

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

**LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN NUEVO SISTEMA
DE DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BLANCA YOLANDA SANDOVAL CHINCHILLA

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Octubre de 1999

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

ECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
OCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
OCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
OCAL III:	Lic. William René Méndez
OCAL IV:	Br. José Francisco Peláez Cerdón
OCAL V:	Ing. José Samuel Pereda Saca
ECRETARIO:	Lic. José Luis De León Melgar

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

residenta:	Licda. Silvia Solórzano de Sandoval
ocal:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
ecretaria:	Licda. Ana de Jesús Ayerdi Castillo

Segunda Fase:

residenta:	Licda. Maura Ofelia Paniagua Corzantes
ocal:	Lic. Vladimir Rivera Montealegre
ecretario:	Lic. Carlos Humberto De León Velasco

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

4175-



Guatemala, 20 de septiembre de 1999

Lic.
José Francisco de Mata Vela
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de
Guatemala.
Ciudad Universitaria.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

23 SET. 1999

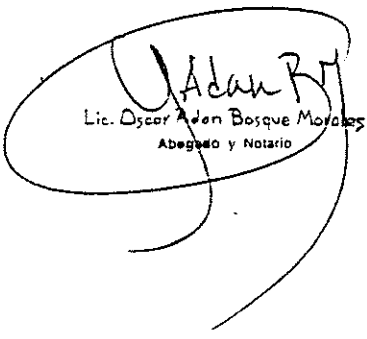
RECIBIDO
Horas: 13 Minutos: 50
Oficial:

Señor Decano

En atención a providencia emanada de esa Decanatura por medio de la cual se me nombró Asesor del trabajo de tesis denominado "LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN NUEVO SISTEMA DE DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL GUATEMALTECA", elaborado por la Bachiller Blanca Yolanda Sandoval Chinchilla, de manera atenta a usted le comunico lo siguiente:

- 1) Que analicé detenidamente el trabajo de tesis ya referido, el cual se efectuó bajo mi inmediata dirección y supervisión, indicándole a la Bachiller Sandoval Chinchilla las técnicas sobre la elaboración del trabajo, quien en el decurso del mismo estudia aspectos importantes relativos al divorcio; comunicándole que mi asesorada aceptó en todo momento las observaciones que yo le formulé.
- 2) En vista de lo anteriormente expuesto; para mi es una satisfacción haber cumplido con la misión que usted me asignó, poniendo en conocimiento de las autoridades de la facultad que el trabajo se desarrolló con diseño jurídico apropiado al tema.
- 3) Por lo anterior, recomiendo se le de el trámite respectivo para su posterior discusión en el examen general público de tesis.

Sin otro particular, atentamente,


Lic. Oscar Aden Bosque Morales
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

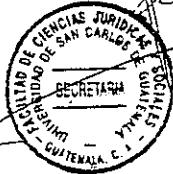


Alh.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES: Guatemala, veintiocho de
septiembre de mil novecientos noventa y
nueve.-----

Atentamente, pase al Lic. CARLOS HUMBERTO DE
LEON VELASCO para que proceda a REVISAR el
trabajo de tesis de la bachiller BLANCA
YOLANDA SANDOVAL CHINCHILLA Y en su
oportunidad emita el dictamen
correspondiente.-----

Alhj.





4438

Ciudad de Guatemala, 4 de Octubre de 1999.

01/10/99
[Handwritten initials]

Señor
DECANO FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
Licenciado José Francisco de Mata Vela.
su despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

- 6 OCT. 1999

RECIBIDO

Horas: 10 Minutos

Oficial: [Handwritten signature]

Respetable señor:

En atención a resolución de esa decanatura de fecha veintiocho de Septiembre del año en curso, por medio de la cual se me notifica revisar el trabajo de Tesis presentado por la Bachiller BLANCA YOLANDA SANDOVAL CHINCHILLA, denominado "LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN NUEVO SISTEMA DE DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL" y después de haber revisado dicho trabajo, y en cumplimiento de lo resuelto por ese Decanato, me permito emitir el Dictamen siguiente:

- a) La investigación que la Bachiller BLANCA YOLANDA SANDOVAL CHINCHILLA efectuó es meritoria, rebuscando en fuentes históricas y actualizadas un tema de actualidad; el cual señala en varias fases, tratando de llenar la totalidad del tema, tanto en el Derecho sustantivo como el Procesal, sin descuidar la parte doctrinaria, en la cual utiliza autores y tratadistas de tendencia humana, progresista y moderna.
- b) La bibliografía que utilizó es actualizada, y acorde con la temática para concluir con un proyecto de procedimiento especial, para aplicar el Divorcio, en lo cual contó con el aporte del Asesor.
- c) El trabajo se realizó conforme el reglamento de tesis en vigencia; y tomando en cuenta los planteamientos y señalamientos específicos efectuados por Asesor y revisor correspondiente se suprimió en el Título la palabra "Guatemalteca" por considerarla una tautología.
- d) Tomando en cuenta que el trabajo de tesis presentado por la Bachiller BLANCA YOLANDA SANDOVAL CHINCHILLA, es totalmente futurista, práctico y sencillo, y que de poder aplicarse en nuestra legislación determinaría un menor volumen de procesos en los Juzgados de Familia, y habiendo sido presentado de conformidad con el reglamento de tesis correspondiente, Es mi opinión que el presente trabajo de tesis puede ser aceptado para los efectos de graduación de su autora, y en consecuencia debe autorizarse su impresión.

Siendo el Dictamen anterior el único objeto de la presente, soy de Usted su deferente servidor:

[Handwritten signature]
Lic. CARLOS HUMBERTO DE LEÓN VELASCO.
ABOGADO Y NOTARIO.

cc. archivo.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
Zona 12
Guatemala, Centroamérica

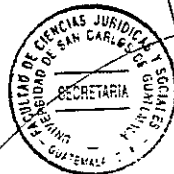
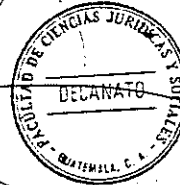


[Firma manuscrita]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, dieciocho de octubre de mil novecientos
noventa y nueve.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis de la bachiller BLANCA YOLANDA SANDOVAL
CHINCHILLA intitulado "LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR
UN NUEVO SISTEMA DE DIVORCIO EN NUESTRA
LEGISLACION CIVIL". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes
Técnico Profesional y Público de Tesis.-----

ALHJ.



[Firma manuscrita]

DEDICO ESTE ACTO

A DIOS:

Gracias por permitirme alcanzar esta meta.

A MIS PADRES:

Alfredo Sandoval González y
Alba Marina Chinchilla de Sandoval (†).

A MI ESPOSO:

Lic. Erick Misael Arroyo Castillo.

Por su constante apoyo y comprensión.

A MIS HIJOS:

Erick Misael, Omar Daniel, Eduardo Samuel y Jessica Paola Arroyo Sandoval.

A MIS HERMANOS:

David, Adolfo, Edgar, José, Flory, Aracely y Ody.

A MIS TIOS:

Blanca y Alberto Reyes Chinchilla.

AL SACERDOTE:

Antonio Mateo Trabadelo (†).

A MIS SUEGROS:

Lic. Misael Arroyo Espina.
Elsa Gilda Castillo de Arroyo.

A MI ASESOR:

Lic. Oscar Adán Bosque Morales.

A MI REVISOR:

Lic. Carlos Humberto De León Velasco.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Bendita y honorable casa de enseñanza que ha hecho de mí una profesional y cuyo nombre siempre mencionaré con respeto y orgullo.

INDICE

A NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN NUEVO SISTEMA DE DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL

Pag.

INTRODUCCION.

CAPITULO I LA FAMILIA

.1. GENERALIDADES.	1
.2. ORIGEN.	1
.3. CONCEPTO.	2
.4. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE FAMILIA.	3
.5. EL MATRIMONIO.	4
.6. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.	5
.7. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.	5
.8. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN.	6
.9. CONCEPTO DE MATRIMONIO, CARACTERES Y FINES.	7
.10. IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO GUATEMALTECO	9

CAPITULO II SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LA HISTORIA

.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.	11
.1.1. PUEBLOS PRIMITIVOS.	11
.1.2. PUEBLOS ORIENTALES.	11
.1.3. LA INDIA.	11
.1.4. DERECHO ROMANO.	12
.2. ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION GUATEMALTECA.	13
.3. ESTABLECIMIENTO DEL DIVORCIO EN GUATEMALA.	14
.4. EL CÓDIGO CIVIL DE 1926.	15
.5. EL CÓDIGO CIVIL DE 1933.	16
.6. CUADRO SINOPTICO.	18
.6.1. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1877 PARA SOLICITAR EL DIVORCIO SIN ROMPIMIENTO DEL VINCULO MATRIMONIAL.	18
.6.2. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL DECRETO 484 (LEY DE DIVORCIO). SEPARACIÓN.	18
.6.3. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1926. - SEPARACIÓN.	18
.6.4. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1933.	19
.6.5. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1963.	19

CAPITULO III

3.1. CONCEPTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.	2
3.2. CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS.	2
3.2.1. DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE CUERPOS.	2
3.2.2. DIVORCIO VINCULAR.	2
3.3. TEORIAS SOBRE EL DIVORCIO.	2
3.3.1. DOCTRINAS RELIGIOSAS.	2
3.3.2. DOCTRINAS LACISTAS.	2
3.4. CONSIDERACIONES SOBRE LAS DOCTRINAS EXPUESTAS.	2
3.5. LA ACCION DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.	2
3.5.1. QUIEN PUEDE SOLICITAR LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO.	2
3.6. EL PROBLEMA DE LOS INCAPACES.	2
3.7. EXTINCION DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO.	2

CAPITULO IV

SEPARACIÓN Y DIVORCIO POR VOLUNTAD. DE UNO DE LOS CONYUGES MEDIANTE CAUSAL DETERMINADA.

4.1. CRITERIO DE AGRUPACION DE CAUSALES.	2
4.2. BREVE NOCION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO.	2
4.2.1. LA INFIDELIDAD DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES.	2
4.2.2. LOS MALOS TRATAMIENTOS DE OBRA, LAS RIÑAS Y DISPUTAS CONTINuas, LAS INJURIAS GRAVES Y FENSAS AL HONOR Y EN GENERAL LA CONDUCTA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN.	21
4.2.3. LAS RIÑAS Y DISPUTAS CONTINUAS.	21
4.2.4. LAS INJURIAS GRAVES.	
4.2.5. LA CONDUCTA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMUN	21
4.2.6. EL ATENTADO DE UNO DE LOS CÓNYUGES CONTRA LVA VIDA DEL OTRO O DE LOS HIJOS.	2
4.2.7. LA SEPARACIÓN O ABANDONO DE LA CASA CONYUGAL O LA AUSENCIA INMOTIVADA POR MAS DE UN AÑO.	2
4.2.8. EL HECHO DE QUE LA MUJER DE A LUZ DURANTE EL MATRIMONIO A UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE SU CELEBRACION, SIEMPRE EL MARIDO NO HAYA TENIDO CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO ANTES DEL MATRIMONIO.	2
4.2.9. LA DENUNCIA O CAUCION CALUMNIOSA HECHA POR UN CÓNYUGE CONTRA EL OTRO; Y 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 PRISION.	2
4.2.10. LA ENFERMEDAD GRAVE, INCURABLE Y CONTAGIOSA AL OTRO CÓNYUGE O A LA DESENDENCIA. LA ENFERMEDAD MENTAL INCURABLE DE UNO DE LOS CÓNYUGES QUE SEA SUFICIENTE PARA DECLARARLA	

INTERDICCIÓN.	29
2.11. LA IMPOTENCIA APSOLUTA O RELATIVA PARA LA PROCREACION SIEMPRE QUE POR SU NATURALEZA SEA INCURABLE Y POSTERIOR AL MATRIMONIO.	31
2.12. ES CAUSA PARA OBTENER EL DIVORCIO, LA SEPARACIÓN DE PERSONAS SEPARADAS EN SENTENCIA FIRME.	31
3. ASPECTOS IMPORTANTES DEL PROCESO ORDINARIO DE SEPARACIÓN O DE DIVORCIO.	32
3.1. INJURISDICCION Y COMPETENCIA.	32
3.2. VIA ORDINARIA.	32
3.3. DEMANDA.	32
- REBELDIA.	33
- EXEPCIONES PREVIAS.	33
3.4. CONTESTACION DE LA DEMANDA EN SENTIDO NEGATIVO.	33
3.5. RECONVENCION.	33
3.6. ALLANAMIENTO.	34
3.7. PERIODO PROBATORIO.	34
3.8. VISTA Y SENTENCIA.	35
3.9. SENTENCIA.	35

CAPITULO V SEPARACIÓN O DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO

5.1. LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO ESENCIAL.	37
5.2. CONSIDERACIONES ESPECIALES.	37
5.3. PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACIÓN Y DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO.	38
5.4. COMPETENCIA.	38
5.5. CONDICIONES NECESARIAS.	38
5.6. DEMANDA, BASES DE DIVORCIO, JUNTA CONCILIATORIA Y ENTENCIA.	39
- DEMANDA.	39
- BASES DE DIVORCIO.	39
- JUNTA CONCILIATORIA.	40
- APROVACION DEL CONVENIO.	41
- SENTENCIA.	41
5.7. ASPECTOS JURIDICOS COMUNES DEL DIVORCIO DECLARADO EN JUICIO ORDINARIO O EN LA VIA VOLUNTARIA.	41

CAPITULO VI EL DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DERECHO COMPARADO.

5.1. COMENTARIOS.	43
5.2. EL DERECHO NECESARIO EN EL DERECHO COMPARADO.	44
- EL DERECHO ANTIGUO.	44
- DERECHO ROMANO.	44
- DERECHO MUSULMAN.	45

- DERECHO FRANCÉS ANTIGUO.
- DERECHO CANONICO.
- DERECHO FRANCÉS MODERNO.
- DERECHOS EUROPEOS Y AMERICANOS.
- 6.3 SISTEMA DE DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.

CAPITULO VII
LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN NUEVO SISTEMA DE DIVORCIO
EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL

- 7.1 GENERALIDADES.
 - PROCEDIMIENTO.
 - SISTEMA.
- 7.2 PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA.
 - COMPETENCIA.
- 7.3 CONDICIONES NECESARIAS.
- 7.4 DEMANDA, BASES DE DIVORCIO, JUNTA CONCILIATORIA Y SENTENCIA.
 - DEMANDA.
 - BASES DE DIVORCIO.
 - JUNTA CONCILIATORIA.
 - APROVACION DEL CONVENIO.
 - SENTENCIA.
- 7.5 RECONCILIACION.
- 7.6 ASPECTOS COMUNES DEL DIVORCIO DECLARADO EN JUICIO ORDINARIO O EN LA VIA VOLUNTARIA.
 - INSCRIPCION REGISTRAL.
- 7.7 CONSIDERACIONES ESPECIALES.
 - ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN LA PRACTICA DEL ACTUAL SISTEMA DE DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION.

- CONCLUSIONES.
- RECOMENDACIONES.
- BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Tema de gran importancia en todos los países del mundo es el divorcio, y su aceptación es, y será de mucha polémica. Y sin importar si las legislaciones de los países han recogido dicha institución regulándola, o si por el contrario, la rechazan enfáticamente, ésta continuará como tema de controversia en toda sociedad.

En cuanto a su regulación se dan controversias tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo (procesal). Pero la separación y el divorcio pueden regularse en forma distinta, dependiendo cual sea el criterio de los que legislan.

Las discusiones que se dan sobre la disolución del matrimonio por medio del divorcio, repercuten es de gran impacto, repercuten en la sociedad y producen como efectos derivados de la necesidad de divorciarse, de carácter económico social. Dichos efectos recaen directamente sobre la familia y a la postre sobre el Estado, ya que ésta es el pilar fundamental de su estructuración

Juristas, filósofos, sociólogos, religiosos, y moralistas de todas las sociedades, han tenido que soportar los alcances que conlleva los efectos del divorcio, queriendo siempre impulsar o detener su introducción en la legislación civil.

Lo cierto es que, como tema de aceptación o de rechazo, su regulación jurídica existe en casi todas las legislaciones del mundo, y teniendo bien claro que en nuestra sociedad el divorcio esta regulado por nuestra ley civil, contribuye a resolver controversias matrimoniales para poder dar paso a un desahogo de problemas que podrían llegar aún más lejos. También es cierto que a la disolución del matrimonio se le atribuyen males por la desintegración familiar, pero haciendo una balanza del bien social podemos inclinarlos en que el divorcio es un remedio a esos problemas que surgen en matrimonios en donde ya no existe armonía ni se cumplen los objetivos para los cuales se formó.

Por lo antes expuesto y estando consientes de la regulación legal de la institución del divorcio en nuestra legislación civil guatemalteca, es que escribimos este modesto trabajo de tesis con el objeto de señalar algunos problemas que se dan en la tramitación para obtener el divorcio en nuestra sociedad, problemas como la aprobación de la garantía de prestar alimentos que impide la declaración del mismo; y a la vez señalar otros sistemas que existen en distintas legislaciones que regulan el divorcio, donde su procedimiento es más rápido y efectivo, en el sentido de que puede tramitarse en forma unilateral, regularmente por la mujer cuando ésta es la mas afectada en las controversias matrimoniales.

Hacemos énfasis sobre el divorcio como una institución necesaria en toda sociedad y a la vez se aporta un breve estudio sobre algunos aspectos de capital importancia a los estudiosos del derecho civil, tomando como base el actual programa de Derecho Civil en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala; hemos considerado antes de dedicarnos a desarrollar el tema, estudiar algunos aspectos del derecho de familia y de derecho comparado en materia de divorcio, con el objeto de fijar nuestro criterio al respecto, pues es necesario hacer mención de tal estudio durante la exposición de este trabajo, para recordar la gran importancia que ha alcanzado el divorcio como institución jurídico – social, de allí que los primeros cinco capítulos quedan integrados con las opiniones doctrinarias que

consideramos más adecuada de conformidad con la bibliografía existente, así como de algunas leyes que se relacionan con esta materia en nuestro país y los comentarios personales para afirmar nuestra tesis. En los últimos dos capítulos, se desarrolla básicamente la parte medular de la tesis, o sea, el derecho comparado referente al divorcio voluntario y la necesidad de implementar un nuevo sistema de divorcio en nuestra legislación civil guatemalteca. Finalmente y tras cuidadosas reflexiones, quedan plasmadas las conclusiones y recomendaciones para sugerir una reforma al actual sistema de divorcio en nuestro país.

Al concluir la presente introducción deseamos dejar constancia de agradecimiento a nuestro asesor de tesis, Licenciado Oscar Adán Bosque Morales, distinguido Abogado y Notario, por la magnífica colaboración y asesoría brindada para la elaboración del presente trabajo y quien nos manifestó su apoyo en todo momento.

CAPITULO I LA FAMILIA

1.1. GENERALIDADES.

Toda persona individual o ser humano tiene su origen natural en la familia como forma normal de vida dentro de una sociedad. Lo que es de suma importancia para la persona como individuo pues depende del núcleo familiar, la vida social que deberá realizar como persona que vive y se expande en un medio regido absolutamente por derechos y obligaciones, tanto para sí mismo como para con los demás integrantes de la comunidad.

La familia existe por naturaleza, es decir, es un hecho real, independientemente de las normas morales o jurídicas que la regulan, por lo que la institución familiar puede encontrarse en algunas situaciones de hechos, creadoras de las relaciones familiares que no responden al ideal trazado por el derecho, o sea al modo como la sociedad a través de su ordenamiento jurídico, ha establecido que debe realizarse a plenitud.

Las relaciones familiares que no responden al ideal de nuestras normas sociales han sido reguladas, dotándolas de protección jurídica y reconociendo de esta manera una realidad socio económico tangible y frecuente, sobre todo en nuestro medio en el cual se encuentra plasmado en la actual constitución política guatemalteca.¹⁾

Es de capital importancia exponer a groso modo, algunos lineamientos de la familia que son base fundamental de la sociedad humana ya que sobre ésta recaen generalmente los efectos de la separación y el divorcio cuyo estudio es materia de este trabajo.

1.2. ORIGEN.

Existen dos teorías en cuanto al origen de la familia en la época primitiva: A) La Matriarcal o Predominio de la madre; que tenía como punto de partida el origen de la humanidad aceptando como exacto el hecho de que en un principio reinaba la promiscuidad por lo que la madre era base y asiento de la familia. Debido a dicho estado no podía establecerse a ciencia cierta quien era el padre, por lo que se tenía como exacto el establecimiento de la maternidad constituyendo así como centro de familia a la madre, estando alrededor todos los demás miembros del grupo.

Dentro de las objeciones que encontramos en esta doctrina son los siguientes: 1) La dificultad de probar que en un principio no existió la monogamia y predominó la promiscuidad sexual; y 2) La dificultad para explicar la transacción de este sistema al sistema del patriarcado.

B) Por su parte la teoría del patriarcado donde se caracterizaba el predominio del padre en todas las relaciones familiares como núcleo y autoridad de la misma.

Federico Puig Peña, apunta las notas siguientes: a) La extraordinaria consideración política que tiene en sus principios; b) El vigoroso régimen de la patria

¹ Artículo 47 de la Constitución de la República de Guatemala, 1985.

potestad considerada como un conjunto de derechos sin mezcla de deber alguno; c) El férreo concepto de la autoridad sobre la esposa considerado como un poder de dominación; d) La desigualdad absoluta de los sexos, tanto en el orden social como jurídico; e) La aglutinación de todo el componente personal de la familia en un círculo más o menos amplio, según las circunstancias, cuya posición de dependencia está referida a la persona del padre.²⁾

Las notas anteriormente expuestas caracterizaban la organización patriarcal primitiva, tendientes a atenuarse; disminuyéndose así su exagerado rigorismo como consecuencia del cristianismo. El arraigo que logró dicha doctrina en el pueblo hizo llegar a justos límites la patria potestad; y disminuye la autoridad del marido sobre la mujer, acentuándose así, la igualdad del hombre con la mujer, un hecho evidentemente natural. Luego las leyes recogen el pensamiento cristiano, y hacen de la familia una institución más real y acorde con la naturaleza humana; como es enfocada actualmente en nuestras sociedades. Ambas teorías aceptan la tesis de que en las civilizaciones antiguas tuvo evidente predominio el régimen patriarcal, aunque en ocasiones alterne con la poligamia.

1. 3. CONCEPTO.

La familia ha sido definida de distintas maneras, a nuestro saber y entender, podemos decir que la familia es: “una institución jurídica social que resulta del vínculo que nace de dos o más personas ya sea, por consanguinidad, por afinidad o bien por el parentesco civil o de adopción”. La anterior definición, podemos decir que es extraída del artículo que hace mención al parentesco: “La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado.”³⁾

El autor Alfredo Povina, define a la familia al decir que: “Es un grupo social permanente, que reúne a individuos que llenan funciones diferentes que tienen jerarquía distinta, que se han unido entre sí por vínculos de parentesco, ya sea por consanguinidad, ya sean de afinidad.”⁴⁾

La familia según éstas conceptualizaciones, entendemos, que es la asociación básica del género humano, distinta en el vínculo, en los fines y en límites a cualquier otra clase de agrupación. En el vínculo porque la agrupación se forma en base al parentesco ya sea natural o de sangre, ya sea artificial o por la ley.

El parentesco por consanguinidad en la familia lo conforman tanto los padres como los hijos aunque es importante hacer una aclaración en cuanto a la regulación del parentesco se refiere ya que nuestra legislación civil guatemalteca decreto (ley 106), código civil, en su artículo 190 ya referido anteriormente, amplía el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad. El parentesco artificial o por la ley nuestra regulación civil lo define como parentesco por afinidad y se establece entre los esposos y los familiares de estos, teniendo vigencia -a diferencia del sanguíneo- únicamente mientras

² Federico Puig Peña, tratado de Derecho Español. Pág. 10, Madrid. 1963.

³ Artículo 190 del Código Civil, decreto ley 106.

⁴ Alfredo Povina, Sociología. Página 457, Cordova. 1961.

el matrimonio subsista pues es consecuencia del mismo. Al terminar el vínculo matrimonial, automáticamente desaparece dicho parentesco. Y este parentesco se da hasta el segundo grado, de conformidad con lo establecido por la ley. "Afinidad: Parentesco de afinidad es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos. El parentesco de afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad, y concluye por la disolución del matrimonio".⁵⁾

La familia no ha sido creada para cumplir predeterminada finalidad, por lo que la hace distinta a cualquier otra agrupación humana en cuanto a fines se refiere, como sucede con las sociedades civiles y mercantiles. Por ejemplo en las sociedades mercantiles se constituyen para realizar una actividad determinada y con un fin lucrativo. Y para lograr tal finalidad dichas sociedad ha sido estudiada y analizada, mientras que la familia para conformarse no persigue un propósito preestablecido, sino que cumple fines como consecuencia de su constitución.

Otra situación que difiere a la familia de las demás instituciones, es los límites que tiene la familia, ya que a ella no se ingresa por voluntad del individuo, sino que se nace de una familia de forma natural, así pues no se busca ingresar a ella. Esto implica la exclusión de ciertas relaciones asimiladas a las familiares tales como lo son las que surgen por la adopción en las cuales únicamente crean vínculos individuales y personalismos entre el adoptado y el adoptante.

1. 4. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE FAMILIA.

Para el Estado la familia es una institución de especial importancia, porque es en ella donde se ha de desarrollar la personalidad del niño, el futuro ciudadano; y porque es considerada como un fundamento del Estado, núcleo político embrionario. Aristóteles citado por Povina, expuso: "Que la sociedad esta formada de distintos tipos de relaciones y que hay tres grandes formas de vinculación humana; a) La relación de marido y mujer; b) La relación de padre e hijo; y c) La relación de gobernante a súbdito."⁶⁾

En la primera y la segunda agrupación se encuentra la verdadera célula social, y es tan importante que la primera agrupación humana que es la aldea o pueblo no es mas que una simple reunión de familias. En consecuencia, el origen de toda sociedad esta en la familia.

Por tales motivos, mientras que el Estado pueda abandonar en general el resto de derecho privado a la resultante de los intereses particulares, no puede en cambio, hacer lo mismo con las instituciones familiares, que debe regular, dado el evidente interés general de las mismas.

Es deber del Estado, regular todo lo concerniente a la misma, para su mejor desarrollo, convirtiéndose así, de institución social en institución jurídica, contemplada dentro del Derecho de Familia.

⁵ Artículos 192 y 198 del Código Civil, decreto ley 106.

⁶ Ob. Cit. Página 359.

El derecho de familia, como parte integral del derecho privado merece muy especial atención ya que su normatividad debe estar acorde al orden social imperante. Por ejemplo si una característica de derecho en general es su dinámica, en el derecho de familia tiene que desarrollarse mayor energía, pues la vigencia formal de las normas jurídicas si se mantienen estáticas y caducas, es más débil que la vigencia social en este campo. El derecho de familia debe su importancia, al hecho de que las normas que lo rigen están basadas más que en cualquier otra manera del derecho en la ética y la moral, ya que con esto busca el fin supremo de la comunidad social frente al interés particular.

Respecto a tal característica, Rugiero, citado por Rojina Villegas, expone: “Mientras en las demás ramas del derecho privado el ordenamiento lo que mira es el interés particular dirigido al fin individual de la persona y el derecho subjetivo se atribuye a ellas y se reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha ... en las relaciones familiares. Por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de esta y no a las del individuo, subviene la tutela jurídica.” 7)

Por último podemos concluir diciendo que en nuestra legislación civil guatemalteca esta regulado el derecho de familia en el título II del libro I del Código Civil, decreto ley 106. Y como ley especial para la eficacia de esta protección al núcleo familiar, la Ley de Tribunales de Familia.

1. 5. EL MATRIMONIO.

Dentro del criterio sustentado por nuestra legislación civil guatemalteca nos parece muy acertada su definición al considerar al matrimonio como una institución social, así pues nuestro código civil decreto ley número ciento seis en su artículo 78 preceptúa: “ 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”. 8)

No obstante, de tener claro y bien definida la conceptualización del matrimonio, consideramos de mucha importancia referirnos a la naturaleza jurídica del mismo.

1. 6. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

En lo relacionado a la naturaleza jurídica han sido diversas las doctrinas que al matrimonio se han referido pero, a través de la historia han tenido solo dos de ellas un gran predominio sobre las otras: a) La doctrina que encuentra la naturaleza jurídica del matrimonio como un contrato; y b) La doctrina que considera al matrimonio como una institución..

1. 7. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

7 Compendio de Derecho Civil, Rafael Rojina Villegas, Pág. 365.

8 Artículo 78 del Código Civil, decreto ley 106.

La consideración del matrimonio como contrato, parte de los textos del Derecho Romano y especialmente de su interpretación. Según Diego Espin Canovas: "Para el derecho Romano, el matrimonio exigía la coexistencia de un doble elemento, el primero de carácter objetivo, consistente en la convivencia de los cónyuges que se originaba por la entrada de la mujer en la casa del marido (*deductio in domum mariti*); y otro de carácter subjetivo, constituido por la común y recíproca intención del marido y la mujer de convivir matrimonialmente (*affectio maritalis*), elemento inicial para que subsista el matrimonio."⁹)

Este último elemento (*affectio maritalis*) fue considerado por los canonistas como equivalente a acuerdo o convenio, es decir a un contrato, motivo por el cual, dada la importancia que el consentimiento iniciador del vínculo tenía en este derecho debía concluirse que en el fondo era un contrato. Siendo el matrimonio un contrato, en el que deben darse todos los elementos esenciales de los mismos que son: a) Las personas que lo contraen; b) El objeto sobre el que versa; y c) el consentimiento de la voluntad, que le da ser y forma.

Las personas que lo contraen deben ser necesariamente un hombre y una mujer. El objeto, son los cuerpos de los contrayentes, cuyo dominio se entrega recíprocamente para usar de ellos en orden a la propagación de la especie. El consentimiento ha de ser recíproco y manifestado por signos exteriores.

Sin embargo, la anterior argumentación no concuerda con la indisolubilidad del matrimonio como elemento del mismo, ya que si el matrimonio es un contrato, deberá aceptarse su rescisión como posibilidad a la que pueden optar las partes en toda figura contractual.

Tal concepción del matrimonio es la mejor arma utilizada por los teóricos del liberalismo, que apoyándose en dicha naturaleza, han propugnado por la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial.

Dicha tesis canonista continuó imperando al separarse el matrimonio civil del religioso, pues fue recogida por los civilistas quienes consideraban que en el se daban todos los elementos esenciales y de validez de los contratos. Aplicando tal argumento a nuestro derecho civil vigente, se establece que existe negocio jurídico cuando hay capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio, y objeto lícito, por lo que encontrándose dichos elementos en el matrimonio, este es un contrato.

A simple vista tal aseveración debería considerarse en su totalidad como válida; sin embargo únicamente lo es en forma parcial, pues si bien es cierto que el acuerdo de voluntades de los cónyuges crea el vínculo, la voluntad de estas es impotente para regular o modificar el status jurídico creado. La autonomía de la voluntad pierde toda su eficacia ante el imperio de la ley.¹⁰)

Los esposos desde que celebran el matrimonio, se sujetan a la ley quedando sustraído el mismo de su libre albedrío, salvo en las relaciones patrimoniales, que no son mas que una derivación del mismo. Tal situación distingue enteramente el

⁹ Diego Espin Canovas. Manual de Derecho Civil Español. Página 11, volumen IV Madrid.

¹⁰ Artículo 1251 del Código Civil, decreto ley 107.

matrimonio del contrato, pues en esto último las partes regulan libremente sus relaciones, mientras que en el matrimonio su regulación compete únicamente al Estado.

En síntesis, el matrimonio no puede ser considerado como un mero contrato, por las razones siguientes: a) No basta la sola voluntad de los contrayentes para que se repute celebrado el matrimonio; es necesario la actuación del funcionario público designado por el Estado para autorizarlo. (Notarios, alcalde municipales, o Ministros de culto). Por ejemplo el artículo noventa y dos de nuestro código civil que textualmente dice: “ El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o 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 corresponda”. 11) b) Los cónyuges no pueden estipular condiciones o modalidades en el matrimonio; deben regirse obligadamente por lo instituido por las normas del código civil. c) La imposible aplicación del mutuo disenso del matrimonio, el cual se da en todos los contratos si las partes por su voluntad desean hacerlo; y d) Porque no puede estatuirse por medio de un simple contrato, un estado de vida permanente entre dos seres de distinto sexo para la perpetuación de la especie y la realización de finalidades espirituales, morales y físicas comunes.

1. 8. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.

Esta tesis es la que más predomina en las legislaciones modernas, especialmente en la legislación civil guatemalteca, tal como lo indicamos anteriormente y está contemplado en el artículo setenta y ocho (78) del código civil, esto implica que constituye un conjunto de normas impuestas por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tienen mas alternativa que adherirse.

Una vez expresado el consentimiento por parte de los cónyuges, los efectos de la institución se producen automáticamente.

Con claridad expone estas ideas Ihereing citado por Rojina Villegas al decir: “La institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persiguen la misma finalidad”. 12)

Por consiguiente, la unidad se alcanza desde el punto de vista funcional entre preceptos de igual naturaleza que se combinan entre sí, para lograr un conjunto de relaciones jurídicas.

En este alcance teleológico agrega Iering, siempre citado por Rojina Villegas, “No encontramos una jerarquía normativa, ya que los preceptos que constituyen la institución son de igual rango. Por lo tanto, la institución jurídica se presenta como un cuerpo debidamente integrado por normas de igual naturaleza que se unifican en razón de un fin.

El Matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos regulan tanto el acto de su celebración al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan derechos y obligaciones de los consortes, que persiguen

11 Artículo 92 del Código Civil, decreto ley 107.

12 Ob. Cit. Página 330.

la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será fuente de gran variedad en las relaciones jurídicas". 13)

1. 9. CONCEPTO DE MATRIMONIO, CARACTERES Y FINES.

La palabra matrimonio, puede tomarse en dos acepciones: a) En cuanto significa el acto de casarse o bien casamiento; y b) En cuanto representa el vínculo permanente que del casamiento resulta.

I. CONCEPTO: Según los autores de la obra Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria, puede definirse al matrimonio, diciendo que es: " Un contrato legítimo entre un hombre y una mujer, mediante el cual se entregan mutuamente en derecho perpetuo y exclusivo de sus cuerpos en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos". 14)

II. CONCEPTO LEGAL: Desde el punto de vista jurídico, uno de los mejores conceptos del matrimonio está contenido en el artículo setenta y ocho del código civil de Guatemala, el cual textualmente dice: "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". 15)

Como puede apreciarse, concepto anterior es acertado, pues deslinda el matrimonio de la consideración de contrato; firma vigorosamente que lo considera como una institución social con lo cual fija su naturaleza; expresa que esto solo puede darse entre un hombre y una mujer, que la unión debe establecerse conforme lo establece ley; y hace notar que tal unión es con el ánimo de permanencia, exponiendo a la vez su finalidad.

III. CARACTERES DEL MATRIMONIO: Como consecuencia de tal concepto puede extraerse los siguientes caracteres del matrimonio en nuestra legislación:

a) **UNIDAD:** Este carácter expresa que la unión debe efectuarse únicamente entre un solo hombre y una mujer, situación que excluye la poligamia (unión de un hombre con varias mujeres) y la promiscuidad sexual.

b) **LEGALIDAD:** Para que el matrimonio tenga validez, es necesario que se cumpla con todos los requisitos legales contenidos en el artículo noventa y tres (93) del código civil, el cual establece: "Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán así ante funcionario competente, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración que hará constar en acta y contendrá: Nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supiere, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de

¹³ Ob. Cit. Página 330.

¹⁴ Lorenzo Miguels Dominguez, Sabino Alonso Moran O. P. Y Marcelino Cabreros, O.S.A. Código de Derecho Canonico y Legislación Complementaria Pág. 387 Madrid 1969.

¹⁵ Artículo 78 del Código Civil, decreto ley 106.

capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona". 16)

C) ANIMO DE PERMANENCIA: Esta característica distingue implícitamente la naturaleza civilista del matrimonio de la religiosa, pues mientras el matrimonio canónico es indisoluble esencialmente, el civil no lo es, pues si bien es cierto, que la unión debe ser el ánimo sincero de constituir un lazo vitalicio entre marido y mujer, pueden sobrevenir causas que hagan difícil sino imposible dicha permanencia, por lo que los legisladores se vieron obligados a aceptar el divorcio. El ánimo de permanencia es importante ya que de no existir el mismo, podría darse el caso de sujetar dicha unión a un plazo o a una condición, lo que sería inaceptable para la existencia del matrimonio.

III. FINES DEL MATRIMONIO: Debemos indicar cuales son los fines que persigue el matrimonio, siendo los siguientes: a) La procreación y perfección de la especie, con todas sus derivaciones (como alimentación y educación). b) El auxilio mutuo para el mejor cumplimiento de los fines de la vida, el cual deviene como obligación moral, recogida por razones de justicia por la ley civil.

No es necesario que dichos fines concurren obligatoriamente, lo cual justifica los matrimonios de personas estériles o de edad avanzada que desean cumplir con otros fines, como podría ser legitimar a los hijos que hayan procreado antes del matrimonio, o simplemente de ayuda mutua.

1.10. IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL GUATEMALTECA.

Una vez expresada nuestra conformidad conceptual acerca del matrimonio, así como enunciados sus caracteres y finalidades, se hace necesario en base a los mismos exponer su importancia en nuestra legislación, previas consideraciones de algunos autores, especialmente españoles, cuyos lineamientos están imbuidos de su propia legislación tales como Puig Peña, Diego Espín Canovas y otros, que desarrollan el Derecho de Familia partiendo de la base que el matrimonio es el pilar fundamental del Derecho de Familia, y que todas las demás relaciones familiares no son sino consecuencia y derivación del mismo.

Siguiendo tales lineamientos, Diego Espín Canovas, expresa: "Como ya dijimos al exponer el ámbito del Derecho de Familia, el matrimonio es el verdadero fundamento de las relaciones jurídicas familiares, tanto en sí mismo, al crear el vínculo matrimonial entre los cónyuges, como a través de la procreación en el matrimonio, que extiende el parentesco de consanguinidad entre los hijos y sus padres y parientes. 17)

Es pues el matrimonio, la institución básica del Derecho de Familia agrega Diego Espín Canovas, y por ello se comprende fácilmente, que toda la importancia social que se reconoce a la familia y de que también hablamos al exponer sus caracteres del Derecho de Familia, se concentre especialmente en el mismo matrimonio, del cual ya decía Cicerón que era *Principium urbis et quasi seminarium reipublicas*". 18)

En los mismos términos se expresa Puig Peña, al decir que la familia tiene que quedar circunscrita en cuanto a las personas (exclusión de los parientes lejanos) y en

¹⁶ Artículo 93 del Código Civil, decreto ley 106.

¹⁷ Diego Espín Canovas, Ob. Cit. Página 12.

¹⁸ Diego Espín Canovas, Ob. Cit. Página 12.

cuanto a la condición Exclusión de los vínculos extramatrimoniales). Respecto a esa segunda exclusión, aparecía que no se puede hablar de familia cuando no existe matrimonio porque la ilegalidad del origen impide llevar a la práctica la efectividad de la función fundamental. 19)

Como consecuencia de tal planeamiento a todas luces rigurosas surgen situaciones (ya no aceptadas por nuestra legislación) tales como la consideración de hijos ilegítimos en contraposición de los hijos legítimos, concebidos fuera de matrimonio.

Frente a tal problema, Piug Peña expone que: “Se deben reconocer ciertos derechos a la familia ilegítima, pero en un rango inferior respecto a los hijos legítimos, esto como defensa del hogar legítimo.” 20)

Tal opinión no es compartida por nuestra parte, pues si bien se acepta que la familia debe organizarse sobre la base jurídica del matrimonio, no es correcto interpretar en sentido tan restrictivo dicha afirmación, pues es necesario y de justicia social eliminar cualquier vestigio con sabor a discriminación.

No por nacer fuera de matrimonio, se nace con menos derechos: Por lo contrario y con fundamento en la dignidad del hombre todos los seres humanos tenemos una misma naturaleza y por lo tanto, debemos compartir en igualdad de condiciones los derechos y obligaciones impuestas por la sociedad para su mejor desenvolvimiento.

Respecto a ese punto, nuestra legislación ha dado un paso firme al introducir las modificaciones pertinentes. La exposición de motivos del Código Civil, indica que las modificaciones deben descansar en los siguientes preceptos: “defensa de la madre casada o soltera; protección al niño procreado dentro o fuera del matrimonio; fortalecimiento de la vida matrimonial y del patrimonio inembargable para su protección. Tales medidas están contenidas en las normas constitucionales referentes a la familia y desarrolladas en el actual código civil, de lo cual ya se hizo referencia de algunos aspectos con anterioridad. Por mandato constitucional se creó la Unión de Hecho en Guatemala, se aceptó la investigación de la paternidad y se declaró que todos los hijos son iguales ante la ley y tienen idénticos derechos.” 21)

Estos son grandes logros, basados en consideraciones humanitarias, que dejan sin efecto los sistemas que consideraban diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos, únicamente por haber nacido los segundos fuera de matrimonio. Los hijos no tienen culpa alguna ya que como expusimos al estudiar lo referente a la familia, a ella no se ingresa por voluntad de los individuos sino de manera natural. Tales adelantos de nuestra legislación no pueden ser citados como elementos corrosivos del pilar de la familia, sino por el contrario deben ser ejemplo para otros países.

Sobre tal aspecto se expresa Rafael Rojas Villegas así: “Evidentemente, partimos del principio indiscutible de que la unión sexual debe estar reconocida por el derecho para establecer una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual, pero no desconocemos que sería injusto tomar como base única de las relaciones familiares, la institución del matrimonio, a efecto de desprender de la misma

¹⁹ Diego Espín Canovas, Ob. Cit. Página 12.

²⁰ Diego Espín Canovas, Ob. Cit. Página 12.

²¹ Artículos 47,48, 49 y 50 de la Constitución de la República de Guatemala.

todas las consecuencias en materia de patria potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos para el matrimonio, y en general de derechos y obligaciones para los hijos. 22)

No está de más decir que nos adherimos totalmente a lo expresado por dicho autor mexicano, por encontrarnos en igualdad de circunstancias al reconocer los derechos enumerados en dicho párrafo, derivados tanto del matrimonio como de las relaciones extramatrimoniales.

En efecto, debe tratarse de organizar la familia con base en el matrimonio, facilitar su celebración con la finalidad de promover mayor cantidad de familias basadas en dicha institución, pero a la vez deben regularse las uniones extramatrimoniales, como medida necesaria para proteger a la prole nacida de estas uniones.

Por tales motivos, el actual Código Civil, regula la “Unión de Hecho,” institución que requiere de su reconocimiento en forma legal. La mencionada institución se encuentra regulada en el artículo ciento setenta y tres (73) del código civil así: “La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constante por mas de tres años ante sus familiares y relaciones sociales cumpliendo los fines de, procreación, alimentación y educación a los hijos y de auxilio recíproco”. 23)

Asimismo encontramos que la unión de hecho se encuentra garantizada constitucionalmente en el artículo 48 de la Constitución de la República de Guatemala, el cual establece que: “El estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma”. 24)

²² Diego Espin Canovas, Página 318.

²³ Artículo 173 del Código Civil, decreto ley 106.

²⁴ Artículo 48 de la Constitución de la República de Guatemala.

CAPITULO II ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA SEPARACION Y DEL DIVORCIO EN LA HISTORIA

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SEPARACION Y EL DIVORCIO:

Es importante conocer la historia de la institución del divorcio y de la separación, pues a través de su estudio pueden establecerse ciertos hechos y comprenderse en mejor forma sus aspectos, teniéndose así una visión completa de la evolución que ha sufrido en el transcurso del tiempo.

En términos generales se ha podido establecer que desde tiempos remotos ha existido el divorcio y la separación como medios de romper el vínculo matrimonial. En algunos países inclusive, existió LA REPUDIO que otorgaba únicamente el marido la facultad de abandonar a su esposa ya sea mediante causa justa o sin ella.

Para una adecuada orientación del tema se expondrá el mismo, haciendo referencia no a épocas, sino a determinados ámbitos territoriales tales como los pueblos orientales y Roma, que merecen especial atención.

2.1.1. PUEBLOS PRIMITIVOS:

El concepto de afecto marital en los pueblos primitivos es tan materialista como lo era en la Edad de Piedra. En Asia existe una idea tan amplia del vínculo matrimonial; sin embargo el divorcio y el repudio son ampliamente reconocidos, aunque rodeados de prescripciones legales que en muchos casos lo hacen difícil o lo restringen. Eugenio Tarragato nos dice: " En resumen, el vínculo matrimonial en los pueblos salvajes aparece como producto de pasión sexual momentánea, mezclada con sentimientos hereditarios e instintivos de simpatía, a su vez derivados del amor sexual, aunque sean de él independientes. El vínculo matrimonial tiene su entronque en el instinto dirigido a la reproducción ". 25)

2.1.2. PUEBLOS ORIENTALES:

En Babilonia, los matrimonios se regulaban por el Código de Hamurabí, el cual distingue el divorcio deseado por el esposo del solicitado por la mujer. Si el esposo es el que pide el divorcio puede hacerlo a su voluntad, pero si la mujer es irreprochable debe indemnizarla restituyéndole la dote y una parte del campo y jardín y bienes muebles, así como una porción hereditaria, para que críe a los hijos y una vez criados podrá pasar a ulteriores nupcias.

2.1.3. LA INDIA:

²⁵ Eugenio Tarragato. El divorcio en las Legislaciones comparadas. Pág. 19. Madrid 1925.

En estos países hubo mayor estimación del matrimonio. Se admite excepcionalmente su anulación y el repudio. La anulación procedía cuando el padre daba a su hija en matrimonio con algún defecto sin advertirlo al esposo; y el repudio procedía en varios casos, entre los que se contaban la esterilidad de la mujer, la aversión de la mujer al marido, cuando se encuentre enferma de lepra u otra enfermedad contagiosa etc. Todas las causas expresadas en ley procedían de parte de la mujer y nunca del marido.

2. 1. 4. DERECHO ROMANO:

El derecho romano es importante para nuestro estudio ya que de él se derivan instituciones que en la actualidad recoge nuestra legislación reguladas de conformidad al siglo en que vivimos. Expone Eugenio Tarragato: “que las más antiguas leyes de Roma revestían carácter religioso. El matrimonio aparece organizado como institución civil pero bajo solemnidades religiosas. Se consideró en Roma el divorcio como inherente al matrimonio. Los jurisconsultos repetidas veces declararon nula toda convención que tuviese por objeto prohibir y restringir la disolución matrimonial.”²⁶⁾

El divorcio tenía lugar por consentimiento mutuo (bona – gratia) o por voluntad de un solo cónyuge (repudiado). La ley de las doce tablas contenía una fórmula en cuya virtud el marido abandonaba a su mujer. Cada cónyuge podría en virtud de simple declaración mutua o privada, disolver el matrimonio, llegándose luego a admitir no solo el mutuo deseo, sino también el repudium por declaración de una de las partes, aunque fuese contra la voluntad de la otra.

La amplitud del divorcio en Roma culminó en una verdadera calamidad pública, tornándose en una costumbre de grandes proporciones entre los ciudadanos romanos, quienes veían el divorcio como un simple trámite. Se ha hecho famoso un pasaje de Cenefa que dice: “ Que mujer se sonroja actualmente de divorciarse desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de cónsules, sino por el número de sus maridos. Se divorcian para casarse, se casan para divorciarse”.

Con el cristianismo se atenúa el influjo del divorcio, habiendo Constantino establecido causas taxativas para solicitarlo. Los divorcios en que no existiera causa justa eran castigados, pero no nulos, porque el Emperador no se atrevió a romper con el principio fundamental que dominó Roma.

Desde el siglo X obtuvo la Iglesia la jurisdicción en materia de divorcio, y con ello rigió el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Más tarde se admitió la disolución del vínculo en cuanto al caso de adulterio. Según HEINRICH LEHMANN ésta fue la primera brecha que se abrió, a la que siguieron otros motivos: El abandono malicioso (desertio), la cuasio desertio etc. Al principio el divorcio se hacía en virtud de declaración unilateral de voluntad, más tarde exigió la doctrina protestante una declaración de autoridad competente.²⁷⁾

2. 2. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA:

²⁶⁾ Ob. Cit. Pág. 22.

²⁷⁾ HEINRICH LEHMANN. Tratado de Derecho Civil Vol. IV. Pág. 235. Madrid. 1953

Expuestos en forma generalizada los aspectos del divorcio y la separación en algunos pueblos americanos, debemos hacer un estudio más integral de los antecedentes de nuestro derecho, hasta concluir en la actual legislación guatemalteca, que es una de las más avanzadas de Latinoamérica.

El derecho guatemalteco en un gran principio tuvo gran influencia religiosa, lo que se comprueba con el hecho de que se legisló en un inicio únicamente la separación, sin rompimiento del vínculo, más tarde tal pensamiento fue bariando hasta aceptarse el divorcio propiamente dicho regulándose una gran variedad de casuales, hasta llegar a la inclusión del divorcio por mutuo acuerdo.

2. 2. 1. CODIGO CIVIL DE 1877:

El código Civil de 1877 (más conocido como el código civil del 77 marca el inicio de nuestra legislación en materia civil, dicho cuerpo legal, en su título IV del libro I contempla el divorcio, pero regulado como separación de cuerpos y de bienes (en algunos casos) sin disolver el vínculo conyugal. ²⁸)

La separación sin disolución del vínculo conyugal, está legislada en Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Colombia, países que aún conservan tal sistema mediante el cual queda subsistente la relación matrimonial permitiéndose únicamente la separación de bienes y cuerpos.

El artículo 165 del citado código del 77 expresa: “El divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial.”

El divorcio podía ser declarado, según el caso, por la autoridad eclesiástica (cuando el matrimonio se había celebrado por la iglesia) o por tribunales civiles, pero en este caso únicamente cuando el matrimonio se hubiera celebrado ante autoridad civil.

Interesante es conocer, las causas que les permitían a los jueces declarar el divorcio, cuyo efecto era la separación de cuerpos y bienes sin romper el vínculo, las cuales eran:

- 1) Adulterio de la mujer.
- 2) La sevicia o trato cruel.
- 3) El concubinato escandaloso o incontinencia pública del marido.
- 4) Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 5) El odio capital de alguno de ellos manifestado por frecuentes riñas graves.
- 6) Negar el marido los alimentos de la mujer.
- 7) Negarse la mujer sin graves y justas causas a seguir al marido.
- 8) La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
- 9) De éstas casuales unas eran comunes a ambos consortes y otras relativas solo al marido o solo a la mujer.

- COMUNES:

- A) La sevicia o trato cruel.

²⁸ Decreto 76 de Justo Rufino Barrios.

- B) Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- C) El odio capital de alguno de ellos manifestado por frecuentes riñas graves y
- D) La ausencia sin justa causa por más de cinco años.

- IMPUTABLES A LA ESPOSA:

- A) Adulterio de la mujer.
- B) Negarse la mujer sin graves y justas causas a seguir al marido.

- IMPUTABLES AL ESPOSO:

- A) El concubinato escandaloso o la incontinencia pública del marido y;
- B) Negar el marido los alimentos a la mujer.

Así mismo en cuanto que al hecho de que uno de los cónyuges padeciera de enfermedad contagiosa, demencia o de otra desgracia semejante, el código del 77 establecía que no era suficiente para declarar el divorcio (separación propiamente dicha) aunque sí el cónyuge sano lo solicitaba, el Juez podía suspender en forma breve y sumaria la cohabitación, quedando subsistentes todas las demás obligaciones conyugales.

El juez competente era el del domicilio, correspondiéndole la acción exclusivamente a los cónyuges, los que previamente o durante la tramitación del juicio podían solicitar algunas medidas previas al divorcio, tendientes a proteger a la mujer, a los hijos o a los bienes, tales como el depósito de personas, aseguramiento de la administración de los bienes por el marido, a la guarda de los hijos.

Los efectos del divorcio (realmente separación) cesaban por la reconciliación de los cónyuges. Por consiguiente, se restituían las cosas en los que se refería a la sociedad conyugal y la administración de bienes, volviendo al estado en que se hallaban antes del divorcio, como si no hubiera existido antes éste.

En suma, al promulgarse el primer código civil en Guatemala, no se reguló el divorcio propiamente dicho (vincular) tal cual hoy conocemos, si no que únicamente la separación de personas y bienes, que en dicha época se denominó impropriamente divorcio, lo que a dado lugar a equivocaciones de interpretación.

2. 3. ESTABLECIMIENTO DEL DIVORCIO EN GUATEMALA:

El divorcio cuyo efecto principal es la disolución del vínculo conyugal, fue regulado hasta el año de 1894, mediante el decreto 484 del Presidente José María Reina Barrios, por lo que siendo de importancia su estudio, a continuación se transcribirán los considerandos que dieron origen al divorcio: " Considerando: que establecido y aceptado como está en la legislación del país el principio jurídico que el matrimonio es un contrato civil, es indispensable reconocer en esa convención las consecuencias que se desprenden de su propia naturaleza y de sus fines sociales.

Que una de esas consecuencias es indudablemente la disolubilidad del vínculo legal, que no siendo obra de la naturaleza sino del mutuo consentimiento de las partes,

debe, considerarse destruido como en efecto está desde que faltan los motivos o causas fundamentales que hicieron contraerlo.

Que por lo mismo, siendo la indivisibilidad contraria a los preceptos del derecho y a la moral encuanato atañe a los cónyuges y por cuanto que por sostener en muchos casos una ficción, se sacrifican con ella los más caros intereses morales y materiales de aquellos, es también de rigurosa justicia quitar de aquella condición del número de las consiguientes a la celebración del matrimonio.

Que siendo éste un contrato de singular naturaleza en sus efectos y por cuanto que, con su consumación y la sucesión consiguiente, crea también derechos y obligaciones ineludibles respecto a los hijos, la ley debe garantizar y asegurar de una manera eficaz y práctica tales derechos y obligaciones.” 29)

Como vemos las consideraciones del legislador para introducir el divorcio en nuestro medio vincular, no han variado, pues siendo su base de sustentación la realidad social enuncian una verdad irrefutable, aún más valedera en éstos tiempos.

El divorcio podía declararse, ya sea mediante el mutuo acuerdo de los cónyuges o por voluntad de uno de ellos por causa determinada, con la aceptación del divorcio por mutuo acuerdo se dio un paso fundamental pues hasta la fecha, muchos países rechazan tal forma de divorcio por considerarlo nocivo para la familia, sosteniendo que el divorcio de los cónyuges únicamente debe declararse cuando existe una causa justa que imposibilite la vida en común o la haga peligrosa, la que el órgano jurisdiccional examinará y calificará previamente en su declaración.

Es importante establecer las causas que el aludido decreto 484 del Presidente determina para obtener el divorcio las cuales son las siguientes:

- 1) Adulterio de la mujer.
- 2) Concubinato escandaloso del marido.
- 3) Odio de alguno de ellos manifestado por trato cruel o por frecuentes riñas graves.
- 4) Atentado premeditado o retirado de alguno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 5) Abandono malicioso o ausencia inmotivada por más de tres años.
- 6) Impotencia superviviente a la celebración del matrimonio y con las condiciones expresadas en el decreto 272.
- 7) Insistente e inmotivada resistencia a pagar el débito conyugal.

De las siete causales enumeradas anteriormente, ninguna de ellas subsiste en el actual código civil.

2. 4. EL CODIGO CIVIL DE 1926:

El código civil de la república de Guatemala de 1926, fue creado por el decreto presidencial 921. Dicho cuerpo legal, en lo relativo a materia de divorcio, dejó vigentes como causales El Adulterio de la mujer; el concubinato escandaloso del marido agregando que si se verificaba en la morada conyugal no era necesario que el mismo fuera escandaloso; el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro; u el abandono voluntario o la ausencia inmotivada por más de tres años.

29 Página 393 del tomo XII de la Recopilación de Leyes.

Se modificó la causal tercera (odio de alguno de ellos manifestando trato cruel, o por frecuentes riñas graves) indicando que eran causal de divorcio la sevicia o trato cruel y las ofensas graves.

Eliminó las causales sexta y séptima y agregó como motivos de divorcio: “ La tentativa del marido para prostituir a su mujer; y la del marido o la mujer, para corromper a los hijos y la separación de cuerpos después de un año de haber sido declarada judicialmente en sentencia firme.”³⁰)

Establecía el código de 1926 que eran causas determinantes para decretar la separación de los cónyuges, cualquiera de las que motivaban al divorcio, Agregando como causales de separación:

- A) La negativa infundada de uno de los cónyuges a alimentar al otro, o a los hijos comunes, cuando a ello estuviera obligado por la ley.
- B) La embriaguez habitual.
- C) La negativa de la mujer sin graves y justas causas a seguir el marido y,
- D) La locura o enfermedad incurable de uno de los cónyuges que sea bastante según la ley para declarar la interdicción.

Una vez reguladas separadamente tanto las causales de divorcio como las de separación, el código de 1926 establecía la facultad para optar por cualquiera de dichas medidas, promoviendo la acción respectiva ante el juez de Primera Instancia de lo civil del domicilio conyugal.

También establecía que cuando el divorcio o la separación se solicitaban de mutuo acuerdo, era condición esencial que hubiera transcurrido un año, contado a partir de la fecha de celebración del matrimonio que se pretendía disolver. Tal condición se encuentra en pleno vigor en el actual código civil.

El divorcio o la separación por mutuo acuerdo tenía otra limitación, basada exclusivamente en la mayoría de edad de los cónyuges ya que los menores de edad no podían hacer uso de tal disposición, siendo únicamente los mayores de veintiún años, los que tenían tal facultad en virtud de que en la época en que rigió dicho código civil (1926 1933) la mayoría de edad se adquiría a los veintiún años cumplidos.

Las causales contempladas por este código son:

- 1) Adulterio de la mujer.
- 2) Concubinato escandaloso del marido y aún sin ésta circunstancia si se verificase en la morada conyugal.
- 3) La sevicia o trato o trato cruel o las ofensas graves.
- 4) atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 5) Abandono voluntario o la ausencia inmotivada por mas de tres años.
- 6) Tentativa del marido de prostituir a su mujer; y la del marido o la mujer para corromper a los hijos y;
- 7) La separación de cuerpos después de un año de haber sido declarada judicialmente.

2. 5. EL CODIGO DE 1933:

³⁰ Ver página anterior.

El código civil de 1933, continúa la línea ya trazada por los anteriores cuerpos legales (Decretos Presidenciales 484 y 921) en cuanto a aceptar la separación y el divorcio como medios optativos a los cuales podían recurrir los cónyuges, para resolver los problemas o conflictos surgidos durante su matrimonio; la separación como modificativa del matrimonio, y el divorcio como disolución del vínculo conyugal. ³¹⁾

Prescribe así mismo (al igual que la ley que creó el divorcio y el código civil de 1926) que el divorcio o la separación pueden solicitarse, ya sea por mutuo acuerdo de los cónyuges, o por voluntad de uno de ellos, cuando exista una causa de las enumeradas taxativamente en el artículo 124 del mismo.

Como consta en el código civil de 1926, se estipularon siete causas que daban lugar al divorcio (pudiéndose basar la separación en cualquiera de ellas) y cuatro mas que específicamente se regularon para solicitar la separación. Es en el código de 1933 donde por primera vez se unificaron las causales que daban origen a la solicitud de divorcio o de separación, pudiendo por las mismas causas solicitarse indistintamente una y otra medida. Aumenta considerablemente el número de causales, pasando de siete a dieciséis, con lo que se hace una regularización taxativa pero extensa.

Por otro lado, la norma que establecía que el divorcio por mutuo acuerdo no podía solicitarse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, desaparece el código civil para integrarse en el artículo 1102 del código de enjuiciamiento civil y Mercantil, el cual también se encuentra ya derogado. ³²⁾

La infidelidad de cualquiera de los cónyuges, desplaza la causal tradicional consistente En el adulterio de la mujer de ésta forma se amplía el campo del divorcio, haciendo más fácil la prueba del cónyuge ofendido. Perdió por lo tanto el carácter delictivo que hasta ese entonces consideraba dicha causal y queda ubicada únicamente en el campo civil.

Aparece nuevamente como causal la impotencia absoluta o relativa, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y posterior al matrimonio, encontramos que se regulan ya no solo causales basadas en la culpabilidad, sino en la discrepancia objetiva (no culpable), tales como la enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges en las condiciones establecidas por la ley, la enfermedad incurable perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o la condena de uno de los cónyuges en sentencia firme.

Tales causales ya no contemplan únicamente el perjuicio causado al otro cónyuge en forma directa, sino establecen situaciones en las cuales sin mediar culpabilidad o dolor, se perjudica el matrimonio en sí mismo.

Esto solo es una breve mirada a través de las distintas legislaciones a las que ha estado sometida la institución del divorcio en Guatemala, para comprender el avance y aceptación que ha tenido en el sentir general, haciendo eco a las distintas teorías que consideran el divorcio como un remedio para evitar problemas suscitados durante el matrimonio.

³¹ Decreto Legislativo 1932.

³² Decreto Legislativo 2009.

Para un mejor análisis de los cambios operados en la regulación de dicha Institución (Divorcio y la separación) en nuestra legislación a continuación se expone el siguiente cuadro sinóptico.

2. 6. CUADRO SINOPTICO:

2.6.1. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CODIGO CIVIL DE 1877 PARA SOLICITAR EL DIVORCIO SIN ROMPIMIENTO DEL VINCULO MATRIMONIAL (Propiamente Separación).

- 1) Negar el marido los alimentos a la mujer.
- 2) La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
- 3) El concubinato escandaloso o incontinencia pública del marido.
- 4) La sevicia o trato cruel.
- 5) Adulterio de la mujer.
- 6) Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 7) El odio capital de alguno de ellos manifestado por frecuentes riñas graves.

2.6.2. CAUSALES CONTEMPLADAS EN (EL DECRETO 484) LEY DE DIVORCIO.

- 1) Adulterio de la mujer.
- 2) Concubinato escandaloso del marido.
- 3) Odio de alguno de ellos, manifestado por trato cruel o frecuentes riñas graves.
- 4) Atentado premeditado o reiterado de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 5) Abandono malicioso o ausencia inmotivada por mas de tres años.
- 6) Impotencia superviviente a la celebración del matrimonio y con las condiciones expresadas en el artículo 18 del Dto. 272.
- 7) Insistencia e inmotivada resistencia a pagar el débito conyugal.

– SEPARACION :

- 1) Las causas de divorcio y
- 2) Las causas designadas en el artículo 53 del Dto. 272.

2.6.3. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CODIGO CIVIL DE 1926.

- 1) Adulterio de la mujer.
- 2) Concubinato escandaloso del marido; y aún si esa circunstancia si se verificase en la morada conyugal.
- 3) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 4) Abandono voluntario o la ausencia inmotivada por mas de tres años.
- 5) Tentativa del marido de prostituir a su mujer; y la del marido o de la mujer para corromper a los hijos.
- 6) La separación de cuerpos después de un año de haber sido declarada judicialmente en sentencia firme.

- SEPARACION.

- 1) Cualquiera de las que motivan al divorcio.
- 2) La negativa infundada de uno de los cónyuges a alimentar al otro o a los hijos comunes, cuando a ello esté obligado por la ley.
- 3) La negativa de la mujer, sin graves y justas causas a seguir el marido.
- 4) La locura o enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea bastante, según la ley para declarar la interdicción.

2.6.4. CASUALES CONTEMPLADAS EN EL CODIGO DE 1933 SEPARACION O DIVORCIO..

- 1) Infidelidad de cualquiera de los cónyuges.
- 2) La sevicia o las ofensas graves.
- 3) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 4) La impotencia absoluta o relativa para cumplir los fines del matrimonio, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y posterior al matrimonio.
- 5) El abandono voluntario o la ausencia motivada por mas de dos años.
- 6) La separación de cuerpos, después de haber sido declarada en sentencia firme; o la de hecho durante tres años.
- 7) La incitación al otro cónyuge o a los hijos a la corrupción o al delito.
- 8) La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o los hijos comunes los deberes a que está legalmente obligado y la decipación de la hacienda doméstica.
- 9) Los hábitos de juego o embriaguez y el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenacen causar la rutina de la familia y constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
- 10) La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges, que sea bastante para declarar la interdicción.
- 11) Condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, a una pena mayor de cinco años de prisión por delitos comunes.
- 12) El hecho de que la mujer de 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.
- 13) Las ofensas del honor, la indignidad moral o la conducta que haga insoportable la vida en común, todo según la apreciación del juez.
- 14) La enfermedad incurable perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
- 15) El delito contra naturaleza y todas las forma de perversión o inversión sexual;
- 16) La denuncia o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delitos que merezcan pena mayor de dos años de prisión.

2.6.5. CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CODIGO CIVIL DE 1963 (VIGENTE) Artículo 155: SEPARACION Y DIVORCIO:

- 1) La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.
- 2) Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.

- 3) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos; por mas de un año;
- 4) La separación o abandono de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- 5) El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de la celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- 6) La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
- 7) La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir el uno con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;
- 8) La disipación de la hacienda doméstica;
- 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;
- 10) La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
- 11) Condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión;
- 12) La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
- 13) La impotencia absoluta o relativa para la recreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
- 14) La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción;
- 15) Así misma, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declaradas en sentencia firme.

CAPITULO III

3.1. CONCEPTO DE SEPARACION Y DIVORCIO:

De conformidad con el diccionario de la Real Academia Española SEPARACION significa: Acción y efecto de separar, o separarse. Interrupción de la vida conyugal por conformidad de las partes o fallo judicial, sin quedarse extinguido el vínculo matrimonial. Y DIVORCIO, acción y efecto de divorciar ú divorciarse.”³³⁾

3.2. CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS:

Tenemos que distinguir dos grandes sistemas; el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

3.2.1. DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS:

En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones y fidelidad, de administración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y por consiguiente a hacer vida marital.

3.2.2. DIVORCIO VINCULAR:

La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Dentro de este sistema podemos hacer una división bipartita a saber: Divorcio necesario y divorcio voluntario.

Nuestro código civil vigente no define claramente lo que es la separación o el divorcio, mas bien en forma breve se refiere a lo que sería el efecto de dichas instituciones.

Así en su artículo 153 establece: “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.”³⁴⁾

3.3. TEORIA SOBRE EL DIVORCIO:

Por ser el divorcio un punto controversial desde cualquier punto de vista (jurídico, social, económico, religioso, moral, etc.) han surgido varias teorías al respecto, de las que haremos un breve análisis a continuación:

3.3.1. DOCTRINAS RELIGIOSAS:

La religión católica ha sido una de las más grandes opositoras a la indisolubilidad del vínculo conyugal. Así tenemos que el derecho canónico no admitió

³³ Diccionario de la Real Academia Española Vigésima Primera edición

³⁴ Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia Rafael Rojina Villegas. Vigésima primera edición. Páginas 355 y 356.

el divorcio. Sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio.

En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron acabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que aún por adulterio podría disolverse el matrimonio. En los primeros siglos, incluso algunos padres de la Iglesia permitían el divorcio por el adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el derecho francés antiguo evolucionó conforme a esta idea, para prohibir el divorcio. En realidad no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse ni aún por adulterio.

La evolución se inicia en éstos términos y toma ya una trayectoria diferente, según que se trate del derecho francés o del derecho canónico.

3.3.2. DOCTRINAS LAICISTAS:

Las doctrinas no católicas al negar la indisolubilidad del vínculo conyugal, admiten como consecuencia lógica el divorcio con mayor o menor amplitud en cuanto a las causas que le dan origen.

Aplicadas dichas teorías, se ha introducido la institución del divorcio en casi todas las legislaciones modernas. Considerando que es un mal menor, cuya necesidad es imperativa para disminuir los males posteriores que podrían darse de continuidad de la vida conyugal entre dos personas que es imposible por una o varias causas que hagan vida armoniosa en común.

Al respecto los autores Planiol y Ripert dicen: “ Indudablemente el matrimonio se concierta para toda la vida, y para una unión a perpetuidad no dice que los esposos se comprometen pero quien dice perpetuidad no dice necesariamente indisoluble. A veces la vida en común se hace imposible, el hogar es foco de desorden, una causa permanente de escandalos, es un mal que resulta de las pasiones y debilidades humanas, produciéndose así una situación que el legislador debe de tomar en cuenta como responsables del orden y de las buenas costumbres.”³⁵)

3.4. CONSIDERACIONES SOBRE LAS DOCTRINAS EXPUESTAS:

Definitivamente, el ideal que une a dos personas es el de mantener la relación armoniosa y feliz para siempre sin pensar en la disolubilidad del mismo, sin embargo, en el transcurso de la vida conyugal puede suscitares tantas situaciones que hacen beneficiosa la separación o el divorcio en lugar de continuar en desavenencias conyugales que haga insoportable la vida en común evitando daños posteriores tanto en la pareja en sí misma como en la descendencia. Tanto la Iglesia como el Estado, consideran que el ideal del matrimonio en su indisolubilidad, y aseptan también que a

³⁵ Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Frances. Tomo II. Pág.372. La Habana 1946.

pesar de ser deseable que los cónyuges marchen unidos y con los menores problemas buscando el perfeccionamiento individual y de la sociedad, en muchos casos tal idea no se realiza. Por tal razón como un mal menor se aceptan estas dos instituciones.

3.5. LA ACCION DE LA SEPARACION Y EL DIVORCIO:

Al respecto el artículo 158 del código civil vigente establece: "El divorcio y la separación solo pueden solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a sus conocimientos los hechos en que se funde la demanda".

El artículo citado contiene dos supuestos: el primero se refiere al que está legitimado para ejercer la susodicha acción y el segundo aunque en forma por demás general e incompleta regula el aspecto de la extinción de la acción por el transcurso del tiempo. Dejando fuera totalmente tal situación del ejercicio de la acción por parte de los menores de edad o de los declarados en estado de interdicción ya que no es aplicable en estos casos la vigencia de las normas generales atinentes a la representación como lo es la Patria Potestad y la Tutela.

3.5.1. QUIEN PUEDE SOLICITAR LA SEPARACION O EL DIVORCIO:

El artículo citado, en forma clara establece que únicamente el cónyuge que no haya dado causa al mismo, puede solicitar el divorcio o la separación. De tal forma queda claro de carácter personal de dichas acciones, de donde se deduce que solo los cónyuges son quienes pueden iniciar y proseguir su separación o divorcio.

3.6. EL PROBLEMA DE LOS INCAPACES:

Tres posiciones pueden adoptarse al respecto: 1) Que se considere que la capacidad para contraer matrimonio lleve consigo la de ejercer la acción de separación o de divorcio sin intervención de Representantes o tutores; 2) Que únicamente los ascendientes o tutores puedan ejercitar la acción en representación del menor y 3) Que pueda ejercitar el menor pero con la asistencia de la Procuraduría de la Nación.

Considerando que si los menores de edad pueden contraer matrimonio mediante la autorización de sus padres o tutores o con autorización judicial la ley también debería autorizarlos para ejercitar la acción de separación o de divorcio.

Respecto a la capacidad establece el artículo ocho (8) del código civil establece que: "la capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley."

Como el artículo citado indica que los menores son capaces para los actos que la ley determine, consideramos que debe regularse el ejercicio de la acción de la separación o de divorcio de los incapaces interviniendo para el efecto la Procuraduría

General de la Nación en tanto para el caso de los menores de edad como para los incapaces.

3. 7. EXTINCION DE LA SEPARACION O DIVORCIO:

Este aspecto de igual manera no fue debidamente regulado en nuestro código civil, pues el artículo 158 únicamente expresa que la petición de divorcio o de separación debe iniciarse dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda, dicho artículo aparentemente claro, puede dar lugar a confusiones que podrían evitarse si se hubiera regulado con mayor claridad.

No es posible aplicar en forma rigurosa tal contenido en todos los casos en que puede fundarse una demanda de separación o divorcio. Por ejemplo el artículo 155 del mismo cuerpo legal citado expresa que son causas comunes para obtener la separación o el divorcio: "... 8°) La disipación de la hacienda domestica; 15) la separación de personas declaradas judicialmente."

En el primer caso, si el cónyuge se dio cuenta de que el otro disipaba la hacienda domestica al mes de casado, según la ley a partir de dicha fecha deberán contarse seis meses, transcurridos los cuales debe considerarse extinguido el derecho a solicitar el divorcio; surge el siguiente cuestionamiento: ¿se extingue el derecho a pesar que el cónyuge culpable, continúe disipando la hacienda domestica? Pensamos que no. En el segundo caso imaginemos que la sentencia declaró la separación de personas según la norma contenida en el artículo ciento cincuenta y ocho (158) únicamente podrá ser ejercido el derecho a pedir el divorcio hasta el último día del mes de noviembre del mismo año, pues de hecho transcurrido el plazo estipulado en la ley se extingue el derecho de ejercitar la acción. Al igual que el primer caso consideramos que no, ya que el derecho continúa vigente para el cónyuge inocente que no ejerció su acción esperando que el culpable se regenerase o sede la reconciliación en el segundo caso.

Por lo tanto la extinción de la acción estaría regulada adecuadamente si se hiciera un estudio profundizado sobre cada una de las causales que establece nuestro código civil vigente, ya que no todas las causales producen los mismos efectos sobre el cónyuge inculpada en vista que al parecer no se le deja ninguna oportunidad de regeneración o reconciliación a la pareja, lo que podría evitar la ruptura del vínculo matrimonial.

CAPITULO IV
SEPARACION Y DIVORCIO POR VOLUNTAD DE UNO DE LOS CÓNYUGES
MEDIANTE CAUSAL DETERMINADA:

4.1. CRITERIO DE AGRUPACION DE CAUSALES:

Las diversas legislaciones se han mostrado muy desiguales sobre el número y naturaleza de las causas de divorcios que admiten. Unas solamente admiten como tales las culpas graves cometidas por un esposo contra el otro, tal es el sistema del código de Napoleón y de la ley Francesa de 1884 que parcialmente se separa de las primitivas disposiciones del código, tal es el sistema también del código Neerlandés. Otras legislaciones permiten el divorcio por hechos que no tienen el carácter de incumplimiento a un deber matrimonial, como la emigración, el estado de ausencia, la locura etc. Al respecto escribe FERNANDEZ CLERIGO “ Entre los países que admiten el divorcio por justa causa, ya lo permitan o no por mutuo disenso aparece una importante diferencia: unos solo señalan motivos que indican culpabilidad por parte de los cónyuges; otros consignan como causa de divorcio situaciones que se producen en la vida y que, sin embargo no suponen culpa de ninguno de los esposos. Por lo que el principio de culpabilidad abarca cualquier acto que sea contrario al derecho conyugal o sea de toda acción de los cónyuges que signifique infracción jurídica a las normas establecidas en el código civil y que los mismos deben observar entendiendo de ésta manera que la culpabilidad de un cónyuge implica responsabilidad por el acto ilícito realizado.”³⁶⁾ “

Hemos de tomar en cuenta que cada causal significa un estudio profundizado sobre la misma y siendo que nuestro código civil guatemalteco cuenta en la actualidad con quince causales sobre las cuales se puede obtener la separación o el divorcio ha de estar consientes de que el juez respectivo en cada circunstancia debe establecer la verdad de la misma y los extremos que se afecta la relación conyugal y que se imposibilitan la vida en común, siendo en consecuencia circunstancias previstas por nuestra legislación en forma vaga o general de modo que pueda ser apreciada por el juez en cada caso concreto, según la posición social, la educación el carácter y la personalidad y demás condiciones subjetivas de los consortes para saber si veridicamente se hace intolerable continuar con la sociedad conyugal.

4.2. BREVE NOCION DE LAS CUSALES DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN
CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO:

4.2.1. LA INFIDELIDAD DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES: Infidelidad significa según el Diccionario de la Lengua Española: “Falta de Fidelidad que a su vez equivale a inobservancia de la fe que uno debe al otro, de donde tenemos que dicha causal se encuentran tipificados todos aquellos actos que ya ejecutados por el esposo o la esposa, tienden a atacar la fidelidad que se deben los cónyuges.”³⁷⁾

No obstante encontramos que el artículo ciento cincuenta y siete (157) del código civil establece, no son causas de separación ni de divorcio, los actos de

³⁶⁾ Diccionario de la Real Academia Española, Pág. 17 Vigésima Primera Edición. Espasa Calpe.

³⁷⁾ Ob. Cit. Pág. 17.

infidelidad cometidos en convivencia o con el consentimiento del otro cónyuge, o cuando después de consumados y conocidos por el otro, han continuado los cónyuges conviviendo.

La infidelidad es un hecho reprobado por la sociedad en general, motivo por el que al realizarse en cualquiera de las formas establecidas por el artículo ciento cincuenta y siete (157) del código civil, la causal prácticamente desaparece, pues dichos actos ya no representan contravención alguna contra la institución del matrimonio.

4.2.2. LOS MALOS TRATAMIENTOS DE OBRA, LAS RIÑAS, Y DISPUTAS CONTINUAS, LAS INJURIAS GRAVES Y OFENSAS AL HONOR Y EN GENERAL LA CONDUCTA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMUN: Al mencionar el código, que los malos tratamientos deben ser de obra, quiere dejar claro que estos deben exteriorizarse no por palabras, sino mediante acciones. De no encontrarse así podría dar lugar a confusiones, pues podría comprenderse dentro de tales actos las continuas y largas discusiones que al final hacen intolerable la vida en común.

La calificación de la gravedad de dichos actos queda al juicio del juez, ya que la ley al respecto no indica absolutamente nada.

En consecuencia los malos tratamientos en que se funda la demanda deberán ser realizados en un intervalo no mayor de seis meses para que pueda prosperar la demanda.

4.2.3. LAS RIÑAS Y DISPUTAS CONTINUAS: En cuanto a las riñas y disputas continuas, cabe señalar que el código civil se refiere a todas aquellas situaciones en que de palabra se discute con relación a diversos puntos de los que la pareja no esta de acuerdo, siendo o transformándose en altercados o contradicciones continuas que perturban la vida conyugal.

4.2.4. LAS INJURIAS GRAVES: Es importante establecer qué entendemos por injurias, de conformidad con el diccionario de la Real Academia Española injuria significa: "agravio ultraje de obra o de palabra. Hecho o dicho contra razón o justicia, daño o incomodidad que causa una cosa."³⁸

De donde podemos deducir que él termina injuria grave, incluye en sí mismo todos los actos que sin herir físicamente, afrentan o denigran. La apreciación de la gravedad de las injurias es mas es una cuestión de hecho que de derecho, debiendo tener en cuenta la ocasión o circunstancia en que se ha proferido.

La apreciación de la gravedad de las injurias el Doctor ISIDRO CORZO, escribe: "es una cuestión que debe estudiar el juez con detenimiento, pues entre la gente de pueblo, los cónyuges tienen la mala costumbre de insultarse con las palabras más depresivas al menor disgusto que altere al paz doméstica. Las expresiones soeces suben a sus labios tan natural y espontáneamente, que las pronuncian sin darse cuenta de su afrentoso significado. Sería pues excesivo disolver un matrimonio de personas mal

³⁸ Ob. Cit. Pág. 17.

educadas solo porque algunas veces prefieren en sus discusiones esas palabras y otras semejantes.

Por el contrario entre personas con un alto grado de educación y respeto representan una tremenda violacion de las obligaciones conyugales.” 38)

4.2.5. LA CONDUCTA QUE HACE INSOPORTABLE LA VIDA EN COMUN:

Por conducta entendemos, la manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones; y por insoportable, lo insufrible, intolerable, muy incomodo o enfadoso. De manera pues que cualquier acción de uno de los cónyuges efectuado en forma continua que provoque en la otro cualquier molestia o enfado insuperable, es motivo de divorcio en nuestra legislación. Esta causal es tan subjetiva que hace al juez difícil de calificarla, pues como se puede observar no puede seguirse una regla para calificar si la conducta denunciada hace realmente insoportable o no la vida del cónyuge demandante por el modo de referirse al modo de pensar o de sentir de una persona en su matrimonio.

4.2.6. EL ATENTADO DE UNO DE LOS CÓN YugES CONTRA LA VIDA DEL OTRO O DE LOS HIJOS:

La presente causal encierra un conflicto de competencia en razón de la materia, pues un juez civil no podra calificar ni apreciar como lo indica dicha causal cuando existe atentado de un cónyuge contra el otro, ya que esto correspondería totalmente a los tribunales de lo Penal, por lo que se establece para que funcione como causal de divorcio previamente deberá ser apresiado y calificado por los tribunales penales.

4.2.7. LA SEPARACIÓN O ABANDONO DE LA CASA CONYUGAL O LA AUSENCIA INMOTIVADA, POR MAS DE UN AÑO:

El artículo setenta y ocho (78) del código civil establece: “ El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con animo de permanencia y con el fin de vivir juntos procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliares entre sí.”

El artículo transcrito, señala que uno de los fines del matrimonio es vivir juntos, de ahí que la separación o abandono voluntario de la casa conyugal y la ausencia inmotivada por mas de un año, son hechos que el legislador considero como una infracción a la obligación del matrimonio, motivo por el cual debía ser considerados como causal para solicitar el divorcio.

4.2.8. EL HECHO DE QUE LA MUJER DE A LUZ DURANTE EL MATRIMONIO A UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE SU CELEBRACION, SIEMPRE QUE EL MARIDO NO HAYA TENIDO CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO ANTES DEL MATRIMONIO:

La presente figura puede dividirse en dos elementos:

- 1) El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de su celebración.
- 2) Que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.

38 Isidro Corzo, Leyret Ugarte. Ley del divorcio. Novisima sentencia. Constitución Pág. 17 la Habana 1917.

4.2.9. LA DENUNCIA O ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CÓNYUGE CONTRA EL OTRO; Y LA CONDENA DE UNO DE LOS CONYUGES; EN SENTENCIA FIRME, POR DELITO CONTRA LA PROPIEDAD O POR CUALQUIER OTRO DELITO COMUN QUE MEREZCA PENA MAYOR DE CINCO AÑOS DE PRISION.

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

Al no especificarse en dicha causal que la denuncia o acusación calumniosa debía ser de determinados delitos, debe entenderse que se refiere a todos y cada uno de los hechos que se encuentran tipificados como delitos en nuestro ordenamiento penal.

Para que pueda prosperar una demanda basada en tal causal será necesario que previamente se haya declarado por un Tribunal de lo Penal, que la denuncia del delito imputado o la acusación presentada son calumniosas.

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

Con relación a esta causal, ha habido muchas discusiones, pues algunos jurisconsultos la consideran adecuada y otros injusta Bulay__ citado por el Doctor Isidoro Corzo expone “ La ley establece en este punto algo que favorece al consorte honrado y delicado y contra el culpable e infamado; pretender que vivan juntos, es pretender juntar a un cadáver con un hombre vivo; así pues, esta causa de divorcio debe indudablemente admitirse por todos los pueblos. 40)

Por su parte Laurent, también citado por el doctor Isidoro Corzo expone: “El matrimonio tiene por objeto el perfeccionamiento de los cónyuges; si uno de ellos cae, debe darle la otro la mano para levantarle, antes de huir de él como un impuro”. 41)

Para algunos la base de esta causa es la de deshonorar pues con tal situación sufre la familia en su nombre como en su reputación; para otros es la inevitable separación que implica la condena, la razón de dicha causal.

**4.2.10. LA ENFERMEDAD GRAVE, INCURABLE Y CONTAGIOSA AL OTRO CÓNYUGE O A LA DESCENDENCIA.
LA ENFERMEDAD MENTAL INCURABLE DE UNO DE LOS CÓNYUGES QUE SEA SUFICIENTE PARA DECLARAR LA INTERDICCIÓN.**

A continuación se hace un estudio de ambas causales en forma conjunta, en virtud de que la gran similitud entre ellas existe es ovía, ya que ambas se refieren a enfermedades, la primera de orden contagioso y la segunda de orden mental.

La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, es causal de divorcio, en virtud de que se trata de dar protección a la familia en si misma fuera del hecho de que otra de sus consecuencias existe en la

⁴⁰ Ob. Cit. Pág. 18.

⁴¹ Ob. Cit. Pág. 19.

El artículo noveno (9°) del código civil establece que los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción y produce desde la fecha que se ha establecido en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser aprobado si se comprobara que la capacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.

Según el Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo cuatrocientos siete (407), la solicitud respectiva puedan hacerla las personas que tengan interés en el Ministerio Público. De lo anterior se deduce que el grado de enfermedad es decisivo pues la ley sola reconoce como enfermedad mental causante del divorcio, la incurable que excluya en grado tal la libre determinación que justifique la incapacitación dando lugar a la incapacidad de gestión plena.

4.2.11. LA IMPOTENCIA ABSOLUTA O RELATIVA PARA LA PROCREACIÓN SIEMPRE QUE POR SU NATURALEZA SEA INCURABLE Y POSTERIOR AL MATRIMONIO: Debemos dejar claro que la impotencia o incapacidad sexual puede ser de dos clases **Absoluta o Relativa**, la primera es la impotencia propiamente dicha y la segunda es mas bien el caso de esterilidad y consiste en incapacidad para la cópula e incapacidad para la procreación.

La base de está causal, consiste principalmente en el derecho de los cónyuges a mantener relaciones sexuales entre sí principalmente el derecho a la procreación o sea a la perpetuación de la especie. Por lo tanto la esterilidad es motivo de perturbación en las relaciones conyugales cuando uno de ellos aspira a tener hijos. En consecuencia se puede decir que existiendo este motivo, el matrimonio no ha llenado todos sus fines pues uno de estos es el de procrear hijos.

Nuestro código civil exige que la impotencia ya sea relativa o absoluta, para convertirse en causal de divorcio, debe ser incurable y posterior al matrimonio. Extremo que solo puede determinarse con intervención medica, pues de ninguna otra manera tal situación podría probarse. Exige que la impotencia sea posterior al matrimonio, puesto que dicho motivo se da con anterioridad y es causa de anulabilidad según lo estipula el inciso segundo 2° del artículo ciento cuarenta y cinco (145) del código civil. 42)

4.2.12. ES CAUSA PARA OBTENER EL DIVORCIO, LA SEPARACIÓN DE PERSONAS DECLARADA EN SENTENCIA FIRME: Para que ésta causal prospere, únicamente debe existir previamente una sentencia firme de separación, la cual puede obtenerse siguiendo un proceso ordinario de separación o un juicio voluntario de separación por mutuo consentimiento.

Una vez presentada la certificación en la que conste la sentencia de separación, el juez no tendrá facultad alguna para denegar el divorcio, pues esta causal exige como único requisito la separación previa declarada en sentencia y que la misma se encuentre firme.

⁴² Artículo 145. Es Anulable el matrimonio de los que adolezca de impotencia absoluta o relativa para la procreación siempre que sea perpetua, indurable y anterior al matrimonio.

4.3. ASPECTOS IMPORTANTES DEL PROCESO ORDINARIO DE SEPARACIÓN O DE DIVORCIO:

4.3.1 JURISDICCION Y COMPETENCIA:

El decreto ley 206 (Ley de Tribunales de Familia) en su artículo primero establece los Tribunales de familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia.

El artículo segundo (2º) de la misma ley, establece: “Corresponde 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 de parto, divorcio y separación nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.”

De tal manera que son los tribunales de familia a quienes les compete conocer por razón de la materia de los asuntos relativos al divorcio y a la separación, ya que con anterioridad fuera decretada la Ley de Tribunales de Familia, eran los tribunales del Ramo Civil quienes conocían dichos asuntos.

Con relación a la competencia en relación del territorio, el artículo doce (12) del Código Procesal Civil y Mercantil, dice: “Cuando se ejerciten acciones personales, es juez competente en asuntos de mayor cuantía, el de Primera Instancia el departamento en que el demandado tenga su domicilio; en el de menor cuantía el juez menor de su vecindad...” Así mismo establece en el artículo diecisiete (17) del citado cuerpo legal establece: “El demandante en toda acción personal, tendrá derecho de ejercitar su acción ante el juez del domicilio del demandado no obstante cualquier renuncia o sometimiento de éste.”

4. 3.2. VIA ORDINARIA:

El juicio de divorcio mediante causal determinada, no tiene estipulado una tramitación especial en el código procesal civil y mercantil, motivo por el cual debe ventilarse en juicio ordinario según lo establece el artículo 96 del relacionado código el cual expresa: Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en éste código, se ventilarán en juicio ordinario.

4. 3.3. DEMANDA:

Toda demanda que se interponga en los Tribunales civiles, o de familia tal como lo estipula el artículo 106 del código Procesal Civil y Mercantil deberá fijar los hechos con que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición.

En la demanda de divorcio debe indicarse con precisión cuales son los hechos que la fundamentan, enunciando el inciso o incisos del artículo 155 del código civil que fueron violados por el otro cónyuge y que motivan la interposición de la misma. De ésta manera habrá lealtad procesal hacia el otro cónyuge, quien conociendo los hechos que se le imputan exactamente, podrá defenderse o contrademandar.

Debe también el demandante acompañar a su demanda los documentos en que funde su derecho o designar con la mayor precisión posible el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales. Por lo tanto obligatoriamente deberá justificar el parentesco y el vínculo matrimonial acompañar a su demanda las certificaciones de las actas en que se encuentre asentado el matrimonio y el nacimiento de los hijos comunes, pues únicamente dichas actas prueban el estado civil de las personas; de acuerdo a lo establecido en el artículo 371 del código civil. Una vez presentada la demanda por el actor, el juez emplazará al demandado, concediéndole audiencia por nueve días. 43)

El demandado que ha sido emplazado tiene varios caminos a seguir:

– **REBELDIA:** Si no comparece dentro del término señalado a petición de parte se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se le seguirá el juicio en rebeldía.

El estatuto de la rebeldía fue creado por las legislaciones civiles para evitar que la incomparecencia a juicio por parte del demandado, obstaculizara que las demandas fueran resueltas por el juez, presumiendo que al no contestar la demanda, el demandado adopta la actitud de negar los hechos contenidos en la misma.

– **EXCEPCIONES PREVIAS:** Interponer excepciones previas durante los primeros seis días de notificado las cuales se resuelven por procedimiento de los incidentes. El artículo 116 del código procesal civil y mercantil establece que: El demandado puede plantear las siguientes excepciones previas:

INCOMPETENCIA.

LITISPENDENCIA.

DEMANDA DEFECTUOSA.

FALTA DE CAPACIDAD LEGAL.

FALTA DE PERSONALIDAD.

FALTA DE PERSONERIA.

FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL PLAZO O DE LA CONDICIÓN A QUE ESTUVIERE SUJETA LA OBLIGACIÓN O EL DERECHO QUE SE HAGA VALER.

CADUCIDAD.

PRESCRIPCIÓN.

COSA JUZGADA.

TRANSACCIÓN.

4.3.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA EN SENTIDO NEGATIVO:

Contestar la demanda únicamente en sentido negativo, con lo cual toda la carga de la prueba está a cargo del actor.

4.3.5. **RECONVENCIÓN:** Consiste en la demanda que el demandado a su vez interpone contra su demandante. Debido a tal situación, cada una de las partes reúne en sí mismo, las calidades del actor y demandado. La reconvencción tiene como finalidad

⁴³ Las certificaciones de las actas del Registro civil Prueban el estado Civil de las personas.

indirecta, anular la acción y por fin directo obtener una condena contra el acto originario.

4.3.6. ALLANAMIENTO: Junto con la conciliación, la transacción y el desistimiento, el allanamiento es considerado como una de las formas excepcionales de terminar el proceso. Por allanamiento, debemos entender, según expresa el Licenciado Mario Efraín Najera Farfán “ El acto por el cual la parte demandada manifiesta la conformidad con lo que pide el actor o más ampliamente, es el reconocimiento o sometimiento del demandado a las pretensiones contenidas en la demanda. Y digo pretensiones, así en plural, porque para que el allanamiento produzca todos sus efectos, debe ser total. Si solo fuera en parte, no acarrearía más consecuencias que reducir el objeto de la litis “. 44)

Por su parte Jaime Guasp, define el allanamiento como una declaración de voluntad del demandado por lo que este abandona su oposición del demandante. 45)

Por lo tanto podríamos concluir diciendo que efectivamente el allanamiento hecho en juicio, es un modo excepcional de finalizar el proceso, principio que recoge nuestro código Procesal Civil y Mercantil, en el artículo ciento quince (115) que prescribe: “Si el demandado se allanare a la demanda, el juez, previa ratificación fallará sin más trámite.”

Sin embargo, dicho principio que es recogido por gran mayoría de legislaciones, deja de tener en efecto lo relativo al proceso ordinario de divorcio, a tenor de lo estipulado en el segundo párrafo del artículo ciento cincuenta y ocho (158) del código civil, que establece que no puede declararse el divorcio o la separación con el simple allanamiento de la parte demandada.

4.3.7. PERIODO PROBATORIO: Si se hubieran interpuesto excepciones previas, estas fueran declaradas sin lugar, el demandado debe oponerse a la demanda, ya sea simplemente negados los hechos o interponiendo excepciones perentorias. En cualquiera de ambos casos, el proceso de be abrirse a prueba por el término de treinta días. 46)

Durante la dilación probatoria, cada una de las partes deberán probar las afirmaciones que hayan expuesto tanto en la demanda como en su contestación, para lo cual podrán valerse de los siguientes medios de prueba contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, artículo ciento veintiocho (128) “ Son medios de prueba

DECLARACION DE PARTE
DECLARACION DE TESTIGOS
DICTAMEN DE EXPERTOS
RECONOCIMIENTO JUDICIAL
DOCUMENTOS
MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA Y PRESUNCIONES.

⁴⁴ Najera Farfán, Efraín. Derecho Procesal Civil. Pág. 610.

⁴⁵ Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil. Pág. 532. Tomo II Madrid 1968.

⁴⁶ Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107, “Si hubiere hechos controvertidos, se abrirá a prueba del proceso por el término de treinta días.

4.3.8. VISTA Y SENTENCIA: El artículo ciento noventa y seis (196) del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Concluido termino de prueba, el secretario lo hará constar sin necesidad de providencia, agregará a los autos las pruebas rendidas y dará cuenta al juez. El juez de oficio señalará día y hora para la vista dentro del termino señalado por la ley del Organismo Judicial.”

Asimismo establece el artículo 198 del mismo cuerpo legal: “Efectuada la vista, o vencido el plazo del auto para mejor fallar, se dictará la sentencia, con forme a lo dispuesto en la ley del Organismo Judicial.”

Este es el procedimiento normal en todo juicio ordinario, a excepción de la que tiene por objeto declarar la separación o el divorcio, ya que el artículo ciento sesenta y cinco (165) del código civil prescribe “ Si la separación o el divorcio se demandaren por causas determinada, deberá el juez resolver las cuestiones a que se refiere el artículo 163 pero tanto en este caso como en el mutuo acuerdo, no podrán declararse la separación y educación de los hijos.”

En conclusión, el juez al declarar el divorcio o la separación tiene obligación de resolver los puntos estipulados para el divorcio o separación por mutuo acuerdo, pues los mismos son de vital importancia para la familia desintegrada, en especial para los hijos.

4.3.9. SENTENCIA: Cuando el juez considera debidamente garantizada la alimentación y educación de los hijos, dictará sentencia conforme lo establecen los artículos 198 del Código Procesal Civil y Mercantil; 158 y 168 de la Ley del Organismo Judicial, declarado con lugar el divorcio, si la causa o causales invocadas, han sido probadas en juicio.

La sentencia que declare el divorcio, deberá contener por lo menos los siguientes puntos:

- 1) Con lugar el divorcio y por lo tanto disuelto el vínculo conyugal.
- 2) A quien quedan confiados los hijos menores o incapaces, habidos en el matrimonio.
- 3) Pensión alimenticia para la educación y alimentación de los hijos y quien de los cónyuges o que ambos están obligados a proporcionarla, en éste caso, la proporción que corresponde a cada uno.
- 4) La pensión que deberá pasarse a la mujer inculpable; o al marido inculpable, cuando esté imposibilitado para dedicarse a trabajos que le proporcionen medio de subsistencia.

En ambos casos, la pensión deberá ser fijada tomando en cuenta las posibilidades de quien deba prestarla y las necesidades de quien ha de recibirla, y mientras no contraiga el alimentado nuevo matrimonio. Es requisito especial para que la mujer pueda gozar de dicha pensión que observe buena conducta.

- 5) La estimación del juez de que la garantía presentada es suficiente para la alimentación de los hijos.
- 6) La declaración de que la mujer divorciada no tiene derecho a usar el apellido del marido.
- 7) La declaración de condena en costas cuando proceda.

La sentencia queda firme al transcurrir tres días hábiles después de la última notificación a las partes, sin que hayan interpuesto recurso de apelación.

Surtiendo sus efectos y quedando pendientes únicamente las inscripciones en los registros respectivos.

CAPÍTULO V SEPARACION O DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO

5.1. LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO ESENCIAL.

Desde que se legisló el divorcio en Guatemala, se reguló que tanto éste como la separación podían solicitarse por voluntad de uno de los cónyuges mediante causal determinada o por mutuo consentimiento.

De ésta manera se logró un gran avance poniéndose nuestra legislación a la par de legislaciones modernas, que ya con anterioridad habían aceptado que tanto la separación como el divorcio podrían solicitarse por mutuo acuerdo de los cónyuges sin expresión de causa. En muchas ocasiones nuestra sociedad opta por solicitar el divorcio de mutuo acuerdo ya sea por conservar el buen nombre de la familia, o bien por no deshonrar al otro cónyuge en situaciones que se cree es mejor permanezcan en secreto, con el fin también de evitar el escándalo o la degradación de los mismos. Por lo tanto se establece que el legislador tomó en cuenta los motivos para permitir el divorcio y la separación por mutuo consentimiento o por voluntad de las partes, debiéndose entender como una causal más para solicitarlo, ya que el divorcio o la separación solo pueden ser declarados por causales enumeradas.

El divorcio o la separación por mutuo acuerdo en nuestra legislación se encuentran legislados de modo que basta la voluntad de los cónyuges para disolver el matrimonio (mediante la correspondiente declaración judicial) mientras que en el divorcio o la separación por causal determinada para dictarse la sentencia que deja sin efecto la vida en común o el vínculo, es necesario que haya habido una infracción a cualquiera de los quince incisos que indica el artículo 155 del Código Civil, la cual debe probarse.

De lo anterior se establece que el mutuo acuerdo de los cónyuges no debe figurar como una causal de divorcio, porque a lo que da lugar necesariamente es a un divorcio sin causal determinada.

5.2. CONSIDERACIONES ESPECIALES.

Casi todas las legislaciones que aceptan el divorcio por mutuo consentimiento, lo rodean de ciertas garantías que consideran necesarias para que no se convierta en una puerta ancha para el divorcio sin reflexión previa.

Así encontramos que el Código de Napoleón, según expone Mauricio Guzmán, Que: "Rodeaba el divorcio por mutuo consentimiento de una serie de requisitos para declarar la disolución del vínculo. Entre otros el Código de Napoleón requería: 1) La obligación de los cónyuges de hacer el avalúo y el inventario de sus bienes con anterioridad a la presentación de la solicitud de divorcio. 2) La obligación de justificar el consentimiento de los ascendientes de los consortes, para decretar la disolución del matrimonio o por mutuo consentimiento. 3) La obligación de comprobar que los cónyuges que pretenden divorciarse, tienen más de dos años de casados y menos de veinte; y que la mujer no ha cumplido los cuarenta y cinco años de edad. 4) Obligación de acreditar que son mayores de edad. 5) Obligación de comparecencia personal. 6)

Obligación de concurrir al tribunal por tres veces consecutivas a manifestar su voluntad de divorciarse. 7) Obligación para el juez de declarar sin valor todo lo actuado, si se falta a cualesquiera de las comparecencias fijadas. 47)

De las garantías enunciada con anterioridad nuestro código civil para conceder el divorcio por mutuo consentimiento, únicamente obliga a lo siguiente: a) Que haya transcurrido un año, contado a partir de la fecha del matrimonio. b) comparecencia personal. c) Que se presenten las bases de divorcio y sean aprobadas por el juez. Estas garantías se enuncian para comparar con las exigidas por el Código de Napoleón, pues además nuestro código civil establece otras garantías que están contenidas en las bases de divorcio.

5.3. PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACION Y DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO.

El procedimiento para que se decrete la separación o el divorcio es en su totalidad distinto a cualesquiera de los regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil.

El procedimiento está regulado en el libro cuarto de Procesos Especiales de Jurisdicción Voluntaria del decreto ley 107, y en él se contemplan en forma minuciosa las disposiciones relativas al mismo.

5.4. COMPETENCIA.

Con relación a la competencia el artículo veinticuatro (24) del Código Procesal Civil y Mercantil, es muy claro al prescribir "Para el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria son competentes los jueces de Primera Instancia, de acuerdo a las disposiciones de este código."

Las disposiciones a que se refiere el artículo anteriormente citado están contenidas en el artículo cuatrocientos veintiséis (426) del Código Procesal Civil y Mercantil, que indica que el divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal.

En consecuencia consideramos que siendo la competencia territorial prorrogable, la solicitud puede presentarse en cualquier de los tribunales de familia de la República, pues al presentarse la demanda en forma conjunta, existe sometimiento expreso de las partes al tribunal al cual acudan, hecho que está contemplado como caso de prórroga de competencia en el artículo cuarto (4º) inciso segundo (2º) del Código Civil, el cual preceptúa: "Se prorroga la competencia del Juez: 1º. ... 2º. Por sometimiento expreso de las partes ..." 48)

5.5 CONDICIONES NECESARIAS.

⁴⁷ Ob. Cit. Pág. 140.

⁴⁸ Artículo 4º. Inciso 2º. del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107

El mencionado artículo cuatrocientos veintiséis (426) establece que la solicitud podrá hacerse siempre que hubiere transcurrido más de un año contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. ⁴⁹⁾

Con esto el legislador trató por todos los medios, de dar oportunidad a que los cónyuges, al tomar una resolución de tan singular importancia estén plenamente conscientes del paso tan marcado que significa la separación o el divorcio; para esto fija un plazo necesario que debe transcurrir antes de que se tenga el derecho o la facultad de iniciar la demanda por mutuo acuerdo.

Siendo el plazo de un año requisito indispensable para poder acudir a la vía voluntaria en demanda que se decreta divorcio o la separación por mutuo acuerdo, ya que mientras el mismo no haya transcurrido, el juez no podrá dar trámite a la solicitud, si de los hechos expuestos en la misma se desprende tal extremo.

5.6. DEMANDA, BASES DE DIVORCIO, JUNTA CONCILIATORIA Y SENTENCIA.

– **DEMANDA:** La solicitud de separación o de divorcio por mutuo consentimiento debe de cumplir con los requisitos estipulados en el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil para toda primera solicitud.

Además establece el código procesal civil y mercantil, en el artículo 426 que con la solicitud deberán presentarse los documentos siguientes: 1) Certificación de la partida de matrimonio, de la partida de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido; 2) Las capitulaciones matrimoniales si se hubieren celebrado; y 3) Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Como ya quedó anotado, en la demanda de separación o divorcio por mutuo acuerdo, no debe indicarse la causa o motivo que ha impulsado a los cónyuges a tomar tal determinación, pues no es un hecho contemplado específicamente en la ley; lo que dará lugar al pronunciamiento del juez declarando el divorcio o la separación.

Es la voluntad de las partes y solo ella, es la que faculta al juez, sin analizar el fondo de tal determinación para resolver favorablemente la petición hecha por los cónyuges.

Como requisito especial de esta solicitud, las partes deben comparecer auxiliadas por distintos abogados en la misma solicitud. Esta obligación está prevista por la ley con el fin de que cada una de las partes esté perfectamente asesorada en sus obligaciones y especialmente sus derechos para no ser objeto de abuso o engaño.

– **BASES DE DIVORCIO:** Usualmente el proyecto de convenio se introduce en el cuerpo de la demanda, a pesar de que el artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil, literalmente establece: “Si no hubiere conciliación, en la misma junta o con posterioridad, se presentará al juez un proyecto de convenio en que conste, en su caso los siguientes puntos: a) A quien quedan confiados los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio. b) Por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando ésta obligación pese sobre ambos cónyuges en que proporción contribuirá cada uno de ellos. c) Que pensión deberá pagar el marido

⁴⁹⁾ Artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

a la mujer, si ésta no tuviere rentas propias que basten para cubrir sus necesidades. Y d) Garantía que se presta para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges. El convenio no perjudica a los hijos, quienes a pesar de las estipulaciones, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y educados con arreglo a la ley. ⁵⁰⁾

Dicho proyecto es preferible que se presente con la demanda, pues el artículo 163 del código civil que regula el mismo punto no indica en que fase deberá presentarse el mismo, y en segundo lugar, en virtud de que al presentarse conjuntamente con la demanda, ofrece al juzgador una visión más exacta de las circunstancias en que se encuentran los solicitantes, para así dictar la primera resolución ajustándose a la realidad. ⁵¹⁾

Así el artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, ordena al juez que al darle curso a la solicitud, decrete las medidas cautelares concernientes a la fijación de la pensión provisional, suspensión de la vida en común, a quien quedan confiados los hijos, y cuales quiera otras que estime conveniente. Por lo tanto al presentarse de una vez con la demanda de separación o de divorcio el proyecto de convenio, el juez puede cumplir con mayor eficacia el mandato legal contenido en el artículo citado. ⁵²⁾

— **JUNTA CONCILIATORIA:** El artículo cuatrocientos veintiocho (428) del Código Procesal Civil y Mercantil establece que una vez presentada la solicitud, el juez citará a las partes a una junta conciliatoria, para lo que señalará día y hora para que se verifique la misma dentro del plazo de ocho días. Los cónyuges deberán comparecer auxiliados por diferentes abogados. ⁵³⁾

La comparecencia es personal, pudiendo únicamente comparecer las partes mediante apoderado a éste acto, en el caso de que se encuentren fuera de la república. En caso de que ambos cónyuges estén fuera de la república deberá constituir cada uno de ellos apoderado para que los represente, no pudiendo designar ambos a un solo abogado.

Fuera del caso de que uno de los cónyuges o ambos se encuentren fuera de la república, y que para el efecto nombren apoderado, deberán asistir personalmente, de lo contrario se suspenderá dicha junta y se señalará una nueva.

La junta conciliatoria que determina la ley, tiene por objeto, que las partes ratifiquen ante el juez su solicitud; el juez les hará las reflexiones pertinentes a fin de que continúen con la vida conyugal y desistan de separarse o de divorciarse. Y si las partes se avienen el juez declarará el SOBRESSEIMIENTO DEFINITIVO.

Lo anteriormente comentado lo hemos extraído del artículo cuatrocientos veintiocho (428) del Código Procesal Civil y Mercantil que textualmente reza: "JUNTA CONCILIATORIA. El juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días. Las partes deberán comparecer PERSONALMENTE, auxiliadas por DIFERENTE abogado. Previa

⁵⁰⁾ Diego Espín Canovas, Ob.Cit. Página 12.

⁵¹⁾ Artículos 47,48,49 y 50 de la Constitución de la República de Guatemala.

⁵²⁾ Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

⁵³⁾ Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

ratificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones convenientes, a fin de que CONTINUEN LA VIDA CONYUGAL. Si aquellos se AVINIEREN, el juez declarará EL SOBRESIMIENTO DEFINITIVO. Únicamente el cónyuge que esté fuera de la república podrá constituir apoderado para este acto. EN NINGUN CASO pueden los cónyuges designar apoderado a una misma persona para tramitar estas diligencias". 54)

En caso de que persistieren en su decisión, presentarán el convenio o bases de divorcio, si no hubieren acompañado a la demanda, con lo que se dará por terminada la junta conciliatoria. Se levantará acta, suscrita por las partes y sus respectivos abogados.

— **APROBACION DEL CONVEIO:** El artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: "El Juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueren suficientes disponiendo en tal caso que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes si fuera procedente". 55)

— **SENTENCIA:** El artículo 431 del Código Procesal Civil y Mercantil establece lo siguiente: "Cumplidos los requisitos anteriores, e inscritas las garantías hipotecarias, en su caso, el juez dictará la sentencia dentro de ocho días, la que resolverá sobre todos los puntos del convenio y será apelable.

Después de seis (6) meses de haber causado ejecutoria la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede pedir que se convierta en divorcio, fundado en la ejecutoria recaída en el proceso de separación. Esta petición se resolverá como punto de derecho, previa audiencia por dos días a la otra parte. En caso de oposición se tramitará en juicio ordinario". 56)

5. 7. ASPECTOS JURIDICOS COMUNES DEL DIVORCIO DECLARADO EN JUICIO ORDINARIO O EN LA VIA VOLUNTARIA.

El artículo 433 del Código procesal Civil y Mercantil, establece que la sentencia de separación, la reconciliación posterior a ella y la sentencia de divorcio, será inscrita de oficio en el Registro Civil y en el de la Propiedad para lo cual el juez remitirá dentro del tercero día, certificación en papel español de la resolución respectiva.

Tal disposición es acorde con lo prescrito en los artículos 369 y 370 del código Civil, los cuales se refieren, el primero a que en el Registro Civil deben hacerse constar todos los actos concernientes al estado civil de las personas y el segundo que establece expresamente que en el Registro Civil deben efectuarse las inscripciones de divorcio, separación y reconciliación posterior.

Consideramos que la inscripción en el Registro Civil de cualquiera de éstos actos jurídicos tiene un efecto publicista de los mismos, ya que su omisión no afecta la sentencia que se haya pronunciado ya sea de separación o de divorcio, lo que no implica que para probar el estado actual de las personas sea necesario que aparezcan en los libros respectivos del Registro Civil tales inscripciones, pues a tenor de lo estipulado por el artículo 371 del Código Civil son las certificaciones de las actas del Registro

⁵⁴ Artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

⁵⁵ Artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

⁵⁶ Artículo 431 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

Civil las que prueban el estado civil de las personas, esto sería por una parte, ya que por otra se busca proteger a la familia, pues se podría cometer un delito para evadir responsabilidades, como por ejemplo lo estipulado en el artículo 352 del Código Penal.

CAPITULO VI EL DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DERECHO COMPARADO.

6.1. COMENTARIOS.

La importancia de este capítulo consiste en dar a conocer algunos aspectos de trascendencia en las legislaciones de otros países, por lo que más que todo haremos referencia al autor Rojina Villegas, QUIEN HACE UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE DIVORCIO VOLUNTARIO Y AL RESPECTO EN SU OBRA, compendio de Derecho Civil, nos dice: "El divorcio voluntario en el derecho comparado. A propósito del divorcio por mutuo consentimiento, conviene hacer una breve reseña en el derecho comparado. En las legislaciones europeas, el Código Civil francés o el Código de Napoleón, aceptó el divorcio por mutuo consentimiento, y lo siguieron el código de Bélgica, el de Rumania y el de Luxemburgo". 57)

Luis Fernando Clérigo, citado por Rojina Villegas nos dice: "Son pocas las legislaciones europeas que admiten el divorcio voluntario. Tuvo su nacimiento en el código de Napoleón, como ya tuvimos ocasión de expresar, pero fue suprimido de dicho cuerpo legal y actualmente en Francia no existe esta clase de divorcio. En cambio se ha conservado en Bélgica y Luxemburgo, donde sigue rigiendo el primitivo texto del Código francés. También existe en Rumania, a causa de la misma influencia francesa. Ni en Alemania, ni Suiza, ni Inglaterra, ni la legislación francesa, actualmente en vigor, admite la expresada forma de divorcio puramente voluntaria. En resumen en Europa existe en Bélgica, en Luxemburgo, en Rusia, en Rumania, en Suecia, en Dinamarca, en Estonia, en Letonia y en Portugal.". 58)

Continúa exponiendo Rojina Villegas, Que: "Rusia ha aceptado con toda libertad no solo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges. Uruguay ha seguido al código ruso, para permitir el divorcio por voluntad unilateral, solo de la mujer. En Rusia, hombre y mujer por su voluntad, pueden concurrir al juez para que decreta el divorcio, y por consiguiente no se necesita el mutuo consentimiento, con mayor razón procederá cuando éste existe. 59)

En Uruguay, sólo la mujer tiene este derecho de disolver su matrimonio por su voluntad, el marido no. Pero claro, ambos cónyuges pueden por su voluntad y de común acuerdo disolver el matrimonio. En América, además de determinadas restricciones como ocurre en México, se acepta el divorcio voluntario por Cuba, Guatemala, El Salvador, Panamá, Bolivia, Venezuela y Perú. Solo que en los nuevos Códigos Civiles de Venezuela y de Perú, primero hay una separación de cuerpos, por dos años en Venezuela, y hasta que transcurran, se puede pedir el divorcio por mutuo consentimiento; en Perú hay una separación de cuerpos por un año y una vez transcurrido, se puede pedir el divorcio por mutuo consentimiento." 60)

⁵⁷ Compendio de Derecho Civil, Rafael Rojina Villegas, Pág. 365. Editorial Porrúa, S.A. Mexico 1986.

⁵⁸ Ob. Cit. . Página 365.

⁵⁹ Ob. Cit.. Página. 365.

⁶⁰ Ob. Cit.. Página. 365.

Podemos decir que hay países en América que facilitan el divorcio voluntario y otros países que dificultan su trámite.

Marcel Planiol, citado por Rojina Villegas, expone lo siguiente: “En realidad la idea que parte del Código francés, se debe a Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre. En Francia, no obstante que se origina el divorcio voluntario y que así se estatuye en el Código Napoleón, después se suprime, continuando vigente en los países que lo siguieron: Bélgica, Luxemburgo y Rumania. Suecia, Dinamarca, Letonia, Estonia y Portugal, también lo admiten. En Francia, en realidad ya no hay divorcio voluntario en la actualidad, pero se ha llegado, como explica Planiol, a circunstancias todavía más graves, porque hay los divorcios simulados. No hay una verdadera causa de divorcio, pero como los consortes no pueden divorciarse por mutuo consentimiento, simplemente, por que ya no quieren continuar casados y no se les aceptaría esta manifestación de voluntad, entonces recurren a la inmoralidad de inventar una causa”.⁶¹⁾

6. 2. EL DIVORCIO NECESARIO EN EL DERECHO COMPARADO.

Ricardo Couto, mencionado por Rojina Villegas, se refiere a lo siguiente:

- “**1.- El derecho antiguo.-** El divorcio necesario existió desde la más remota antigüedad, ya la ley mosaica lo permitía. En Atenas se admitía también la disolución del vínculo matrimonial por determinadas causas.
- **2.- Derecho Romano.-** En el Derecho romano se reconoció tanto el divorcio necesario como el voluntario”.⁶²⁾

Manuel Rodríguez Carrasco, igualmente mencionado por Rojina Villegas, nos comenta: “En el primitivo derecho romano, para los matrimonios en los que la mujer estaba sujeta a la manus del marido, es decir, a una potestad marital férrea, equiparando a una hija, sólo el marido tenía el derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio, y había, por consiguiente, la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral.”.⁶³⁾

Posteriormente, continúa exponiendo Rojina Villegas, ya en la evolución del derecho romano, para los matrimonios en los que la mujer no estaba sujeta a la manus del marido, el derecho de repudiación se concedía a ambos cónyuges. Y cita a Marcel Planiol, quien hace el comentario siguiente: “Legislaciones antiguas. Las legislaciones antiguas, con las cuales se encontraba en contacto la Iglesia, admitían el divorcio, sobre todo, el derecho romano lo autorizaba de una manera amplia, sin intervención del juez, y sin exigir el consentimiento recíproco de las partes. El repudio unilateral era posible tanto de parte de la mujer como de parte del marido. Las costumbres germanas, así como la ley judía, permitían al marido repudiar a su mujer a voluntad y sin causa determinada”.⁶⁴⁾

⁶¹⁾ Ob. Cit. Pág. 366.

⁶²⁾ Ob. Cit. Pág. 366.

⁶³⁾ Ob. Cit. Pág. 366.

⁶⁴⁾ Ob. Cit. Pág. 367.

Rodolfo Sohn, citado por Rojina Villegas, hace le siguiente comentario: “Es indiscutible si en el derecho Romano la repudiación que ejercía en un principio el marido y que después correspondió a ambos consortes pudiese ser libre, sin expresión de causa, o tendría que fundarse en determinados motivos justificados. En verdad, hay textos que aluden a ciertas causas que implican faltas graves, como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la esposa o que el marido la prostituyere, el que un cónyuge incitara al otro para cometer algún delito, etc. Pero no se desprende necesariamente de estos textos que sólo cuando hubiese tales causas de divorcio podría ejercerse el derecho de repudiación. Por esto, la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podría fundarse en alguna causa, o podría llevarse a cabo sin expresión de ella. 65)

-- 3.- Derecho musulmán.- En la historia del divorcio conviene mencionar la evolución del mismo en el derecho musulmán. Tomamos de la obra de José López Ortiz, - Derecho Musulmán - continúa exponiendo el ilustre autor Rafael Rojina Villegas, el comentario que hace sobre las siguientes causas de divorcio en el derecho islámico: “Los que podríamos llamar, dentro del fic, pleitos de divorcio, pueden fundamentarse en las siguientes causas: impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación, si el conocimiento previo de estos derechos, y no obstante ellos la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar. Estos defectos o enfermedades pueden ser incurables, caso en el cual el cadí, sin más, disuelve el matrimonio; si no han desaparecido, disuelve el matrimonio. El adulterio tiene una consideración especial; ya se ha hablado de él en su aspecto de delito penado por la ley. Pero hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de fic bajo el título de lain –juramento imprecatorio-, con el cual el marido acusa a su mujer. Directamente tiende el procedimiento a hacer constar la rehusa del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene pruebas directas del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al cadí con la acusación; ante él hace el juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solamente su acusación apoyándose con tres juramentos a los que añade el cuatro, que contiene la imprecación ritual, de la maldición divina, si no dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los cuales se impreca también sobre si la colera divina –como las del marido son palabras sacramentales, evade la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto”. 66)

Con las argumentaciones anteriores podemos apreciar la repercusión que ha causado el divorcio en distintas legislaciones, y de tales apreciaciones Rojina Villegas hace mención de Mahoma de la siguiente manera: “Mahoma se preocupó de la facultad que también en el derecho islámico existía, para que especialmente el hombre pudiera repudiar a la mujer y como según las tradiciones musulmanas, y después conforme al Alcorán mismo, era lícita la facultad de repudiar, introdujo una idea de tipo religioso para limitarla, considerando que para Alá era odiosa esa facultad, no obstante que conforme al derecho era lícita. De aquí, la innovación que hizo Mahoma para que se tuviese que repudiar con juramento, invocando una determinada causa, aun cuando no se probase. Por ejemplo: el adulterio, la indocilidad de la mujer, y según las costumbres

⁶⁵ Ob. Cit. Pág. 367.

⁶⁶ Ob. Cit. Pág. 367.

jurídico-religiosas, habría que repartirla repudiación hasta tres veces. Entretanto, cuando este derecho lo ejercía el marido, la mujer entraba en un periodo de espera por tres meses, a fin de que el marido pudiese repudiarla sucesivamente en ese lapso. Esto no quiere decir que la repudiación tuviera que hacerse mensualmente, para que a través de tres repudiaciones en esa forma quedase disuelto el matrimonio. Se consideró necesario este término de espera, fundamentalmente dentro de la idea religiosa de Mahoma, a fin de no invocar el juramento ante Alá, sin reflexionar sobre él, así como permitir la reconciliación. Generalmente se obtenía ésta, pero también, para aquel que quería ejercer la repudiación en un solo acto, bastaba con que dijese que repudiaba a su cónyuge a través de una repudiación triple y, por lo tanto, ya no tendría que repetir las repudiaciones sucesivas. ⁶⁷⁾

-- **4. - Derecho francés antiguo.-** Tiene importancia también, señalar la evolución del matrimonio en el antiguo derecho francés, en virtud de que posteriormente el Código de Napoleón va a servir de inspiración a los Códigos europeos. ⁶⁸⁾

-- **5. - Derecho canónico.-** El derecho canónico no admitió el divorcio. Sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio sí podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aún por adulterio, podría disolverse el matrimonio. En los primeros siglos, incluso algunos padres de la iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea de que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el derecho francés antiguo evolucionó conforme a esta idea, para prohibir el divorcio. En realidad, no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse, ni aún por adulterio.

La evolución que se inicia en estos términos toma ya una trayectoria diferente, según que se trate del derecho francés o del derecho canónico. ⁶⁹⁾

6. - Derecho Francés moderno.- En el derecho Francés la evolución se produjo de la siguiente manera: fue hasta la Revolución Francesa como las ideas respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor. Sin embargo, no fue en la primera constitución francesa de 1791 como se estableció legalmente el divorcio, sino hasta un año siguiente, es decir, de 1792. Esta ley francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable. También la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio.

En el Código de Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código Napoleón, pero con motivo de una Carta constitucional de 1814 que le dio al

⁶⁷⁾ Ob. Cit. Pág. 368.

⁶⁸⁾ Ob. Cit. Pág. 368.

⁶⁹⁾ Ob. Cit. Páginas: 368 y 369.

catolicismo el valor de religión de Estado, por la ley de 1816 se suprimió el divorcio. Se ha interpretado esta ley de 1816, como un desagravio a la Iglesia, causado por la Revolución Francesa, que a su vez trajo como consecuencia que el catolicismo no fuese religión de Estado. 70)

A partir de 1816 y hasta 1884, no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de Estado. Era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las Cámaras de Diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron siempre rechazados. No fue sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de ley de 1792, sino más bien en la forma que lo estableció el Código Napoleón. Es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia y de condenas criminales. 71)

-- **7. - Derechos europeos y americanos.** En Europa, en realidad las disposiciones del Código francés inspiraron a los Códigos de Bélgica, Luxemburgo y Rumania, para admitir el divorcio sanción, es decir, el divorcio ante causas graves pero países como España e Italia no lo admitieron. Más aún tuvieron la idea de la indisolubilidad del vínculo aún en los casos de adulterio. Siguieron al derecho canónico en cuanto a la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas. 72)

“El divorcio Pleno o en cuanto al vínculo, es una de las instituciones jurídicas objeto de las más ardientes controversias doctrinales y de más acentuada diversidad legislativa. He aquí un resumen de los principales sistemas que se practican en los pueblos modernos:

1. - El de las legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio (Italia, España, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay).
2. - Legislaciones que lo rechazan para los católicos, (Inglaterra, Austria, Servia, Bulgaria).
3. - Legislaciones que admiten el divorcio, pero sólo por causas determinadas que implican faltas graves de los cónyuges (Francia, Portugal, Inglaterra, Holanda, Honduras).
4. - Legislaciones que lo admiten, aún por ciertos hechos que no revisten el carácter de faltas (Alemania, Suiza, Estados Unidos de América).
5. - Legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo (Bélgica, Portugal, Ecuador, Venezuela, Guatemala, Cuba, Santo Domingo y Nicaragua).
6. - Legislaciones que admiten el divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges (Unión Soviética y en algún aspecto, Uruguay)”. 73)

6. 3. SISTEMAS DE DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.

⁷⁰ Ob. Cit. Pág. 370.

⁷¹ Ob. Cit. Pág. 370.

⁷² Ob. Cit. Pág. 370.

⁷³ Ob. Cit. Pág. 370.

Independientemente de esta evolución histórica por lo que se refiere al divorcio necesario, pueden clasificar dos grandes formas del mismo: El divorcio sanción y el divorcio remedio. Se llama divorcio sanción a aquel que se establece por causas graves, como delitos, hechos inmorales, actos que implican el incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o que sean contrarios al estado matrimonial, por cuanto que destruyan la vida en común, así como los vicios: abuso de drogas enervantes, embriaguez consuetudinaria, o el juego, cuando constituya un motivo constante de desavenencia conyugal. El divorcio remedio ya no supone una culpa, sino que se decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos cuando existan enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias. 74)

— **Sistemas generales encuancto las causas de divorcio.** Las diversas legislaciones se han mostrado muy desiguales sobre el número, y naturaleza de las causales de divorcio que admiten. Unas solamente admiten como tales las culpas graves cometidas por un esposo contra el otro: tal es el sistema del Código de Napoleón y de la ley francesa de 1884 que parcialmente se separa de las primitivas disposiciones del Código; tal es también el sistema del Código neerlandés. Otras legislaciones permiten el divorcio por hechos que no tienen el carácter de incumplimiento a un deber. Como la emigración, el estado de ausencia, la locura. Es éste el sistema de la ley francesa de 1792 y del Código Civil alemán. Ambas categorías de legislaciones se basan en dos concepciones diferentes del divorcio: las primeras lo consideran como una sanción de los hechos que no son imputables a culpa de uno de los cónyuges, no son causas de divorcio, debiendo el otro soportarlos por enojos que sean para él, como riesgos inseparables de la existencia humana. Las segundas, por el contrario, ven en el divorcio un remedio de liberar a uno de los esposos del lazo conyugal, tan pronto como pueda alcanzarse ya el fin del matrimonio, aunque no haya ninguna culpa por parte del otro cónyuge. 75)

⁷⁴ Ob. Cit. Pág. 371.

⁷⁵ Ob. Cit. Pág. 371.

CAPITULO VII

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN NUEVO SISTEMA DE DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL

7.1 GENERALIDADES.

Antes de empezar a analizar el presente capítulo, es necesario comentar que la presente investigación no es una crítica al actual sistema de divorcio de nuestra legislación civil, sino más bien se trata de dar a conocer la necesidad de implementar un nuevo procedimiento, el cual podría contribuir a descongestionar los Tribunales de Familia ya que este nuevo procedimiento trataría de cumplir con el principio de celeridad.

Lo fundamental en resumen es advertir que en la práctica del actual sistema de divorcio, específicamente en el divorcio por causa determinada, la mayoría de veces estos procesos duran mucho tiempo (se inicia por una de las partes y se tramita en juicio ordinario). Por lo que consideramos que no cumple con el principio de celeridad, ya que en materia de familia es importante darle trámite lo más pronto posible a estos procesos.

Por tales razones se estima necesario implementar un nuevo sistema para cumplir de esta forma con el principio de celeridad en mención.

Creemos que es importante dar una concepto personal de lo que significa procedimiento y sistema.

-- **PROCEDIMIENTO:** Por procedimiento entendemos "acción de proceder. Método de ejecutar algunas cosas".

-- **SISTEMA:** Por sistema entendemos que "es un conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí, conjunto de cosas que ordenadamente entre sí contribuyen a determinado objeto. Es considerado como sinónimo de método, plan, procedimiento".

Es importante recordar antes de analizar a fondo el tema, lo siguiente: Que en nuestro país en el año de 1894 se legisló el divorcio con carácter absoluto y se regulo a la vez tanto este como la separación y podía solicitarse por voluntad de uno de los cónyuges mediante causal determinada o por mutuo acuerdo de los mismos.

Como se puede apreciar con lo anteriormente expuesto, nuestra legislación dio un gran avance, logrando así equipararse con las legislaciones modernas, que con anterioridad habían acogido este sistema y logrando aceptar que el divorcio y la separación pudieran declararse por mutuo consentimiento de los cónyuges sin causa determinada.

Algunos autores como Mauricio Guzmán, opinan que no es propiamente la voluntad libérrima de los cónyuges, el fundamento del divorcio y la separación por mutuo acuerdo, sino que la ley lo admite con el fin de que los esposos no se vean obligados a deshonorar a su familia, cuando por conveniencia social la causa debe quedar secreta. ⁷⁶⁾

⁷⁶ Mauricio Guzmán. La acción de Divorcio en la Ley Salvadoreña, Pág. 142. San Salvador, 1956.

Lo anteriores muy atinado ya que en la práctica se dan casos en que los cónyuges para evitar escándalos o, la deshonra de uno de ellos (o bien de ambos) quieren divorciarse o separarse sin necesidad de tener que dar a conocer las circunstancias que los motiva a ello, circunstancias que podrían traer sobre el cónyuge culpable, condenas criminales en algunos casos, como podría suceder si la demanda de divorcio debiera entablarse, por ejemplo, en el hecho de que uno de los cónyuges hubiera intentado matar al otro, o el escándalo en el caso de adulterio de la mujer, la embriaguez, la drogadicción, etc.

En conclusión los seguidores de este pensamiento, manifiestan que los motivos que el legislador tomó fueron para permitir que el divorcio y la separación por mutuo consentimiento o por voluntad de las partes, debe tenerse como una causal mas para solicitarlo, ya que el divorcio o la separación solo pueden ser decretados por causas legales.

Por esta razón algunos Códigos como el de El Salvador, contemplan el mutuo consentimiento como una de las causales establecidas para solicitar el divorcio o la separación por cualquiera de las dos medidas.

En nuestra opinión creemos que la voluntad de uno de los cónyuges no se debe de tener como causal para solicitar el divorcio o la separación, sino como un procedimiento perfectamente regulado por el derecho, distinto a la forma de obtener tal declaración mediante causal determinada, por encontrarse en el extremo opuesto.

En efecto, por causal de divorcio (o de separación) debemos entender una forma de conducta humana, contemplada por el Código Civil, que al producirse por parte de alguno de los cónyuges se da el derecho del cónyuge inculpable a solicitar la declaración pertinente de separación o divorcio, ante los tribunales de familia correspondientes.

Por lo tanto debe existir un hecho contemplado en la ley como una infracción a los deberes derivados del matrimonio, para que pueda solicitarse la cesación de la vida conyugal.

Dicha situación no se da a nuestro parecer, en la demanda de divorcio que se hace por mutuo consentimiento, pues en la misma únicamente actúa la voluntad, que según el Diccionario de la lengua española, debe entenderse como libre albedrío o libre determinación. ⁷⁷⁾

El divorcio o la separación por mutuo acuerdo, en nuestra legislación se encuentran reguladas de modo que exista causa o no, basta la voluntad de los cónyuges para disolver el matrimonio (mediante la declaración judicial), mientras que en el divorcio o la separación por causa determinada, para dictar sentencia que deje sin efecto la vida en común o el vínculo, es necesario que haya habido una infracción a cualquiera de los quince incisos del artículo 155 del código civil, la cual debe probarse.

Por lo anterior concluimos, que el mutuo acuerdo de los cónyuges no debe ser causal de divorcio, por que a lo que da lugar necesariamente, es a un divorcio sin causal

⁷⁷⁾ Ob. Cit. Pág 1352.

de terminada, donde ambos cónyuges consideran de mutuo acuerdo y por su propia voluntad en divorciarse.

Casi todos los que combaten esta forma de divorcio, discuten de que es un simple camino para llegar al libertinaje sexual, que allana todo obstáculo que la conciencia y la moral puedan imponer para conservar la familia.

Por nuestro lado consideramos que en la mayoría de casos, es una injusticia obligar a dos personas a convivir contra su voluntad, estando las mismas de acuerdo en separarse. Además, el divorcio por mutuo acuerdo, elimina la posibilidad de que los cónyuges recurran encontrar de su conciencia, inventando causales que no existen para lograr obtener el divorcio por causal determinada, para lograr la cesación de un vínculo que ya no desean.

Por lo tanto, una vez aceptado el divorcio absoluto mediante causal determinada, debe aceptarse también que se decreta por mutuo acuerdo, ya que es indudable que si dos personas están dispuesta a concluir su vida matrimonial, lo logren en base de alguna causal inexistente, es decir, que en realidad no ha surgido verdaderamente.

Cuando no hay una compatibilidad entre los cónyuges se busca disolver el vínculo de común acuerdo para evitar llegar algún extremo que podrían engendra una causal determinada tales como las riñas, las injurias, los malos tratos u otros hechos que puedan degenerar en delitos y mal ejemplo para los hijos.

En la mayoría de legislaciones que aceptan el divorcio por mutuo consentimiento, lo rodean de ciertas garantías, que consideran necesarias para que no se conviertan en una puerta ancha para el divorcio sin reflexión previa.

De conformidad con las anteriores consideraciones, el Código de Napoleón, según expone Mauricio Guzmán, rodeaba el divorcio por mutuo consentimiento de una serie de normas, como requisitos necesarios para declarar la disolución del vínculo matrimonial. ⁷⁸⁾

Entre otras, el Código de Napoleón requerían:

- a) La obligación de los cónyuges de hacer el avalúo y el inventario de sus bienes con anterioridad a la prestación de la solicitud de divorcio
- b) La obligación de justificar el consentimiento de los ascendientes de los consortes, para que pretendan divorciarse, tienen que tener más de dos años de casados y menos de veinte; y que la mujer no ha cumplido los cuarenticinco años de edad.
- c) Obligación de acreditar que son mayores de edad.
- d) Obligación de comparecencia personal.
- e) Obligación de concurrir al tribunal, por tres veces consecutivas a manifestar su voluntad de divorciarse;

⁷⁸⁾ Najera Farfán Efraín, Derecho Procesal Civil Guatemalteco, 1970. Pag. 140.

f) Obligación por el juez de declarar sin valor todo lo actuado, si se falta a cualesquiera de las comparecencias fijadas. ⁷⁹)

De las garantías enunciadas anteriormente, nuestro Código Civil, para conceder el divorcio por mutuo consentimiento, únicamente obliga a lo siguiente:

- a) Que haya transcurrido un año, contado á partir de la fecha de matrimonio
- b) Comparecencia personal;
- c) Que se presenten las bases de divorcio y sean aprobadas por el juez. ⁸⁰)

Las anteriores garantías son mencionadas para equipararlas con las comentadas por las del Código de Napoleón, pues además nuestro Código Procesa Civil estipula otras garantías que se contienen en las bases de divorcio de conformidad con el Artí 129 de dicho cuerpo legal. ⁸¹)

7.2. PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACIÓN Y DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA.

En nuestro actual sistema el procedimiento a seguir para poder decretar ya sea la separación o bien el divorcio, es distinto a los establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que el procedimiento esta regulado en el cuarto libro de procesos especiales de jurisdicción voluntaria, decreto Ley 107, y en él se contempla la forma de las disposiciones relativas al mismo. ⁸²)

-- COMPETENCIA:

En cuanto a la competencia, el artículo 24 del Código Procesal Civil y Mercantil, es muy claro al prescribir que: "Para el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria, son competentes los jueces de Primera Instancia, de acuerdo a las disposiciones de este Código". ⁸³)

Las anteriores disposiciones en el párrafo anterior son citadas por el artículo en mención, igualmente las encontramos contenidas en el artículo 426 del mismo cuerpo legal, que nos indica que el divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán pedirse ante el juez del domicilio conyugal.

Por lo anteriormente expuesto, consideremos que siendo la competencia territorial prorrogable, la solicitud puede ser presentada en cualquier Tribunal de Familia de la República, ya que al presentar la demanda, en forma conjunta, existe sometimiento expreso de las partes al tribunal al cual acuden, hecho que está

⁷⁹ Ob. Cit. Pag. 140.

⁸⁰ Artículos 426, 428 y 429 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

⁸¹ Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

⁸² Artículos 426 al 434 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

⁸³ Ob. Cit. artículo 24.

contemplado como caso de prórroga de competencia en el artículo 4o. inciso 2o. del Código Procesal Civil y Mercantil. ⁸⁴⁾

7. 3. CONDICIONES NECESARIAS.

El mencionado artículo 426, establece que la solicitud puede hacerse siempre que hubiere transcurrido más de un año contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. ⁸⁵⁾

Con esto podemos apreciar que el legislador trato de dar la oportunidad para que los cónyuges, al tomar una resolución de tan singular importancia, estén plenamente conscientes del paso trascendental que significa la separación o divorcio; para esto, fija un plazo necesario que debe transcurrir antes de que se tenga el derecho o la facultad de iniciar la demanda por mutuo consentimiento.

El plazo de un año es requisito indispensable para poder acudir a la vía voluntaria en demanda de que se decrete el divorcio o la separación por mutuo acuerdo, ya que mientras el mismo no haya transcurrido, el juez no podrá dar trámite a la solicitud, si de los hechos expuestos en la misma se coligiere tal extremo.

7.4 DEMANDA, BASE DE DIVORCIO, JUNTA CONCILIATORIA, Y SENTENCIA.

— **Demanda:** La solicitud de divorcio por mutuo acuerdo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo cuatrocientos sesenta y uno (461) del código procesal civil y mercantil, para toda primera solicitud.

Además establece el código procesal civil y Mercantil, en el artículo 426 que con la solicitud deberán presentarse los documentos siguientes:

- 1o. Certificaciones de la partida de matrimonio, de la partida de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido;
- 2o. Las capitulaciones matrimoniales si se hubieren celebrado; y
- 3o. Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Como ya lo hemos expresado anteriormente, en la demanda de separación o de divorcio por mutuo acuerdo, no debe indicarse la causa o motivo que ha impulsado a los cónyuges a tomar tal determinación, pues no es un hecho contemplado específicamente por la ley, lo que dará lugar al pronunciamiento del juez declarando el divorcio o la separación.

⁸⁴⁾ Ob. Cit. Artículo 4.

⁸⁵⁾ Ob. Cit. Artículo 426.

Es la voluntad de las partes, y solo ella, la que faculta al juez, sin analizar, el fondo, de tal determinación, para resolver favorablemente la petición hecha por los cónyuges.

Como requisito especial de esta solicitud, las partes deben comparecer auxiliadas por distintos Abogado en la misma solicitud. Esta obligación está prevista por la ley con el fin de que cada una de las partes esté perfectamente asesorada en sus obligaciones y especialmente sus derechos, para no ser objeto de abuso o engaño.

– **BASES DE DIVORCIO:** Usualmente el proyecto de convenio se introduce en el cuerpo de la demanda, a pesar de que el artículo 429 del código Procesal Civil y Mercantil, literalmente establece: Si no hubiere conciliación, en la misma junta o con posterioridad, se presentará al juez un proyecto de convenio en que conste, en su caso los puntos siguientes:

- 1o. A quién quedan confiados los hijos menores o incapaces 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 que proporción contribuirá cada una de ellos;
- 3o. Que pensión deberá pasar el marido a la mujer, si esta no tuviere rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y
- 4o. Garantía que se presta para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges. El convenio no perjudicará a los hijos, quienes a pesar de las estipulaciones, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y educados conforme la ley.

Dicho proyecto es preferible que se inserte en la demanda pues el artículo 163 del Código Civil, que regula el mismo punto no indica en que fase deberá presentarse el mismo, y en segundo lugar, en virtud de que al presentarse conjuntamente con la demanda, ofrece al juzgador una visión más exacta de las circunstancias en que se encuentran los solicitantes, para así dictar la primera resolución lo más ajustado a la realidad.

El artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, ordena al juez que al darle curso a la solicitud, decrete las medidas cautelares concernientes a la fijación de la pensión provisional, suspensión de la vida en común, a quién quedan confiados los hijos, y cualesquiera otras que estime convenientes. Por lo tanto, al presentarse de una vez con la demanda de separación o de divorcio el proyecto de convenio, el juez puede cumplir con mayor eficacia el mandato legal contenido en el citado artículo 427, dictando las medidas cautelares pertinentes con base en la voluntad de los cónyuges expresada a través de las bases del divorcio.

De no presentarse en dicha forma las bases de divorcio, la situación del juez se hace un tanto difícil, pues no tiene conocimiento de la posición económica de los cónyuges, ni si existe alguna razón por lo cual los hijos menores deban quedar bajo la guarda del padre y no de la madre, etc.

Además, se elimina la posibilidad de que se ejerza coacción o engaño por parte de uno de los cónyuges para con el otro, en lo que respecta a las bases de divorcio, pues aún queda pendiente la comparecencia personal de los cónyuges a la junta conciliatoria, en la cual ratificarán tanto la demanda como lo relacionado a las bases de divorcio, sobre las cuales, con conocimiento previo, el juez puede hacer las observaciones pertinentes. Incluso sobre la base de estas observaciones, las partes pueden perfectamente modificar las bases presentadas. Estas bases de divorcio ya fueron estudiadas al tratar el divorcio por causal determinada, debiendo agregar únicamente que en aquel caso el juez determina cada uno de los puntos que estipula el citado artículo 429 del Código Procesal Civil Mercantil, mientras que en el divorcio por mutuo acuerdo los puntos los fijan las partes y a tal voluntad debe apegarse el juez al dictar sentencia.

-- **JUNTA CONCILIATORIA:** El artículo 428 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que una vez presentada la solicitud, el juez citara a las partes a una junta conciliatoria, para lo cual señalará día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días.

A esta junta conciliatoria en mención los cónyuges deberán comparecer auxiliados por diferentes Abogados.

La comparecencia es personal, pudiendo únicamente comparecer las partes mediante apoderado a este acto, en el caso de que se encuentre fuera de la república. En caso de que ambos cónyuges estén fuera de la república, deberá constituir cada uno de ellos apoderado para que los represente, no pudiendo designar ambos a uno solo.

Fuera del caso de que uno o ambos cónyuges se encuentren fuera de la república, y que para el efecto nombran apoderado, deberán asistir personalmente; de lo contrario se suspenderá dicha junta y se señalará una nueva.

La junta conciliatoria que termina la ley, tiene por objeto, que las partes ratifiquen ante el Juez su solicitud; el juez les hará las reflexiones convenientes a fin de que continúen con la vida conyugal y desistan de su separación o divorcio. Si las partes se avienen, el juez declarará el sobreseimiento definitivo.

En caso de que persistan en su actitud, presentarán el convenio o bases de divorcio, si no lo hubieren acompañado en la demanda, con lo cual se dará por terminada la junta conciliatoria aludida, de la cual se levantará un acta, suscrita por las partes y por sus respectivos Abogados.

-- **APROBACION DEL CONVENIO:** El artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece: "El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueran suficientes, disponiendo, en tal caso que se proceda a otorgar las escrituras correspondientes, si fuere procedente".

Sobre la base de la reforma propuesta para el artículo 165 del código Civil y para que no exista contradicción entre normas distintos cuerpos legales que regulan la misma materia (código civil y código Procesal Civil y Mercantil), también el artículo transcrito debería modificarse de la siguiente forma:

Artículo 430. El juez aprobará el convenio si estuviere arreglado a la ley, y si fuere procedente, mandará otorgar los contratos correspondientes.

La aprobación del convenio debe hacerse mediante un auto razonado, contemplado todos los aspectos propuestos por las partes en el mismo, en el cual como se expresa en el artículo 430 (reformado) debería si fuere procedente mandar otorgar los contratos correspondientes.

Optamos por introducir la palabra “ Contratos” en vez de “escrituras” por considerar el vocablo más correcto, pues no siempre será el otorgamiento en escritura pública, sino que puede ser en documento privado o mediante acta levantada en el mismo tribunal, lo que se estaría encuadrado en el concepto de contrato establecido en el artículo 1517 del Código Civil que prescribe: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

-- **SENTENCIA:** El artículo 431 del código Procesal Civil y Mercantil, establece: “Cumplidos los requisitos anteriores, e inscritas las garantías hipotecarias, en su caso, el Juez dictará la sentencia dentro de ocho días, la que resolverá sobre todos los puntos del convenio y será apelable.

Después de seis meses de haber causado ejecutoria la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede pedir que se convierta en divorcio, fundado en la ejecutoria recaída en el proceso de separación. Esta petición se resolverá como punto de derecho, previa audiencia por dos días a la otra parte. En caso de oposición, se tramitará en juicio ordinario.” ⁸⁶⁾

El mencionado artículo, contiene el mismo error que el artículo 530, pues únicamente estipulado sobre garantías hipotecarias, cuando como ya lo expusimos, la garantía puede ser la constitución de prenda en cuyo caso también deberá inscribirse.

Así mismo, encontramos que en la sentencia se resuelve sobre todos los puntos del convenio, lo que a tenor de los dispuestos en el artículo 530 ya se habrá hecho con anterioridad a la misma sentencia.

7.5 RECONCILIACION:

El artículo 432 del código, Procesal Civil y Mercantil, establece: “ en cualquier estado del proceso de separación, pueden los cónyuges reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia. Sólo por causas posteriores a la reconciliación, podrá establecerse, nuevo proceso. La reconciliación podrá hacerse constar por comparecencia personal ante el Juez, por memorial con autenticación de firmas o por escritura pública.

La ley ha previsto la posibilidad de que los cónyuges, a pesar de haber iniciado su separación o divorcio, den por terminadas dichas diligencias por haberse reconciliado. Este caso puede compararse y es en el fondo un desistimiento, ya que cada una de las partes desisten de la solicitud.

⁸⁶ Artículo 431 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

Sin embargo, encontramos una novedad en el caso de que se haya dictado ya la sentencia de separación pues la ley estipula que a pesar de que haya sido pronunciada tal sentencia, los cónyuges podrán reconciliarse y dejar sin efecto la separación para lo cual bastará que se presenten personalmente ante el Juez, o en memorial con firmas legalizadas o formalicen la reconciliación mediante escritura pública.

Esta forma de reconciliación opera no solamente en los procesos de divorcio o separación por mutuo acuerdo, sino también en los que se tramitan en la vía ordinaria por causa determinada, ya que así lo dispone el artículo 434 del código Procesal Civil y mercantil al prescribir que las normas contenidas en los artículos 427, 431, 432 y 433 que regulan los procesos de separación y divorcio en la vía voluntaria, son aplicables al proceso de separación o divorcio por causa determinada.

7.6 ASPECTOS COMUNES DEL DIVORCIO DECLARADO EN JUICIO ORDINARIO O EN LA VIA VOLUNTARIA

– INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

El artículo 433 del código Procesal Civil y Mercantil, establece que la sentencia de separación la reconciliación posterior a ella y la sentencia de divorcio, serán inscritas de oficio en el Registro Civil y en el de la Propiedad, para lo cual el Juez remitirá, dentro del tercer día, certificación en papel español, de la resolución respectiva.

Tal disposición es acorde con lo prescrito en los artículos 369 y 370 del código Civil, los cuales se refieren, a que en el Registro Civil deben hacerse constar todos los actos concernientes al estado civil deben efectuarse las inscripciones de divorcio, separación y reconciliación posteriores.

Consideramos que la inscripción en el Registro Civil, de cualquiera de estos hechos jurídicos, tiene un efecto meramente de publicidad de los mismos, ya que su omisión no afecta la sentencia que se haya pronunciado, ya sea de divorcio o separación lo que no implica que para probar el estado actual de las personas sea necesario que aparezca en los libros respectivos del Registro Civil, tales inscripciones, pues a tenor de lo estipulado por el artículo 371 del código Civil, son las certificaciones de las actas del Registro Civil, las que prueban el estado civil de las personas.

La sentencia que declara con lugar el divorcio y que se encuentra firme, es la que crea el nuevo estado civil de los cónyuges pues los convierte de casados en solteros. Por lo tanto la inscripción en el Registro es un acto de mera publicidad y no constitutivo, a contrario de lo que sucede en las sociedades mercantiles, que mientras no se haga la inscripción definitiva no nacen a la vida jurídica.

El comentado artículo 433, impone al Juez que dicta la sentencia la obligación de enviar de oficio (para los efectos de la inscripción) dentro de tercer día de estar firme la sentencia, certificación en papel español, de la resolución respectiva.

Esta norma es necesaria, para que conste en los libros del Registro Civil las modificaciones de los estados civiles de los cónyuges, pero lamentablemente, tal disposición no se cumple en virtud de que la susodicha certificación es extendida únicamente en la práctica a petición de parte, siendo que en muchos casos los Abogados olvidan enviarla y lo que es peor aún, a veces ni siquiera la solicitan, quedándose de esta manera sin cumplir tal requisito, lo que en muchos casos ocasiona verdaderos problemas con posterioridad. Por ejemplo cuando se solicita la certificación de la partida de divorcio en el mencionado registro, pero se da el caso que no se encuentra tal anotación, por las argumentaciones mencionadas, coaccionado así esos problemas que aludimos, mas que todo a los propios interesados.

Aun más, el Registro Civil al recibir por parte de los abogados la certificación de la resolución que declara el divorcio, no hacen la inscripción respectiva o sea, que no llena un formulario, que sirve para llevar las estadísticas lo más actualizado posible.

7.7. CONSIDERACIONES ESPECIALES.

— ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN LA PRACTICA DEL ACTUAL SISTEMA DE DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION.

De conformidad con las investigaciones efectuadas en la Dirección General de estadística, se nos proporcionó información que refleja que la tasa de divorcio en Guatemala no es alta; sin embargo en los Tribunales de Familia, se reflejan numerosas demandas de divorcio siendo las de divorcio voluntario por mutuo acuerdo en su mayoría.

En cuanto al divorcio por mutuo acuerdo de ambos cónyuges, consideramos que no hay ningún problema pues los Tribunales de Familia realizan tales diligencias en un plazo prudencial, cumpliendo de esta manera con el principio de celeridad que inspira el Derecho Procesal Civil; sin embargo y por otro lado encontramos las demandas de divorcio por causa determinada en la vía ordinaria, donde creemos que es en torno a esta forma de solicitar el divorcio que se entranpan los juicios, por un sin fin de circunstancias que nos atreveríamos a decir que ya son conocidas en la practica por casi todos los Abogados litigantes en esta materia.

Por ser el divorcio una institución tan discutida desde cualquier punto de vista que se le enfoque, ya sea jurídico, social, económico, religioso, moral, etc. se ha dado muchas teorías muy definidas.

Queremos dar a conocer Dos de las corrientes principales que enfocan de distinta manera el problema del divorcio. La primera que es la doctrina de la Iglesia, la cual es la más firme enemiga de tal institución y la segunda corriente, esta formada por diversas teorías de carácter laico, entre las que se desacatan las sustentadas por los individualistas, los transpersonalistas y los feministas.

En cuanto a la Iglesia católica, ha sido como ya expusimos, la más firme propugnadora porque el matrimonio sea indisoluble, siendo por lo tanto la doctrina católica la que formula la mayor oposición al divorcio vincular, en virtud de que el matrimonio que es valido no puede ser disuelto por ninguna autoridad humana, ni por

ninguna causa, salvo la muerte, ya que el matrimonio no fue en ningún momento instituido por el hombre, sino por obra divina; y por lo tanto las leyes de Dios no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre. Como se puede apreciar la Iglesia Católica no admite la disolución del matrimonio una vez consumado.

Por lo anteriormente expuesto podemos colegir la posición de la Iglesia en cuanto a la indisolubilidad del matrimonio por haber sido esta instituida por el Derecho Divino Positivo y para conseguir de manera plena los fines primarios y secundarios del matrimonio.

En cuanto a la segunda corriente, o sea, las doctrinas no católicas o laicistas, al negar la indisolubilidad del vínculo conyugal, admiten como consecuencia lógica el divorcio pleno, con mayor amplitud en cuanto a los motivos legales que le dan origen.

Aplicadas estas doctrinas al matrimonio civil, se ha introducido el divorcio en casi todos los estados modernos, algunos que consideran al matrimonio como un contrato privado, por lo tanto depende del consentimiento de ambos cónyuges para divorciarse, en torno a los demás contratos de este género, por consiguiente se puede rescindir por cualquier causa.

Considerado el divorcio como un mal menor, cuya necesidad es imperiosa para atenuar los males que pueden suscitarse de la continuación de la vida en común entre dos personas que no pueden guardar la paz y la armonía necesaria.

En cuanto a esto último mencionado a don Planiol y Ripert nos dicen lo siguiente: "Indudablemente el matrimonio se concierta para toda la vida, y para una unión a perpetuidad es que los esposos se comprometen pero quien dice perpetuidad no dice necesariamente indisolubilidad. A veces la vida en común se hace imposible, el hogar es foco de desorden, una causa permanente de escándalos. Es un mal que resulta de las pasiones y debilidades humanas. Se produce así una situación de hecho que el legislador está obligado a tener en cuenta, como responsable del orden y de las buenas costumbres es necesario que intervenga. ¿Cuál será el remedio? Los unos dicen: la separación de cuerpos es suficiente, si la vida en común es la causa del mal hay que romperla por un procedimiento legal y permitir a los esposos vivir bajo el régimen de separación.

El remedio que da la separación es insuficiente. Sin duda la separación de cuerpos hace desaparecer los inconvenientes de la vida en común, suprimiendo el hogar se suprimen las causas diarias de razonamientos, pero queda subsistiendo el matrimonio. El vínculo matrimonial quedará relajado pero no roto.

Y resulta de esto que los esposos no siendo libres, no pueden volver a casarse y crear una nueva familia; sus existencias quedan sacrificadas sin esperanza. Se encuentran obligados a celibato forzoso, lo que amenaza incitarlos a vivir en un concubinato adultero. La separación de cuerpos hace desaparecer un mal, pero lo reemplaza por otro." 87)

⁸⁷ Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Tratado Práctico Derecho Civil Francés TomoII Pág.372. La Habana 1946.

Pero es el caso que hasta la Iglesia ha tenido que reconocer las realidades, valga la redundancia, que en algunos casos hacen de por sí imposible la continuación del matrimonio, motivo por el cual ha tenido que aceptar como un mal necesario, la separación de los cónyuges, ya sea en forma temporal o perpetua.

Por su parte Fernández Clérigo, al considerar los efectos del divorcio, manifiesta que en definitiva esas exageradas desventajas que se le atribuyen al divorcio respecto a los hijos, son menos profundas y graves que las producidas a estos por la turbulenta marejada de un hogar, en el que ha habido el amor y la mayoría de veces el respeto.

Como se puede apreciar existen defensores del divorcio que propugnan por su regulación total.

Por las anteriores argumentaciones consideramos efectivamente que el divorcio es contrario al ideal del matrimonio, el cual se celebra con miras a la indisolubilidad; y también es contrario al Evangelio, según la exposición de la Iglesia Católica, pero también consideramos que es un mal necesario cuando ya no hay otro remedio que el de concluir en el divorcio.

Partiendo del punto de vista de considerar al divorcio como un mal necesario; y teniendo ya una noción clara de la institución del divorcio podemos puntualizar que en nuestra sociedad el divorcio ya sea por mutuo acuerdo o por causa determinada se encuentra legalizado en nuestra legislación civil; sin embargo nos encontramos con el problema de que existen causales tipificadas en nuestro Código Civil que son determinantes para poder solicitar el divorcio de manera voluntaria, las cuales podrían diligenciarse en la vía voluntaria, creando así un nuevo sistema de divorcio, el cual cumpliría con una pronta resolución dándole entonces cabida a los principios de celeridad y economía procesal que inspiran el Derecho Procesal Civil; y a la vez se estaría cumpliendo con una justa solución a la disolución matrimonial en el sentido que se evitaría alargar los problemas que se dan en las relaciones matrimoniales cuando ya se ha llegado a esta última decisión de divorciarse.

Como se mencionó con anterioridad se debe aceptar el divorcio como un mal menor que soluciona en parte conflictos que en algunos casos se dan en el matrimonio, realidad que no puede desconocerse en una sociedad. El divorcio evita situaciones que se agravan cuando no existe solución alguna, en hogares en los cuales ya existe el divorcio de hecho aunque no haya sido declarado por los tribunales.

Entre las causales que creemos podrían encuadrar en este nuevo sistema tenemos:

- 1) la infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- 2) La sevicia o las ofensas graves;
- 3) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro;
- 4) La impotencia absoluta o relativa para cumplir los fines del matrimonio, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y posterior al matrimonio;
- 5) La incitación al otro cónyuge o a los hijos, a la corrupción o al delito;

- 6) Las enfermedades mental incurable de uno de los cónyuges, que sea bastante para declarar la interdicción; y
- 7) La enfermedad incurable perjudicial al otro cónyuge o la descendencia.
- 8) El padre que abandona el hogar después de dos años sin tener noticias de su persona.

Las causales señaladas podrían encuadrar en este nuevo sistema de divorcio, en virtud de que presentadas las pruebas en una forma plena, no se tendría sino que notificar al otro cónyuge. Dejando siempre a criterio del juez si no es procedente tramitar el divorcio en esta nueva vía.

Como se mencionó con anterioridad el nuevo sistema de divorcio que se propone, no es nada más y nada menos que efectuar el divorcio en la vía voluntaria pero con la novedad de que no se da el consentimiento bilateral, sino que se efectúe siempre voluntariamente pero en forma unilateral.

CONCLUSIONES

1) El matrimonio es la base de la familia, pero únicamente mientras su cimiento sea la voluntad constante de los cónyuges de permanecer unidos para cumplir los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos; de ayuda y verdadera comprensión.

2) La separación corporal destruye el matrimonio, reintegrados uno y otro de hecho al celibato y se les coloca en una situación en que la infidelidad es consecuencia probable. La separación hace desaparecer un mal, pero lo reemplaza por otro.

3) El divorcio lo crean los cónyuges. La ley al regularlo no hace más que reconocer un hecho positivo que ya existe y a la vez cumple su objetivo, pues de la coexistencia forzada de dos seres que han entrado en discordias hasta el grado de odiarse en vez de enmendar sus errores y amarse y, que lejos de auxiliarse en la labor de perfeccionamiento moral se ayudan en cierto modo a desmoralizarse. Por lo tanto no se derivan ventajas para la sociedad.

4) Las desventajas que se les atribuyen al divorcio respecto a los hijos, son menos profundas y graves que las producidas a estos en los hogares que se mantienen unidos únicamente en apariencia, pero en los cuales ha huido el amor y la confianza, en muchos casos el respeto.

5) LA ACCION DE SEPARACION O DE DIVORCIO ES PERSONAL E INTRANSMISIBLE. Se dice que es personal no por oposición a las acciones llamadas reales, sino para indicar que únicamente los cónyuges están legitimados para entablar demanda contra el otro, salvo el caso de los mandatarios y representantes legales de menores e incapaces, y que es intransmisible, ya que sería absurdo pedir la disolución del matrimonio que con la muerte quedó extinguido.

6) LAS CAUSALES DE DIVORCIO O SEPARACION EN CODIGO CIVIL ESTAN ENUMERADAS TAXATIVAMENTE. Sin embargo, el último párrafo de la causal segunda contenida en el artículo 155 del código civil, expresa que es causa de divorcio, en general la conducta que haga insoportable la vida común, con lo cual deja abierta a cualquier posibilidad imaginable, la separación y el divorcio.

7) ES UN ACIERTO DEL CODIGO CIVIL, mantener como causa de divorcio la "infidelidad de cualquiera de los cónyuges" en lugar del "adulterio", pues ambas causales pretenden proteger la lealtad que los cónyuges se deben; con la ventaja de que

la infidelidad no cae dentro del campo del Derecho Penal y es más fácil su prueba, lo que no sucede con la causal de adulterio.

8) LOS JUECES DE FAMILIA NO PUEDEN DECLARAR EL DIVORCIO O LA SEPARACION, Cuando la solicitud se basa en acciones delictivas, si no se ha probado previamente tal hecho en juicio criminal. De no ser así, los Jueces de Familia estarían invadiendo el campo de lo criminal, juzgando hechos cuyo conocimiento les está vedado, en razón de la división de la competencia por razón de la materia.

9) La aceptación del divorcio o la separación por mutuo acuerdo, es conveniente, en virtud de que evita que salgan a luz hechos que de conocerse, sólo servirían de escándalo a la familia, evitando la armonía que debería existir entre los padres separados y los hijos.

10) La inscripción de la sentencia de separación o de divorcio en el Registro Civil es un acto de publicidad, cuya omisión no invalida la declaración judicial. Sin embargo, la misma no surte efectos en tanto no sea registrada, ya que las actas del Registro Civil, prueban el estado civil de las personas.

RECOMENDACIONES

1) El divorcio o la separación por mutuo acuerdo, en nuestra legislación se encuentran regulados, de modo que exista causa o no, basta la voluntad de los cónyuges para disolver el matrimonio (mediante la declaración judicial), mientras que en el divorcio o la separación por causa determinada, para dictar sentencia que deje sin efecto la vida en común o el vínculo, es necesario que haya habido una infracción a cualquiera de los quince incisos del artículo 155 del Código Civil, la cual debe probarse. Por lo anterior recomendamos que el divorcio por mutuo acuerdo no debe ser causal de divorcio, por que a lo que da lugar necesariamente, es a un divorcio sin causal determinada, donde ambos cónyuges consideran de mutuo acuerdo y por su propia voluntad en divorciarse.

2) La aprobación del convenio debe hacerse mediante un auto razonado, contemplando todos los aspectos propuestos por las partes en el mismo, en el cual como se expresa en el artículo 430 del Código Procesal Civil y Mercantil debería si fuere procedente mandar a otorgar los contratos correspondientes. Optamos por introducir la palabra “contratos” en vez de “escrituras” por considerar el vocablo más correcto, pues no siempre será el otorgamiento en escritura pública, sino que puede ser en documento privado o mediante acta levantada en el mismo tribunal, lo que se estaría encuadrado en el concepto de contrato establecido en el artículo 1571 del Código Civil que prescribe: “Hay contratos cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

3) En la sentencia se resuelve sobre todos los puntos del convenio, lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 530 del Código Procesal Civil ya se habrá hecho con anterioridad a la misma sentencia. Consideramos que más que todo es una transcripción de lo ya resuelto al aprobarse el convenio de bases de divorcio. A la sentencia que se dicta en la vía voluntaria, le es aplicable lo que expusimos al comentar la sentencia que dicta el juez en los procesos ordinarios de divorcio con la única variante que por no haber oposición entre las partes el juez que decide, acata la voluntad de los cónyuges.

4) Partiendo del punto de vista de considerar al divorcio como un mal necesario; y teniendo ya una noción clara de la institución del divorcio, podemos puntualizar que en nuestra sociedad el divorcio ya sea por mutuo acuerdo o por causa determinada, se encuentra regulado en nuestra legislación civil; sin embargo nos encontramos con el problema de que al solicitar el divorcio por causa determinada, se dan algunas trabas para continuar su trámite quedando así en suspenso dicho trámite, no existiendo alguna solución a este problema, pero existen en el derecho comparado otras alternativas que podrían tomarse de modelo en nuestra legislación para solventar dicha situación, el cual creemos podría diligenciarse en la vía voluntaria, creando así un nuevo sistema de divorcio, con el que se cumpliría con una pronta resolución, dándole entonces cabida a los principios de celeridad y economía procesal que inspiran al Derecho Procesal Civil; y a la vez se estaría cumpliendo con una justa solución a la disolución matrimonial en el sentido que se evitaría alargar los problemas que se dan en las relaciones matrimoniales cuando ya se ha llegado a esta última decisión de divorciarse.

5) Como se mencionó con anterioridad se debe aceptar el divorcio como un mal menor que soluciona en parte conflictos que en algunos casos se dan en el matrimonio, realidad que no puede desconocerse en una sociedad. El divorcio evita situaciones que se agravan cuando no existe solución alguna, en hogares en los cuales de hecho ya existe el divorcio, aunque no haya sido declarado por los tribunales.

6) Nuestra legislación no regula la acción de separación o de divorcio de los incapaces, por lo tanto, dicho vacío debe llenarse con una norma que regule tal materia, esta de manera específica. A nuestro parecer tal norma debe orientarse en el sentido de aceptar que los menores pueden ejercitar dicha acción, ya que la ley los faculta para casarse; y que las personas declaradas en estado de interdicción lo hagan por medio de sus representantes legales. En ambos casos tanto para menores como para interdictos por medio de sus representantes legales, y en ambos casos igualmente con intervención del Ministerio Público.

7) Nuestra legislación no regula adecuadamente la extinción de la acción de separación o divorcio. El artículo 158 del código Civil, expresa que dentro de los seis meses en que hayan llegado al conocimiento del cónyuge los hechos en que se funde la demanda, deberá presentarse ante los tribunales ejercitando su acción. De esta manera, se interpreta que el transcurso de seis meses es aplicable inexorablemente a todas las causales de divorcio, sin excepción alguna; cuando hay causales que por su naturaleza no deben estar incluidas dentro de dicho término, debiendo prever la ley que puedan ejercitarse en cualquier tiempo, mientras subsistan los hechos que las motivan.

8) La causal de separación o de divorcio que consiste en el hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de su celebración siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes de su matrimonio, debería desaparecer como causal, pues su difícil o casi imposible prueba la hace inútil en la práctica. En efecto, el no conocimiento por parte del marido del embarazo previo, es un hecho negativo, que el actor debe probar y que siendo un hecho no material su prueba es imposible.

9) Debe reformarse el texto de la causal 4a. del artículo 155 del Código Civil, a efecto de que puedan considerarse como causales, tanto la separación (ya sea voluntaria u obligada), como el abandono voluntario.

10) La obligación indispensable de prestar garantía por parte de los cónyuges para garantizar los alimentos de los hijos, contenida en el artículo 165 del Código Civil, sin la cual los jueces no pueden dictar sentencia, es un obstáculo casi insuperable en los casos de las personas de escasos recursos económicos, convirtiendo la ley al divorcio en privilegio de las clases pudientes, por lo que es necesario un estudio detenido a esta clase de garantía que ha creado trabas en la tramitación del divorcio, especialmente en la vía ordinaria, o bien que los jueces de familia traten de ser más flexibles resolviendo este requisito de manera que se exijan garantías personales sustituyendo las que establece la ley, por ejemplo.

11) Facultar a los legisladores, a efecto de que hagan un estudio más amplio al respecto, ya que es necesario implementar un nuevo sistema de divorcio en nuestra legislación civil debido a que se da mucho tiempo en la tramitación de un divorcio en la vía ordinaria y ya que existen muchas circunstancias como para poder gestionarlo en la vía voluntaria para poder cumplir con los principios de celeridad y de economía procesal que inspiran al derecho procesal.

12) Facultar a los jueces de familia, a efecto de que una vez expuestos los problemas que se derivan de la garantía que se debe prestar para obtener la separación o el divorcio, así como lo estipula el artículo 164 del código Civil, el cual tajantemente prohíbe declarar la separación o el divorcio mientras no estén suficientemente garantizadas la alimentación y educación de los hijos, traten de ser más flexibles al exigir dicha garantía de acuerdo a las circunstancias pecuniarias de los cónyuges, haciendo un estudio socioeconómico por parte del servicio social para establecer la realidad de tal aseveración, y si del informe rendido se desprendiere la incapacidad económica para cumplir con tal requisito, debería omitirse el mismo, sustituyendo esta garantía por alguna declaración jurada por ejemplo, donde se comprometiera a quien tiene que prestar alimentos y cumplir con tal garantía, fijándole un tiempo prudencial para cumplir con esta y de esta manera se estaría resolviendo este problema efectuando el divorcio sin más trámite.

BIBLIOGRAFIA:

AGUIRRE GODOY, Mario. La prueba en el proceso civil guatemalteco, Guatemala, 1965. Derecho Procesal Civil de Guatemala. Tomo I. Editorial Universitaria. Guatemala, 1977.

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Ediar Sco. Editores Buenos Aires, 1963.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1979.

CABALLENAS, Guillermo Diccionario de Derecho Usual. Tomos. I y II 8ª. Edición. Buenos Aires Argentina. Editorial Heliasta. S.R.L. 1974.

CRUZ FERNANDO. Derecho civil patrio, Guatemala, 1882.

CASTAN TOBEÑAS, Derecho civil español común y foral, Tomo I, Volumen II, Madrid, 1925.

DE LA PLAZA, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Ed. Revista de Derecho Privado. 3ª. Ed. Madrid España. 1955.

DE LEON VELASCO, Hector Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. Curso de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial. Guatemala, 1989.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. México, 1963.

ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de derecho civil español. Vol. IV. Madrid, 1963.

FERNANDEZ CLERIGO, Luis. Derecho de familia en la legislación comparada, México, 1974.

GUASP, Jaime. Derecho procesal civil. Tomo I Madrid, 1968.

GUZMAN, Mauricio. La acción de divorcio en la ley salvadoreña. San Salvador, 1956.

LEHMANN, Heinrich. Tratado de derecho civil. Volumen IV. Madrid, 1953.

MAZEAUD, Henry y Jean. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Vol. IV. Buenos Aires, 1959.

TARRAGATO, Eugenio. El divorcio en las legislaciones comparadas. Madrid, 1925.

U.T.H.E.A.. Diccionario Enciclopédico UTHEA. Unión Tipográfica. Editorial Hispano América. México, D.F. Edición, 1953.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. Tomo VII. Barcelona, 1958.

Documentación de las conferencias y demás trabajos del “ Curso de promoción y perfeccionamiento para jueces de familia ”, “ Técnicos de organismos de bienestar familiar, asesores y auxiliares especializados ”.

LEYES CONSULTADAS:

Código Civil de Guatemala (1877). Dto. 176 de Justo Rufino Barrios.

Ley de divorcio de Guatemala (1894). Dto. 484 de José María Reyna Barrios.

Código Civil de la República de Guatemala (1926). Dto. 921 de José María Orellana.

Exposición de Motivos del Código Civil (1963).

Código Civil de Guatemala (1963). Dto. Ley 106.

Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil (1934). Dto. 2009 del Congreso de la República.

Código Penal de Guatemala. (1973) Dto. 17-13 del Congreso de la República.

Código Procesal Civil y Mercantil (1963). Dto. Ley 107.

Constitución de la República de Guatemala (1985).

Ley del Organismo Judicial, decreto 6-93 del Congreso de la República.