos perjudiciales al otro cónyuge o a la descendencia.



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

La ley exige que la impotencia (absoluta o relativa) sea posterior al matrimonio. Si es anterior a éste, tipificará un caso de anulabilidad (Art. 145, inc. 2.) aducible dentro de seis meses de haberse efectuado el matrimonio (Art 148) y por lo tanto no apreciable después de ese lapso. La justificación de ese distinto criterio radica en que la impotencia de un cónyuge puede ser reconocida por el otro en el transcurso de los seis primeros meses después de la celebración del matrimonio, y hacer valer la anulabilidad de éste, entendiéndose, si no lo hace, que admite continuar la unión aun a sabiendas de la impotencia del otro.

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

Respecto a la anulabilidad del matrimonio (Art 145, inc. 3º) el código emplea la expresión incapacidad mental, circunstancia que puede ser transitoria. A los efectos de divorcio, ha de ser enfermedad mental incurable, suficiente para declarar la interdicción, o sea que prive de discernimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 9º.

15. La separación de personas declarada en sentencia firme.

Una vez declarada en sentencia firme la separación de personas, los cónyuges pueden mantener el vínculo matrimonial, o uno de ellos solicitar la disolución del mismo por



medio del divorcio. La separación ha disuelto la unión; el divorcio disolverá el vínculo matrimonial.

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

3.4. Disolución

Puede distinguirse claramente dos clases de separación afectantes del matrimonio: la separación de hecho y la legal. La separación de hecho se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto que cese la vida en común sin mediar en todo caso previa resolución judicial. Esta clase de separación no es la propiamente regulada por la ley, pero puede producir determinados efectos jurídicos. Por ejemplo, el abandono voluntario de la casa conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan. Y en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación.

La separación legal (o separación de cuerpos o divorcio relativo) es aquella que es declarada judicialmente y es modificativa del matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia de la unión conyugal y el fin de vivir juntos marido y mujer, dos principios rectores de la institución matrimonial consagrados en el Artículo 78 del



código civil. La separación legal modifica el matrimonio, pero deja subsistente el vínculo matrimonial, la institución en sí.

La separación legal puede ser solicitada y declararse: 1. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada (cualquiera de las causales de divorcio); en el primer caso (separación por mutuo acuerdo) no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio (Art. 154) disposición cuya razón de ser puede encontrarse en el deseo del legislador de establecer un plazo determinado suficiente a los efectos de lograr la permanencia de una unión prematuramente en conflicto.

El Artículo 153. Establece, que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. El Artículo 154. Separación y divorcio. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: 1. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2. 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.

3.5. Juez competente

El Artículo 2º. De la Ley de Tribunales de Familia establece que corresponden a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción protección de las personas, reconocimiento de preñez y



parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familia.

Artículo 3º. De la Ley de Tribunales de Familia. Los Tribunales de familia están constituidos:

- a) Por los Juzgados de familia que conocen de los asuntos en primera instancia; y
- b) Por las Salas de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia.

Según el Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil. El divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Por razón de territorio es competente para conocer del divorcio el juez del domicilio conyugal y por razón de la materia es competente el Juez de primera Instancia de Familia según ley de Tribunales de familia.

3.6. Obligaciones

Entonces para hablar de las obligaciones que devienen de la separación o divorcio hay que hablar entonces de los efectos comunes de la separación y del divorcio. Dichos efectos, conforme al artículo 159 del código civil son los siguientes:



1. Liquidación del patrimonio conyugal, que procede al estar firme la sentencia declarativa de la separación o el divorcio, y a cuyo efecto se liquidará el patrimonio conyugal en los términos prescritos por las capitulaciones, por la ley o por las convenciones que hubieren celebrado los cónyuges. (Art 170).
2. Derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso. A criterio en contra, el cónyuge culpable pierde el derecho a recibir alimentos.
3. La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y hay petición expresa de parte interesada. Procede aquí deslindar cuando se suspenderá o perderá la patria potestad, a tenor de ese precepto. Se suspenderá cuando la causal en que se funde la separación o el divorcio sea cualquiera de las siguientes:

La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y hay petición expresa de parte interesada. Por no estar claramente comprendidas entre las causas de separación o de divorcio las causas determinantes de la suspensión o de la pérdida de la patria potestad, según se infiere al comparar la redacción de los artículos 155, 273, y 274 del código, queda a la necesariamente cuidadosa labor interpretativa del juez resolver sobre la procedencia de la suspensión o de la pérdida de la patria potestad, cuando haya petición expresa al respecto.

Debe citarse como efecto propio del divorcio, el que la mujer divorciada no tiene derecho a usar el apellido del marido. En sentido contrario, la separación de personas no priva de ese derecho a la mujer.



Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes 1º. A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio. 2º. Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos y cuando ésta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuir cada uno de ellos, 3º. Que pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades y 4to. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.



CAPÍTULO IV

4. Determinar la desigualdad jurídica de los hijos extramatrimoniales de mujer casada

La desigualdad jurídica entre los hijos concebidos dentro del matrimonio y los procreados fuera de él, está revestida de un trato diferente y perjudicial al derecho de igualdad, hasta los mas sutiles comportamientos falsamente protectores que afecta generalmente a los hijos extramatrimoniales de mujer casada porque, generalmente reciben un trato jurídico diferente por ser hijos extramatrimoniales.

4.1 Hijos legítimos

- a) Legitimidad Propia: Matrimonio legalmente celebrado. Los hijos legítimos con legitimidad propia son concebidos y nacidos dentro de la vida de matrimonio, sin que haya cuestión de ninguna especie respecto a los límites cortos o máximos del embarazo. Para ella no hay vacilación o duda de ninguna especie en orden a los efectos y sobre todo al cumplimiento de los deberes que la paternidad supone, toda vez que en ella se parte de la existencia del matrimonio justamente celebrado.

Contra la presunción de la paternidad apenas si existe demostración en contrario, pues ni la condena por adulterio de la madre ni su declaración en contra desvirtúa en principio aquélla, el padre solo puede alegar la imposibilidad física para tener



acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo.

- b) Legitimación impropia: (presunción legal de paternidad) Sabemos cómo la legitimidad propiamente tal se caracteriza por la concepción y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio y, por ende, los concebidos o nacidos fuera de él no pueden en buena teoría, merecer la consideración de legítimos, sin embargo el Derecho por un proceso de política civil, concede la condición de legítimos a algunos hijos cuyo nacimiento o concepción solamente tuvo lugar en el matrimonio, en base a lo que hemos llamado legitimidad impropia
- c) Prueba en contrario El Artículo 200 del Código Civil preceptúa que no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su conyugue entre los primeros ciento veinte días de los trescientos que procedieron al nacimiento por ausencia, enfermedad, impotencia, o cualquiera otra circunstancia. El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido si éste no impugna la paternidad.

La impugnación no puede tener lugar:

1. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez;
2. Si estando presente en el acto de inscripción del nacimiento en el Registro Civil firmo o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; y
3. Si por documento público o privado el hijo hubiere sido reconocido.



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 aquel. Es muy difícil poder probar la no paternidad por parte del marido, pues ni con el adulterio de la madre, el marido puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio alegando el adulterio de la madre, aun cuando esta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso si podrá negar la paternidad, probando todos los hechos que justifiquen la impugnación y si a este se le declarare en estado de interdicción podrá ejercitar ese derecho su representante legal.

El término que tiene el marido negando la paternidad del hijo nacido de su conyugue deberá intentarse judicialmente dentro de los sesenta días contados desde la fecha de nacimiento si está presente, desde el día que regreso a la residencia de su conyugue, si estaba ausente o desde el día que descubrió el hecho si se le oculto el nacimiento. Y los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación iniciada por el únicamente hasta los sesenta días de haber muerto el marido.

Al hablar de que son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse, con dispensa o sin ella. Es la legitimación aquel procedimiento por virtud del cual se saca de la condición natural al hijo que tiene tal naturaleza, para concederla en principio los beneficios propios del estado legitimado.



De la anterior definición resulta que la legitimación es un beneficio que la ley otorga para obtener la situación de estado civil de hijo legítimo, beneficio que se produce no solo en utilidad de los hijos, sino también para los padres, moralizando su situación constituyendo un expediente de siempre conocido a través de todo el decurso de la historia, aun cuando no haya revestido en todo momento el mismo significado.

El hijo natural pues se refiere al caso de un hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del mismo. En principio este hijo tendrá la consideración de natural, si los padres podían casarse al tiempo de la concepción, pero la ley les acoge en su seno, asignándole la condición de hijo legítimo.

4.1.1. Evolución histórica

En el derecho romano del Imperio respondió la institución de la legitimación, es un principio, a consideraciones de matiz político y así la legitimación por oblación a la curia no reconocía otro fin que el de favorecer las curias ciudadanas y tan solo ten efectos con relación al padre.

Ulteriormente se orienta al instituto en otra dirección y principalmente respondió al fin iniciado por Constantino de combatir el concubinato en base a estimular a los padres a contraer nupcias, tomando así carta de naturaleza la legitimación por matrimonio, que produce ya la legitimación de los hijos con todas sus consecuencias y que llega a admitirse en todos los países de la civilización occidental, incluso en los sajones.

Para suplir los casos en que el matrimonio no era posible entre los padres y como correctivo al rigorismo de una situación ilegal que no puede transformarse en estado perfecto, Justiniano ideó la legitimación por concesión del poder público, que alcanzó también gran difusión hasta que desapareció, aun sin ser expresamente derogada al principio de la Revolución francesa, que suprimió los parlamentos a quienes en el vecino país se encomendaba en otorgamiento de este beneficio; pero después fue de nuevo incorporada al orden jurídico de los códigos y paso a nuestra legislación civil.

4.1.2. Clases de legitimación

Desaparecido el basamento histórico de la legitimatio por oblatión o la curia, solo quedan en el derecho moderno las otras dos, cuyo desenvolvimiento histórico hemos apuntado: la legitimación por matrimonio o normal y la por concesión real o extraordinaria. Aunque el fin que persiguen ambas es idéntico sin embargo, sus consecuencias jurídicas son diferentes, pues aquella produce un estado de legitimidad casi perfecto y en cambio, la segunda no tiene un alcance tan eficaz. Son también distintas las condiciones exigidas por las leyes para su concesión y los requisitos necesarios para que el beneficio pueda tener realidad en el campo jurídico, como veremos a continuación:

Requisitos: Existe un presupuesto común a ambas legitimaciones, que es que no podrán ser legitimados más que los hijos naturales. Respecto de esta fundamental y básica proposición debemos hacer constar las consideraciones siguientes.

1. Que no puede darse la legitimación cuando el hijo, por cualquier circunstancia, aparezca como hijo legítimo de otra familia. Su legitimidad anterior impedirá mientras subsista la adquisición de una nueva legitimidad. En cambio no debe obstar a la legitimación la circunstancia de que el hijo haya sido adoptado por un tercero.
2. Que tampoco podrán ser legitimados los hijos ilegítimos que no reúnan la condición legal de naturales.

Estudiemus esta consecuencia en su derivación tripartita.

- a) Hijos adulterinos: Es de notar que la evolución histórica del instituto excluye desde un principio la legitimación de los hijos adulterinos, dado que aunque medie el arrepentimiento, este no puede sanar un hecho que ha violentado fuertemente el principio fundamental de la santidad en el matrimonio. En la doctrina se presentan, además los siguientes argumentos contrarios a la legitimación de estos hijos:
1. El esposo víctima del adulterio, sufre, no cabe duda un desgarró moral, aun mayor por la rehabilitación del delito, que implica la legitimación de los hijos fruto del mismo.
 2. Los hijos legítimos nacidos del primer matrimonio, por el hecho de la legitimación de sus hermanos adulterinos, se encontraran como herederos que comparten la herencia del padre común.
 3. Esos mismos hijos recibirán un daño moral al tener que recibir como hermanos legítimos a los nacidos por violación de la fidelidad entre sus padres.

4. La legitimación de los hijos adulterinos viene a constituir un estimulante para el adulterio. El sentimiento público de reprobación hacia el adulterio viene en auxilio de la conciencia moral y contribuye a impedir algunas caídas, pero es evidente que si se admite la legitimación de los hijos adulterinos, ese sentimiento de reprobación queda suavizado y entonces se da el caso de que el mismo adulterio actúa como preparación para constituir un nuevo hogar regular. El peligro es grave para la estabilidad de las familias y para el orden social.

Estos argumentos pesaron fuertemente en el ánimo de los legisladores y al actualizarse todo el movimiento de la codificación, se estamparon en los Códigos declaraciones, que con más o menos claridad, prohibieron la legitimación de los hijos nacidos de la infidelidad conyugal.

b) Hijos incestuosos: Los mismos fundamentos que movieron al legislador para prohibir la legitimación de los hijos adulterinos para la de los hijos nacidos en incesto de sus padres. Un principio de razón aconseja evitar que los dispositivos legalizadores puedan revalidar una situación contraria al orden de la naturaleza. Pero quizá la doctrina ha cuidado en los últimos tiempos de distinguir si entre los padres existe un lazo de parentesco o afinidad de tal naturaleza que el matrimonio resulte completamente imposible no cabra, desde luego, la legitimación, por lo menos la matrimonial, puesto que no puede existir el matrimonio: pero si el impedimento debido al parentesco o a la afinidad puede obviarse por dispensa, entonces debe darse un tratamiento jurídico diferente.



- c) Hijos sacrílegos. Si los hijos nacidos del incesto o infidelidad matrimonial quedan en principio excluidos de los beneficios de la legitimación, también deben serlo los habidos de un clérigo o profeso en órdenes religiosas. Al grave pecado de escándalo que su mismo nacimiento entraña se añadiría entonces el asombro de las gentes que observan el criterio riguroso de la iglesia en orden al celibato.

Quizá porque en otros tiempos las costumbres fueron más flexibles, se aplicó el precepto de la legislación de Partidas, según el cual podían ser legitimados él hombre que sea libre quiere ser fijo de clérigo o lego. Nuestro Código Civil, sin embargo es terminante sobre el particular y no cabra por consiguiente la legitimación de los hijos sacrílegos, por lo menos acudiendo a la legitimación normal del subsiguiente matrimonio.

- d) Los hijos naturales presuntos: Los tratadistas discuten sobre el particular, pero dice De buen, seguido por otros autores de particular ilustración, que una interpretación benévola parece favorable a la posibilidad de legitimar a estos hijos naturales presuntos. Desde luego en estos casos la legitimación sólo puede tener lugar por concesión real.

4.2. Hijos ilegítimos

El lazo fisiológico o natural que la procreación establece entre el padre y su hijo, habido en relaciones incestuosas, adulterinas o sacrílegas, no puede traducirse en plano jurídico, en una situación pura de reconocimiento, a la manera como se verifica cuando

de la relación estrictamente natural se trata. De ahí una primera distinción entre los hijos ilegítimos; aquellos ilegítimos en sentido absoluto, que en ningún momento pueden ostentar un estado de familia frente a sus progenitores en la sociedad, que el Derecho español denomina hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales e hijos ilegítimos en quienes concurre esta condición, que a su vez pueden ser reconocidos o no reconocidos, distingamos pues.

a) Hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales: Con respecto a ellos no es posible hablar de reconocimiento que diere lugar a una relación de familia. En su consecuencia no pueden llevar los apellidos de sus progenitores, dado que nuestro Código habla de que solo tendrán derecho a alimentos, no adquieren la nacionalidad del padre, no están sujetos a la patria potestad, ni tienen por tanto el domicilio de sus padres. Los únicos derechos, pues que ostentan tales hijos son los de reclamar alimentos.

Características especiales de ese derecho alimenticio. Respecto del mismo hagamos las consideraciones siguientes: a) Este derecho de alimentos no surge porque el orden jurídico conceda a los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales un estado familiar, sino por una simple consecuencia derivada del mismo hecho de la generación.

a) Este derecho de alimentos es, transmisible a los herederos del padre natural obligado a prestarlos y subsiste hasta que los hijos lleguen a la mayor edad o en su caso mientras dure la incapacidad.



b) La interpretación histórica del basamento doctrinal de la institución confirmó la pretensión alimenticia como un derecho contra la fortuna del padre vivo, cuya obligación se transmite por su muerte a los herederos. También impone el Código español a los padres la obligación de costear a sus hijos ilegítimos no naturales la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio.

Pocos comentarios suscita este precepto como no sea aplaudir al legislador español por la disposición humanitaria y de utilidad que la misma encierra. Ya que no tienen un derecho sucesorio, porque no pueden disfrutar como los demás hijos de los bienes de la herencia, lo menos que puede pedirse es que se les coloque en condiciones de poderse ganar por si mismos lo necesario para un vivir honrado y tranquilo. Lo moral lo aprueba, la política general del estado lo demanda, y el orden jurídico lo sanciona en méritos de humanidad y justicia.

4.3. Hijos extramatrimoniales de mujer casada

Para poder entender este tema me permito establecer un concepto sobre filiación, lo cual debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo; al respecto “Puede definirse la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra”¹⁹. En el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo.

¹⁹Ob.cit t II. Pág. 342.



La filiación constituye un estado jurídico, a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, son hechos jurídicos y agrega: “Por lo que se refiere a la filiación, encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone demás otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estado que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre con el estado de minoridad o de mayoría de edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón”²⁰.

Clases de filiación. Los preceptos de la ley de cada país determinan las clases de filiación. Fundamentalmente, el matrimonio es el término de referencia. Es decir, se parte de la relación surgente por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio.

Conforme a las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse que dicha ley reconoce las siguientes clases de filiación:

1. Filiación matrimonial: la del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable (Art 199)
2. Filiación cuasi matrimonial: la del hijo procreado fuera de matrimonio o de unión de hecho no declarada y registrada (Art 182)

²⁰Rojina Villegas. Ob cit t.1.pág. 286



3. Filiación extramatrimonial: la del hijo procreado fuera de matrimonio o de unión de hecho no declarada y registrada (Art. 209 y 182)
4. Filiación adoptiva: la del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que la adopta (Art. 228)

Filiación Extramatrimonial: Por filiación natural (llamada extramatrimonial) se entiende como "el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio"²¹ Necesariamente, no basta la existencia del vínculo sanguíneo o familiar, ese vínculo debe constar fehacientemente, es decir, en el registro civil, ya por voluntad de los interesados (reconocimiento voluntario) ya mediante resolución (sentencia) judicial.

Reconocimiento: Tratándose de la paternidad natural, no hay base en el derecho español para establecer presunciones legales como las que existen para la filiación legítima, la única forma de determinar y constatar aquella es el reconocimiento propiamente dicho, tiene lugar cuando el padre o la madre, conjunta o separadamente, hacen constar en forma legal que han tenido un hijo fuera de matrimonio, designándolo como tal. El llamado reconocimiento forzoso tiene lugar cuando, a petición del hijo, y en los casos determinados por la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesta a los padres.

Si existe matrimonio, el hijo tiene a su favor la presunción legal de paternidad. El marido es el padre del hijo, mientras no sea reconocido por el padre (reconocimiento

²¹Ob cit. t.1. Pág. 194

voluntario) a falta de ese acto, se produce una reversión de la situación, debe probarse judicialmente la paternidad (reconocimiento forzoso). En cualquier forma, los hijos procreados fuera de matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio (y por supuesto tienen los mismos deberes y obligaciones); sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge (Art 209).

Debe tenerse presente que cuando la filiación no resulta del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres se establece y se prueba, con relación a la madre, por el sólo hecho del nacimiento y con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declara la paternidad (Art. 210), precepto que, como puede verse, y resulta lógico, atribuye plenamente la maternidad por el solo hecho del nacimiento, y reconoce las antedichas dos clases de reconocimiento de la paternidad (Art. 242) Por supuesto no queda excluido el caso excepcional de que la madre reconozca al hijo, o bien se demande la declaración de maternidad (por ejemplo, si no consta quién es la madre en la partida correspondiente del registro civil).

Reconocimiento voluntario: Esta clase de reconocimiento es denominada también reconocimiento propiamente dicho, por la directa y voluntaria intervención del padre en la formalización del acto, ajena a cualquier participación extraña. El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación.



Reconocimiento forzoso: Se le denomina también reconocimiento judicial o reconocimiento por declaración judicial y tiene lugar cuando, a petición del hijo y en los casos determinados por la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesta a los padres.

El hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir, en la vía judicial, que se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él, dispone el artículo 220 del Código Civil.

Es así entonces que los hijos extramatrimoniales de mujer casada es un tema bastante controversial en virtud de que dichos niños generalmente son discriminados por el padrastro cuando la madre adquiere un nuevo hogar y como consecuencia en la mayoría de los casos, no se les trata como a los hijos propios, negándoles oportunidades tales como la educación, alimentación y demás; sino que también hasta puedan llegar a sufrir algún maltrato físico psicológico y emocional.

Estos niños, si bien es cierto, podrán gozar del derecho de alimentos por parte del padrastro puede ser que no tengan acceso a una educación y tampoco podrán gozar de tener derecho en todo caso a la sucesión intestada, porque no existe grado de consanguinidad con la figura del padrastro y por otro lado sino están reconocidos por parte del padre biológico tampoco tienen derecho a una pensión de alimentos por ese lado ni a una sucesión intestada, lo cual lo hace prácticamente sin ningún respaldo jurídico y sin ningún goce de las garantías constitucionales individuales para las personas.



Sin mencionar los problemas psicológicos y emocionales consecuentes de este problema social ya que son niños que se sienten rechazados en la sociedad y crecen con ciertos traumas y problemas de falta de identidad, lo cual los hace ser personas inseguras, resentidas amargadas con ellos mismos y con la sociedad refugiándose en problemas sociales, e integrando maras, y hasta convertirse en delincuentes ya que los hijos nacidos de hogares desintegrados o la falta de figura paterna es uno de los problemas que ha dado lugar a la delincuencia y maras.

4.4. Hijos extramatrimoniales de hombre casado

Se entienden por hijos extramatrimoniales, aquellos que nacen fuera del matrimonio de hombre casado, pero a diferencia de los hijos extramatrimoniales de mujer casada, éstos pueden tener más ventajas; ya que económicamente están protegidos porque el padre siempre va a velar por sus hijos procreados fuera o dentro del matrimonio, además para la ley los hijos de matrimonio o extramatrimoniales del hombre gozan de iguales derechos, llevan el nombre y apellidos completos del padre, tienen todos los derechos de ser alimentados, mantenidos y educados, a recibir instrucción, gozan de los beneficios de las obligaciones derivadas de la patria potestad. Y sobre todo tiene derecho de sucesión sin distinción de los hijos de matrimonio.

Si bien es cierto, estos niños van a tener la protección y la figura paterna también; lo más probable es que sufran traumas psicológicos al no gozar del cariño y del calor de la madre biológica, si ésta pierde la custodia por alguna de las causales contempladas en nuestra legislación; ya que a la edad de cero a siete años se forma la personalidad de

los mismos. Las carencias en este caso, tal vez no van a ser económicas o materiales pero si espirituales y de afecto. Lamentablemente en nuestra sociedad sucede con mucha frecuencia, porque tenemos muchas familias desintegradas y los que más sufren por la inmadurez de los padres, son los hijos.

Se ha podido comprobar que un niño que crece en una familia integral, que es amado y estimulado se desenvuelve y se desarrolla más; mientras que un hijo que crece en un hogar desintegrado puede llegar a tener secuelas que van a desencadenar comportamientos de timidez, miedos, inseguridad y hasta violencia

4.5. Igualdades

Existen igualdades que se pueden dar con los hijos extramatrimoniales de mujer casada y hijos matrimoniales, por ejemplo, el derecho a obtener un nombre, una educación digna y tener las mismas oportunidades dentro de la sociedad, el problema que surge es que vivimos en una sociedad machista, entonces tiende a que el hijo extramatrimonial puede sufrir discriminación en cuanto a los hijos matrimoniales, por no ser hijo del mismo padre, ya que no es reconocido por el padre biológico, teniendo solo los apellidos de la madre; como consecuencia esto le genera un rechazo y trauma al niño.

Si la mujer no genera recursos económicos dentro del hogar, los hijos extramatrimoniales no reciben la misma educación que los hijos del matrimonio, excluyéndolos muchas veces de actividades y oportunidades, así como perder el



derecho de recibir una pensión de alimentos por parte del padre biológico. Otra de las cosas importantes es que no tendrá derecho a la sucesión intestada si no ha sido reconocido porque para que tenga derecho el niño extramatrimonial a la sucesión intestada del padrastro este debió haber sido reconocido por él.

Es difícil para un hijo extramatrimonial, el hecho de no tener la misma oportunidad e igualdad que los hijos nacidos dentro del matrimonio, dependiendo mucho de la madre para que el hijo pueda tenerlas o pueda sentir discriminación y rechazo en su entorno y dentro de la sociedad.

4.6. Desigualdades

Desde el punto de vista de los hijos extramatrimoniales de mujer casada, existen muchas desigualdades y desventajas en cuanto a las garantías individuales de los derechos del niño que se puedan dar, por ejemplo podemos citar, que en principio el menor no ha sido reconocido por el padre biológico, perdiendo así su derecho a un apellido, a una pensión de alimentos; lo cual también le puede afectar ya que si no ha sido reconocido probablemente tampoco tenga derecho a una educación digna, a ser heredado o a obtener un legado y tales desigualdades no se dan con los hijos nacidos dentro del matrimonio, porque éstos si tienen el derecho al apellido, a ser alimentados, a ser herederos y la oportunidad de ser educados en forma diferente a la de los hijos extramatrimoniales.



En nuestra sociedad tan machista tiende a que el hijo extramatrimonial casi siempre es discriminado y rechazado, generalmente por los miembros de la familia, en la escuela, colegios, y en la sociedad cuestión por la que se llega a la conclusión que si existen muchas desigualdades en cuanto a los derechos individuales de los hijos nacidos en forma extramatrimonial de mujer casada.

CAPÍTULO V

5. Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas

Muchos países cuentan con instrumentos legales que protegen a la familia, especialmente la paternidad y filiación extramatrimonial, pero en Guatemala no existen, los hijos nacidos fuera de matrimonio de mujer casada no cuentan con el apoyo, reconocimiento ni cuidado del padre biológico, situación que perjudica a los menores, ya que sufren de cualquier discriminación, violando sus intereses y sus derechos; limitándolos muchas veces vivir dentro de una familia integrada.

La prohibición de que el padre reconozca a los hijos procreados con mujer casada con otra persona, trae como consecuencia daños jurídicos, psicológicos, económicos y perjuicios para el bienestar de los menores de edad, ya que indirectamente el Estado fomenta la paternidad irresponsable; lesionando los derechos consagrados a favor del niño y provocando desigualdad en los hijos procreados en estos casos. La Constitución Política de la República de Guatemala, establece como garantía y como principio constitucional la igualdad de todas las personas sin ninguna distinción; asimismo, hace referencia a que todos los hijos son iguales y tienen los mismos derechos, no importando si nacieron dentro o fuera de matrimonio o unión de hecho legalmente declarada, siendo punible toda discriminación al respecto.

En este capítulo se trata de determinar las consecuencias jurídicas que afectan a los hijos nacidos fuera de matrimonio de mujer casada.

5.1 Derecho a un nombre

El nombre es la forma de identificar a una persona dentro de la sociedad y es como se encuentra inscrito en el Registro Civil del Registro Nacional de las Personas, el cual se compone de nombre de pila y apellidos de los padres casados o si fuera el caso de la madre soltera con los dos apellidos de esta.

El nombre es la forma de identificarnos dentro de una sociedad, por lo tanto un nombre sirve para denominar a las cosas y a las personas, a nuestro ambiente general, hay nombres para todo lo que está vivo y para lo que no lo está.

Un nombre tiene una historia, un sentido, un nombre viene de alguna parte. Al principio se designaba a una persona mediante un nombre pero este nombre se apagaba con ella, sus hijos no lo heredan.

El apellido era el apelativo que se atribuía a la persona, lo llamamos un cognomen, así el apellido tiene su origen en el lugar donde vivía la persona, la profesión que practicaba o incluso una característica física.

Es importante tener un nombre, gracias a esto los demás saben quienes somos, de dónde venimos y quienes son nuestros padres. Podemos y debemos estar oficialmente registrados por los servicios del Estado con el fin de poder ir a la escuela, gozar de los servicios de salud y solicitar el pleno goce del conjunto de nuestros derechos en tanto seres humanos y ciudadanos.

En muchos países, los servicios del estado civil tienen fallas y los niños no tienen existencia legal por lo tanto a los ojos de la ley no tienen nombre. Entonces, se encuentran en gran peligro de ser ilegalmente explotados, ya sea por el trabajo, la prostitución y los tráfico de todas clases.

Es imperativo que los niños de todas partes del mundo sean declarados desde su nacimiento, porque desde ese momento y a partir del cumplimiento de esta formalidad, sus países deberán garantizarles el conjunto de los derechos que les reconoce la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Es importante el derecho del niño a tener un nombre como derecho individual de la persona como garantía constitucional así como uno de los muchos derechos que tiene el niño para ser reconocido y tener una familia y tener un rol dentro de la sociedad para poder desarrollarse en el sentido de que sea tutelar de derechos y obligaciones dentro de la sociedad en un estado determinado. El nombre refiere o tiene que ver con identidad ya que identifica a una persona y también deviene el derecho del niño a tener una filiación, eso quiere decir el lazo que une a una persona con sus padres para poder gozar de una familia. Es el derecho que tiene una persona a ser identificada e individualizada dentro de una sociedad.

La definición legal se encuentra en el Artículo 4 del Código Civil. Identificación de la persona. La persona individual se identifica con el nombre con que se inscribe su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de

sus padres casados o del de sus padres no casados que la hubieren reconocido. Los hijos de madre soltera serán inscritos con los apellidos de ésta.

5.2. Pensión por alimentos

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento propiamente dicho (la comida), el alojamiento, el vestido y la asistencia médica.

También se incluye dentro de los alimentos, la educación e instrucción cuando se establecen a favor de menores de edad. Están obligados a prestarse alimentos los cónyuges entre sí y a los hijos. La obligación de satisfacer alimentos viene impuesta por la sentencia de Juicio de Alimentos en la vía oral impuesta por el juez de primera Instancia del ramo de familia y en ella se fija a la persona que está obligada a satisfacer los alimentos, la cantidad, las bases así como también la forma de pago y el período generalmente nuestra legislación establece que hasta que el menor de edad cumpla los dieciocho años por ejemplo.

La cuantía de la pensión de alimentos depende de dos circunstancias: de los ingresos de la persona que está obligada a satisfacerlos y de las necesidades del alimentista o sea del beneficiario.

Al contrario que en otros países europeos, no existe ningún parámetro para fijar la cuantía en la pensión de alimentos puede por tanto fijarse una cuantía concreta conforme al criterio del juez y dentro de los márgenes de la ley. Posteriormente esta

cantidad podrá también aumentarse o disminuirse judicialmente en función de las necesidades del alimentista y el incremento o disminución de los recursos económicos y las cargas económicas del obligado a satisfacerlas o sea el alimentante.

La modificación de la cuantía de la pensión debe hacerse mediante el correspondiente procedimiento judicial de modificación de medidas será efectiva hasta que recaiga sentencia firme. Ello supone que el cónyuge que debe satisfacer alimentos a los hijos, no puede modificar por sí mismo la cuantía porque sus ingresos hayan experimentado una reducción; ha de solicitarlo judicialmente.

La obligación de prestar alimentos termina:

1. Por la muerte del alimentista.
2. Cuando aquél que los proporciona se ve imposibilitado a continuar prestándolos o cuando termina la necesidad del que los recibía.
3. En el caso de injuria, falta daño grave inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos.
4. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas.
5. Si los hijos menores se casaren sin el consentimiento de los padres.

En el caso que los padres no estén casados, los hijos pueden solicitar ser alimentados ya que los derechos y las obligaciones de los padres con respecto a los hijos son los mismos, tanto si la filiación es matrimonial o extramatrimonial.

Pueden regular mediante convenio todas las cuestiones relativas a las medidas paternas filiales (guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos, uso de la vivienda familiar, etc.) pero al tratarse de cuestiones de orden público necesita la aprobación judicial ya que, si no se realiza así, en caso de incumplimiento no podrá solicitar la ejecución de las medidas acordadas.

Sabemos que una de las consecuencias al no pagar la pensión de alimentos podría dar lugar al beneficiario a un procedimiento de ejecución y en su caso el embargo de bienes del obligado, en todo caso como es un delito de Negación de Asistencia Económica podría certificarse lo conducente penal al Ministerio Público e iniciar una acción penal en contra del obligado por el delito ya mencionado y en consecuencia se ganará una orden de aprehensión contra el obligado.

La definición en la legislación se encuentra en el Capítulo VIII del Código Civil. Que establece: Artículo 278. La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad. En este tema de investigación los hijos de mujer casada se les viola este derecho ya que no se cumple, en virtud de que los padres biológicos no pueden reconocer al hijo, por lo tanto se les vela este derecho, tanto al padre para proporcionar alimentos como para el hijo recibirlos.

Artículo 279 del Código Civil. Los alimentos han de ser proporcionados a las circunstancias personales y pecuniarias de quien los debe y de quien los recibe, y serán



fijados por el Juez, en dinero. Es importante señalar que este artículo hace énfasis en que la pensión debe fijarse en dinero dependiendo la capacidad económica del obligado para lograr cubrir todas las necesidades de quien los recibe.

Artículo 280 del Código Civil. Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista, y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. Es importante señalar que en nuestra realidad social se fijan pensiones de alimentos, por una cantidad menor de trescientos quetzales mensuales y aun así los padres pretenden disminuir las pensiones alimenticias, esto afecta a los hijos con derecho a recibir dicho beneficio, especialmente los de mujer casada, ya que no tienen las mismas oportunidades; por la desigualdad ya se les limita en sus derechos constitucionales de ser alimentados de una forma decente y de tener un techo, una educación digna y todos los derechos que la Constitución de la República de Guatemala, establece en relación a la familia.

Artículo 281 del Código Civil. Los alimentos sólo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades. Es importante establecer que debido al alza de la canasta básica una pensión de alimentos tiene que ser racionalmente cuantitativa para que logre satisfacer las necesidades del alimentista.

Artículo 282 del Código Civil. No es renunciable ni transmisible a un tercero, ni embargable, el derecho a los alimentos. Como la Ley indica al menor no se le puede vedar el derecho a la pensión de alimentos, ni que estos derechos sean embargables.

Atendiendo al interés superior del niño establecido en el Artículo 12 de la Convención de derechos del niño, los padres son los encargados de velar que el hijo obtenga todo lo necesario para vivir en un entorno digno, decente para poder desarrollarse como ser humano; en el caso de los hijos de mujer casada se le limita este derecho desde el momento que el padre biológico no puede reconocerlos, por lo tanto, no puede velar por el cuidado de su hijo en una forma adecuada, proporcionarle un trato afectuoso, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, tanto física, moral e intelectual en la medida de sus posibilidades, a diferencia de los hijos de matrimonio que siempre obtienen estos beneficios que se deriva de este entorno.

Artículo 283 del Código Civil. Personas obligadas. Están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos. Cuando el padre por sus circunstancias personales o pecuniarias, no estuviere en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos la madre tampoco pudiere hacerlo, tal obligación corresponde a los abuelos paternos de los alimentistas, por todo el tiempo que dure la imposibilidad del padre de éstos.

Como se establece también los abuelos paternos están obligados a prestar los alimentos, en el caso de los hijos de mujer casada, esto es imposible, ya que generalmente la familia del padre no está enterada de la existencia del hijo, cuando éste es concebido fuera del matrimonio y si lo saben, no permiten que el menor sea protegido como los hijos de matrimonio, por tal desigualdad y discriminación, los hijos extramatrimoniales de mujer casada sufren violaciones a sus derechos en todos los aspectos; siendo necesario que la madre busque ayuda profesional e integral para ella



y sus hijos, porque es importante cubrir las necesidades económicas, familiares, culturales y sociales, que se le violan por no estar reconocidos por el padre biológico; y que el niño crezca con un perfil psicológico normal dentro de su contorno.

5.3. Herencias y legados

La herencia, representa el conjunto de derechos y deberes que por la muerte de una persona se transmite a sus sucesores. El término herencia se emplea también, en una acepción más restringida, para designar el resultado económico que adquiere el sucesor después de que hayan sido pagadas las deudas del causante. A este conjunto patrimonial se le llama también haber hereditario.

La acepción amplia, sin duda la más propia, quiere manifestar que el derecho presta al conjunto de relaciones activas y pasivas que han quedado vacantes por la muerte de su titular el tratamiento de una cierta unidad patrimonial, a fin de que se pueda hacer efectiva sobre los bienes que la componen la responsabilidad por las deudas que también en ella se integran.

En este sentido puede afirmarse que los bienes relictos están en primer lugar, afectos al pago de las obligaciones relictas y sólo en segundo lugar destinados a engrosar el patrimonio de los herederos y legatarios.

La voluntad de la ley en la continuación de las relaciones jurídicas del fallecido explica que la herencia todavía no aceptada (herencia yacente) sea tratada, en ciertos



aspectos, como si de una persona jurídica se tratase en la ejecución de las relaciones jurídicas que la integran, así como que pueda consolidar derechos por usucapión y perderlos o ganarlos por prescripción. Forman parte de la herencia todos los derechos patrimoniales, así como las deudas que pertenecieron al causante, pero también las acciones de reparación de daños referidos al honor, libertad e integridad física del causante, el ejercicio de algunos derechos morales de la propiedad intelectual y ciertos derechos que aún siendo personalísimos mantienen efectos reflejos que no se extinguen con la muerte de su titular.

Pueden darse los siguientes supuestos: herencia sin diferir, en el caso de que el causante no haya muerto todavía, o no se haya cumplido con la condición suspensiva que el testador hubiese impuesto, por ejemplo, si el testador dispone: Andrés será mi heredero cuando cumpla treinta años. La herencia se denomina yacente cuando está ya diferida, pero aún no ha sido aceptada por el heredero. Se denomina herencia aceptada cuando el heredero ha expresado su voluntad de hacerla suya, y vacante, cuando ha sido renunciada por la persona que tuviese derecho a ella.

La llamada herencia yacente, presenta un problema relativo a la interrupción en la pertenencia de la herencia, ya que media un intervalo entre la muerte del causante y la aceptación por el heredero. Hoy existe el principio de la retroactividad de la aceptación, al momento de la muerte del causante, no produciéndose interrupción en la pertenencia de la herencia.



El heredero o el llamado a suceder, tiene el derecho de aceptar o de repudiar la herencia. La aceptación es un acto por el cual la persona a cuyo favor se concede una herencia por testamento, hace conocer su resolución de tomar la calidad de heredero y de cumplir las condiciones que tal carácter impone.

La repudiación es el acto en virtud del cual el llamado a la sucesión declara formalmente que rehúsa la herencia a su favor.

La aceptación de la herencia es voluntaria, excepto que el que repudie lo haga en fraude de sus acreedores, en este caso, los acreedores podrán aceptarla en nombre del deudor, hasta el importe de los créditos.

Los herederos que oculten o sustraigan algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir con sus actos. Existe la llamada aceptación a beneficio de inventario, que consiste en el derecho, concedido por la ley a los herederos, para aceptar la herencia con la protesta de no responder de las obligaciones del finado, sino hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios. Lo cual podemos establecer en lo regulado en el Artículo 920 del Código Civil, que establece que el heredero sólo responde de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de ésta.

La herencia a beneficio de inventario puede aceptarse aunque el testador lo haya prohibido, pero el heredero que acepte esta herencia debe ser asesorada sobre las consecuencias que conlleva aceptar. Para aceptar la herencia en estas condiciones,



debe efectuarse un inventario fiel y exacto a todos los bienes de la herencia. Por ejemplo el heredero podría aceptar una herencia valorada en dos millones, pero luego encontrarse que las deudas del causante ascendían al doble. En caso de haberla aceptado ciegamente, se vería obligado a pagarlas de su peculio.

Existe el llamado derecho de acrecer, que consiste en que un heredero puede recibir la porción vacante de otro copartícipe en la herencia o en el legado. Ejemplo: Si el testador A nombra herederos suyos a B y C coherederos y llegado el momento de aceptar, el coheredero B ha fallecido sin sucesión o se niega a aceptar su parte el otro coheredero C, puede reclamar la porción correspondiente a B. El derecho de transmisión es la facultad que tiene el heredero, aunque no haya llegado.

5.3.1. Heredero

Es el sujeto que va a suceder al fallecido, tanto en los bienes y derechos como en las deudas o cargas de la herencia. Es decir, quien sucede a título universal en todas las relaciones jurídicas transmisibles que deja vacantes el causante.

Una persona puede ser llamada a la herencia en virtud de testamento o contrato sucesorio, o bien por la ley, a falta de voluntad expresa de una forma válida por el causante.

El llamado derecho a la herencia adquiere su sentido en el momento mismo de fallecer el causante, puede aceptarla o repudiarla. Si la acepta, los efectos de tal aceptación se



entienden por la ley producidos desde el momento mismo de la muerte del causante, si repudia el llamamiento se le considera al heredero nombrado como si no hubiese sido convocado. La herencia puede ser aceptada de una forma simple o a beneficio de inventario, es decir incorporando todas las relaciones transmisibles del causante (activas y pasivas) al patrimonio del heredero, o manteniendo separado el patrimonio del causante respecto del de heredero hasta que aquel se haya liquidado, incorporándose al haber del heredero tan sólo el resultado positivo de la liquidación.

El heredero no es puro adquirente de bienes y derechos que pertenecían al causante, es más bien un liquidador de las situaciones que dejó pendientes el causante y según los casos un favorecido con el haber neto, pues lo que interesa al derecho no es tanto la transmisión de bienes, sino también en primer lugar el mantenimiento de la seguridad jurídica, de forma que la muerte de una persona destruya las menos relaciones jurídicas posibles situando al heredero en la posición que tenía el causante sin modificación alguna de la relación jurídica preexistente. Por ello la sucesión asumida por el heredero se denomina universal. Por eso es que sucesor significa poner a una persona en lugar de otra para que no se extingan los derechos y obligaciones del fallecido.

5.3.2. Legado

En su origen su objetivo consistía en realizar atribuciones del caudal hereditario a título particular, una especie de regalo que hace el testador para después de su muerte y que ha de pagar o entregar el heredero.

El legatario es un simple adquirente de derechos patrimoniales y en esta adquisición agota todas sus relaciones con el heredero o la sucesión del causante, no constituye un cargo sucesorio, lo que es característica exclusiva del heredero. El legatario por lo general requiere del heredero para la eficacia de su derecho, y por ello se le concede acción contra éste cuando no cumpla de forma voluntaria con lo ordenado por el causante en su testamento.

5.3.3. Definición de legado

El Código Civil en el Artículo 1002 define el legado así: El testador puede disponer de una cosa, o de una cantidad, o del todo de una parte de sus bienes, a título de legado, a favor de uno o más personas individuales o jurídicas. El mismo Código en el Artículo 1003, nos señala qué es un legatario: legatario es la persona a quien se da algo por testamento, conforme el artículo anterior aun sin ser instituirlo heredero.

5.4. Consecuencias jurídicas

Es necesario puntualizar que definitivamente el hecho de que existan los hijos extramatrimoniales de mujer casada, sufren consecuencias trascendentales en su vida de carácter moral, económico y jurídico, ya que por supuesto que existen desigualdades en comparación a los hijos habidos dentro del matrimonio.

Los hijos extramatrimoniales de mujer casada tienen una desventaja ya que en principio y en la mayoría de los casos estos niños no han sido reconocidos por el padre

biológico, solo llevan los apellidos de la madre y que conlleva a no tener el derecho a una identidad, a una filiación y lo más importante de solicitarle al padre una pensión alimenticia, ya que para tener este derecho primero tiene que reconocerse la paternidad y luego fijar la pensión alimenticia.

Atendiendo a lo anteriormente establecido los hijos extramatrimoniales de mujer casada generalmente dependen económicamente, en muchos casos de un tercero; ya que al padre biológico no se le puede exigir legalmente, perdiendo así el menor muchas veces las necesidades mínimas, la educación por ejemplo que se le brindan a los hijos de dentro del matrimonio. Lo cual viene a ser una consecuencia ya que es probable no reciba una educación digna porque las posibilidades de la familia, no son suficientes.

También es importante señalar como consecuencia jurídica es la sucesión hereditaria ya que por parte del padre biológico, estos niños no pueden tener derecho a sucederle al padre en virtud de que no hay filiación, por no ser reconocidos legalmente y por el otro lado, si existiera la figura de un padrastro, puede ser que si exista la oportunidad de disfrutar del patrimonio de la familia; pero solo si es la voluntad de éste ya que no existe obligación en virtud de que no tiene inscritos sus apellidos y por lo tanto también no tendría el derecho a sucederle, estando desprotegido por ambos lados.

El infante nacido de forma extramatrimonial de la mujer casada pierde muchas de las garantías individuales y constitucionales, tales como tener un apellido, filiación, alimentos y porque no decirlo al derecho de sucesión, pero sobre todo la falta de seguridad, estabilidad, apoyo y de cariño que un padre proporciona con la connivencia



diaria, que es tan importante para su desarrollo y crecimiento. Al no tener estos derechos, notará las desigualdades que puedan darse en comparación a sus hermanos, que son nacidos de matrimonio quienes seguramente crecerán con más oportunidades en la vida.



CONCLUSIONES

1. El Estado de Guatemala, ha ratificado convenios internacionales, sin embargo, se siguen violando los derechos de los hijos extramatrimoniales de mujer casada, porque la ley no permite que el padre biológico lo reconozca, creando problemas de filiación y de identidad por no gozar de la protección paternal incluso la debida protección legal, tan importante en el desarrollo integral de un niño.
2. Es importante señalar como consecuencia jurídica que la misma ley crea padres irresponsables, al no permitir al padre biológico reconocer legalmente a los hijos atribuyendo la maternidad a una mujer casada, porque no le permite cumplir con las obligaciones de filiación que tiene sobre el hijo; negándole todo derecho que podría adquirir si fuera hijo de matrimonio.
3. El Estado de Guatemala, teniendo conocimiento de hijos extramatrimoniales de mujer casada, no procura una forma legal para que el padre biológico pueda reconocerlos; ya que la mujer casada que procrea hijos extramatrimoniales tiene impedimento legal, según el Artículo 215 segundo párrafo del Código Civil, pero el padre casado si puede reconocer a los hijos fuera de matrimonio.





RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, a través de sus instituciones impulse programas de orientación, sensibilización y fomento familiar a las mujeres para que conozcan los derechos y obligaciones frente a la separación y no disolución del matrimonio, evitando así en lo posible que existan los hijos extramatrimoniales, quienes desde su nacimiento sufren de discriminación y desigualdad.
2. La Procuraduría General de los Derechos Humanos, debe realizar investigaciones desde el origen y desarrollo de la familia, los principios jurídicos del matrimonio, leyes que rigen en cuanto a la separación, divorcio, la legislación sobre los hijos extramatrimoniales; la desigualdad jurídica de los hijos extramatrimoniales de mujer casada; enunciando, cuales son las consecuencias jurídicas contenidas dentro de la legislación guatemalteca.
3. El Organismo Legislativo, debe reformar el segundo párrafo del Artículo 215 del Código Civil de la siguiente forma: El padre biológico podrá reconocer hijos procreados con mujer casada con otra persona, si existe acta de separación de cuerpos y el nacimiento del hijo se haya producido 365 días después de iniciada la separación o el marido haya impugnado la paternidad, obteniendo la sentencia firme.





BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca de Consulta Microsoft. ® **En carta** ® 2005 © 1993-2004 Microsoft Corporation.
Reservados todos los derechos, 2005.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 6t. Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta S.R.L., (s.f.)

CASTAN TOBEÑAS, José. **Hacia un nuevo derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1933.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. 5ta. 9ª. ed.; revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castan. Madrid, España: Ed. Reus, 1976.

Compendio de Derecho Civil, tomo IV. **Derecho de familia**. Madrid, 1960.

DE CASTRO BRAVO, Federico. **Compendio de derecho civil, derecho de familia;** tomo IV. Madrid, 1960.

Diccionario Jurídico Espasa. 1t. 10 ed. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S. A., 2001.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Impresa en 31t. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Argentina, 1960.

ENGELS Federico. **El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado**. (Editorial Claridad, Buenos Aires, 1957.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1959.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al derecho y derecho civil**. Editorial Porrúa, 1973.

Legislación:

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

Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, 1969



Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño(a). Organización de las Naciones Unidas, 1990

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89, Congreso de la República de Guatemala, 1990.

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. Editorial ICCO, Holanda, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. 2003,

Ley de Tribunales de Familia. Decreto-Ley número 206. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 2010.