

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

**SIMILITUDES Y DIFERENCIAS, DEL MATRIMONIO, EN EL DERECHO
ROMANO, CON LA LEGISLACIÓN CIVIL ACTUAL**

SAMUEL ADOLFO ATZ SAQUIL

GUATEMALA, JUNIO DE 2006.

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

**SIMILITUDES Y DIFERENCIAS, DEL MATRIMONIO, EN EL DERECHO ROMANO,
CON LA LEGISLACIÓN CIVIL ACTUAL**

TESIS

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

Por

SAMUEL ADOLFO ATZ SAQUIL

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2006.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
VOCAL VI:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ

EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic. César Augusto Conde Rada
Vocal:	Lic. Aura Marina Chang Contreras
Secretario:	Lic. Roberto Peñate Girón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Ronald Arnoldo Roca Menéndez
Vocal:	Licda. Emma Salazar Castillo
Secretaria:	Licda. Viviana Nineth Vega Morales

RAZÓN “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

- A DIOS: Por estar siempre a mi lado y ser la luz de mi vida, guía perfecto; y darme el éxito hoy alcanzado.
- A MI PADRE: Terso Atz Sis; por el apoyo que me brindó a lo largo de mi carrera, y darme el amor y la enseñanza que un hijo necesita; lo amo.
- A MI MADRE: Eugenia Saquil López; que Dios la bendiga.
- A MIS HERMANOS: Lidia, Brenda, Claudia, Vivian, Loida, Astrid, Josue, Fredy; por su apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS: Nilsa, Johana, Lavinia, Adrián, Fredy, José Antonio, Juan Manuel, Gonzalo, Juan Alberto; por los buenos momentos vividos.
- A LOS LICENCIADOS: Mario Ismael Aguilar Elizadi, Leonel Rigoberto Samayoa Godoy, Ranferí Díaz Menchú, Víctor Manuel Alegría Rodas; por su amistad y apoyo.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA; A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, ESPECIALMENTE A LA JORNADA NOCTURNA

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El matrimonio en el derecho romano.....	1
1.1. El matrimonio romano base legal de la familia romana	2
1.2. Etimología.....	4
1.3. Definición	4
1.4. Naturaleza jurídica del matrimonio	7
1.5. Características del matrimonio	7
1.6. Matrimonio acto y matrimonio estado.....	9

CAPÍTULO II

2. Celebración del matrimonio	11
2.1. Institución de derecho divino y humano.....	11
2.2. La ceremonia religiosa.....	12
2.3. La <i>coemptio</i>	14
2.4. <i>Manus</i> y matrimonio	14
2.5. El <i>usus</i>	16
2.6. El matrimonio de los no ciudadanos, el <i>concubinatus</i> y el <i>contubernio</i>	17
2.7. <i>Concubinatus</i>	18
2.8. <i>Contubernium</i>	19

CAPÍTULO III

	Pág.
3. Requisitos esenciales para contraer matrimonio en el derecho romano.	23
3.1. La pubertad en ambos contrayentes	23
3.2. Capacidad natural	24
3.3. Libre consentimiento de los contrayentes.....	24
3.4. La ausencia de impedimentos	24
3.5. Capacidad jurídica.....	26
3.6. <i>Conubium</i> o tener el <i>ius connubii</i>	27
3.7. Consentimiento de los esposos.....	28
3.8. Consentimiento del paterfamilias.....	29
3.9. Los esponsales.....	33

CAPÍTULO IV

4. Fines y efectos del matrimonio	35
4.1. Los fines del matrimonio.....	35
4.2. Poderes del paterfamilias	36
4.3. Efectos del matrimonio.	37
4.4. Relaciones patrimoniales entre cónyuges	39

CAPÍTULO V

5. Disolución del matrimonio en el Derecho Romano.....	47
5.1. Por repudiación	47
5.2. La muerte de uno de los cónyuges.....	47
5.3. La pérdida de la libertad	48
5.4. Por destierro	49
5.5. Por impedimento sobreviniente	49

	Pág.
5.6. Divorcio.....	50
5.7. Divortium ex iusta causa.....	52
5.8. <i>Divortium sine causa</i>	55
5.9. <i>Divortium communi consensu</i>	56

CAPÍTULO VI

6. Principales instituciones del matrimonio de la legislación civil guatemalteca actual.....	59
6.1. Etimología y concepto	59
6.2. Criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio.....	60
6.3. Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales.....	64
6.4. Requisitos personales para la validez del matrimonio	67
6.5. Impedimentos matrimoniales.....	69
6.6. Insubsistencia del matrimonio	70
6.7. Anulabilidad del matrimonio.....	75
6.8. Requisitos formales y solemnes para la validez del matrimonio y otros aspectos	79
6.9. Matrimonios excepcionales	84
6.10. Inscripción del matrimonio	85
6.11. Deberes y derecho que nacen del matrimonio	86
6.12. Efectos personales del matrimonio.....	94
6.13. Capitulaciones matrimoniales.....	102
6.14. Modificación y disolución del matrimonio.....	104
6.15. Separación de los cónyuges.....	106
6.16. El divorcio	108
6.17. Divorcio por mutuo acuerdo.....	109
6.18. Divorcio por causa determinada	110

CAPÍTULO VII

	Pág.
7. principales similitudes y diferencias del matrimonio en el derecho romano con la legislación civil guatemalteca actual.	119
7.1. Similitudes	119
7.2. El matrimonio la base de la familia	119
7.3. El matrimonio es monogámico	119
7.4. Plazos para establecer la legitimidad de los hijos	120
7.5. Caracteres del matrimonio.....	121
7.6. Los esponsales.....	122
7.7. Relaciones patrimoniales entre cónyuges	123
7.8. Requisitos esenciales para contraer matrimonio	123
7.9. Divorcio.....	125
7.10. Formas de divorcio	125
7.11. Diferencias.....	126
7.12. Para los romanos no existió regulación jurídica del matrimonio	126
7.13. El matrimonio en el Derecho Romano fue regulado por la Iglesia.....	126
7.14. Los pactos nupciales eran el único documento escrito en el Derecho romano pero no prueba el matrimonio	127
7.15. Naturaleza jurídica del matrimonio en el Derecho Romano.....	128
7.16. La ceremonia reeligíos para la celebración del matrimonio en el derecho romano.....	128
7.17. El símbolo de venta de la mujer al marido con asistencia de la persona de quien aquella dependiera, institución del Derecho Romano.....	129
7.18. El <i>usus</i>	129
7.19. <i>Manus</i> y matrimonio	130
7.20. Relaciones patrimoniales entre cónyuges	130
7.21. Capitulaciones matrimoniales.....	132
7.22. Matrimonios excepcionales	132

	Pág.
7.23. Impedimentos para contraer matrimonio	132
7.24. Disolución del matrimonio en el derecho romano.....	135
7.25. <i>Divortium sine causa</i>	135
CONCLUSIONES.....	137
BIBLIOGRAFÍA.....	141

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se estudia de manera analítica y doctrinaria la institución del matrimonio en el derecho romano, para determinar sus elementos, clasificación, formas de celebración, para con ello señalar las similitudes y diferencias con el matrimonio en nuestra legislación civil actual.

Dicho estudio se realiza debido a que en la actualidad el derecho romano retoma importancia por su relación con el derecho civil, ya que en este derecho se desarrolló la mayoría de figuras civiles que modernamente aun se aplican; retomándose para su estudio en diversas casas de estudio de Latinoamérica, entre ellas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En la actualidad es escasa la bibliografía que se encuentra respecto de la figura del matrimonio en el derecho romano, por lo que se hace necesario realizar trabajos de esta naturaleza, ya que establecer las similitudes y diferencias del derecho romano con la legislación civil guatemalteca, coadyuvará a la mejor comprensión de lo que representa el derecho romano como una invaluable fuente histórica para los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, para los docentes de nuestra casa de estudios y, en general, para todo aquél que desea conocer más sobre el abundante conocimiento que se desarrolla en el derecho romano.

El presente trabajo aborda el análisis del matrimonio en el derecho romano; para determinar el concepto del matrimonio, los elementos del matrimonio, clasificación del matrimonio, las similitudes y diferencias con nuestra legislación civil actual. El estudio se realiza tomando en cuenta el período histórico del derecho romano, que empieza en Bolonia en el siglo XII de nuestra era, con el gramático Irnerio y alcanza un gran prestigio con el jurista Bartola en el siglo XIV, quien puede ser considerado el máximo artífice del derecho romano común, considerando que el derecho romano y el derecho canónico conforman pilares de la cultura jurídica europea, con respecto de la institución del matrimonio, en cuanto a la legislación civil guatemalteca. Sirviendo de base la

hipótesis siguiente, la diferencia principal en el matrimonio en el derecho romano y el matrimonio en la legislación civil guatemalteca radica en las solemnidades, y la figura jurídica del matrimonio bajo la cual quedaba la mujer frente al marido.

Siendo los objetivos generales de la presente investigación, determinar que la diferencia principal del matrimonio en el derecho romano y el matrimonio en la legislación Civil actual radica en las solemnidades para celebrar el matrimonio y el dominio que adquiere el marido sobre la mujer y sus bienes. En los objetivos específicos se trata de conocer y ofrecer determinada información en cuanto a la figura del matrimonio en el derecho romano y la legislación civil guatemalteca; entre los que podemos mencionar los siguientes.

- Conocer las principales diferencias del matrimonio el derecho Romano y la legislación civil actual.
- Ofrecer información para contribuir a la investigación sistemática del matrimonio en el derecho romano con la legislación civil actual.
- Identificar la situación de dependencia en que la esposa queda frente a su marido con respecto de los bienes que ella posee.
- Jerarquizar los factores de dependencia en los cuales queda la esposa con respecto al derecho romano y la legislación civil actual.
- Proporcionar elementos de juicio para fundamentar la principal diferencia del matrimonio el derecho romano con respecto a la legislación civil actual.
- Establecer un punto de referencia para evaluaciones futuras de las principales diferencias del matrimonio el derecho romano respecto a nuestra legislación actual.
- Lograr la comprobación de la hipótesis formulada al respecto.
- Obtener una base para la programación posterior de investigaciones particulares sobre las diferencias relevantes del matrimonio en el derecho romano y la legislación civil actual objeto de estudio.

Los supuestos de la investigación que constituyen el fundamento, mediante conceptos, categorías y juicios, reflejan las leyes objetivas de la institución del matrimonio. Dando supuestos como parte integrante de las teorías científicas. Pero en la siguiente investigación, estos adquieren el carácter de postulados y no necesitan ser comprobados; dentro de los que mencionaremos.

- El matrimonio es una institución social.
- El matrimonio endereza la constitución de un vínculo jurídico obligatorio.
- Dentro de la concepción actual de matrimonio, éste se da cuando dos personas convienen en unirse en matrimonio.
- Son elementos esenciales del matrimonio:

El consentimiento, la capacidad.

Existen diferentes criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio; entre las que podemos mencionar: El matrimonio es un contrato; El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo. El matrimonio es una institución.

En el capítulo I, referente a la evolución histórica del matrimonio en el derecho romano, en lo que se puede determinar el origen de la institución del matrimonio la cual tiene su origen en la familia romana. Capítulo II, se refiere a la clasificación del matrimonio en el derecho romano a lo que podemos decir que éste en un principio fue normado como una institución de derecho divino y humano, por el concepto elevado que se le asignó, el cual fue idealista y semirreligioso. En el capítulo III, tratamos los requisitos esenciales para contraer matrimonio en el derecho romano, en el que es necesario el cumplimiento de requisitos de observancia obligatoria. Capítulo IV, referente a las principales instituciones del matrimonio en la legislación civil guatemalteca, por lo que hacemos un estudio sistemático de las diferentes instituciones reguladas en nuestro código civil y desarrolladas sistemáticamente cada una de las instituciones motivo de nuestro estudio. Capítulo V, se hace un estudio comparativo en cuanto a las principales similitudes y diferencias del matrimonio en el derecho romano con la legislación civil guatemalteca actual.

La teoría que fundamenta la presente investigación es la histórica jurídica, la cual es desarrollada a lo largo de la presente investigación.

El método deductivo es utilizado en los primeros capítulos al hacer el estudio amplio del matrimonio en el derecho romano para llegar a establecer las diferencias y similitudes con la legislación civil guatemalteca. El método inductivo analítico, se utiliza al momento que se realizó el estudio del matrimonio para llegar a conocer las similitudes y diferencias con la legislación civil guatemalteca. El método de síntesis se utiliza al momento de emitir mis conclusiones de la presente investigación. El método histórico jurídico se utilizó en el transcurso de todo el estudio ya que la investigación trata de una fuente histórica del derecho, como lo es el derecho romano.

Las fichas bibliográficas; siendo éstas los instrumentos que permiten el registro de identificación de las fuentes de información, así como el acopio de datos o evidencias utilizadas para

- Facilitar el registro de la información.
- Facilitar la organización y la clasificación de la información de manera eficiente a través de los ficheros.
- Permitirá el procesamiento de la información.
- Será un medio adecuado para el registro técnico de las fuentes de información, la elaboración de la bibliografía y las citas de pie de página.

Sirve para registrar la información destinada a la construcción del marco teórico para la fundamentación de la hipótesis y también para redactar el informe o reporte final de la investigación.

La presente investigación se realiza mediante la recopilación de datos, relacionados en cuanto a la institución del matrimonio, el cual fue obtenido de manera cronológica a través de la investigación, y su estudio en las diferentes bibliotecas.

CAPÍTULO I

1. El matrimonio en el derecho romano

Podemos decir que el matrimonio romano fue considerado la base de la familia, aunque no constituye una institución jurídica.

Los romanos, consideraron el matrimonio no como una relación jurídica, sino lo que ellos llamaron una *factum*, una situación de hecho (*res facti*), aunque capaz de producir consecuencias jurídicas, de ahí que, sin perjuicio de su notable importancia, no existe una particular regulación jurídica de esta institución por parte de las leyes. Todo lo relativo a la celebración, disolución y protección del matrimonio pertenece fundamentalmente a los *mores* (costumbres), con las consecuencias éticas y sociales que ello implicaba.

Esta falta de regulación legislativa, salvo en algunos aspectos particulares en la época de Augusto, y posteriormente en el derecho romano posclásico cristianizado, tal como se veía finalmente en la legislación justiniana, será una nota primordial del matrimonio en Roma.

Lo que nosotros llamamos hoy en día derecho matrimonial como aparece regulado en el código civil vigente guatemalteco, no tiene lugar en el derecho romano. Es en principio obra de la Iglesia, a través del derecho canónico, que se desarrollara en la Edad Media toda una regulación jurídica en torno de los requisitos, de la celebración, de los impedimentos y de la disolución, vía nulidad, del matrimonio. Obviamente, esta legislación canónica será tributaria de la doctrina cristiana, basada en el texto evangélico y el neotestamentario. Surge así la concepción del matrimonio sacramento, de carácter indisoluble por ser uno de los fines de doctrina cristiana. En la historia posterior, sobre todo después de la reforma protestante, el matrimonio se ira lentamente laicizando, con el avance cada vez mas sostenido de la intervención estatal que llego a obtener el poder absoluto del Estado. Se iría creando toda una legislación

tendientes a regular prácticamente todos los aspectos, personales y patrimoniales de la vida matrimonial.¹

El matrimonio monogámico o la unión conyugal monogámica, fue uno de los requisitos que fueron exigidos por la regulación del derecho civil romano. Debido al interés religioso y político que entrañaba a la familia, fue una fuente fundamental la conservación de esta, cuyo fin primordial era basado en la procreación de hijos.

“Modestino define el matrimonio como la unión de un hombre y un mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derecho divino y humano, (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vital, divini et humani iuris communicatio*) (D. 23, 2, 2)²”.

En el derecho romano el matrimonio se le considero constituido por dos elementos: uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer, y otro de carácter subjetivo, que consiste en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, que en el derecho romano se le llamo *affectio maritalis*.

La *affectio maritalis* regulado de esta manera en el derecho romano fue conocido por el *honor matrimonii*; que significo el trato que los esposos se dispensan en publico, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango social de aquel y gozar de la dignidad de esposa.

1.1 . El matrimonio base legal de la familia romana.

La familia romana. Lo que los romanos consideraron familia, distinto a lo considerado en nuestra legislación civil guatemalteca vigente, es un cuerpo social con mayor cobertura en cuanto a los miembros que la integran, totalmente distinto de

¹ Di Prieto, Alfredo, **Derecho privado romano**, Pág. 311.

² Iduarte Morineau, Marta, Iglesias González, Román, **Derecho romano**, Pág. 63.

nuestra sociedad actual, lo característico y que diferencia a la familia romana, lo cual se dio por el sometimiento de todos sus miembros a la misma autoridad, o un jefe o señor soberano de la familia, quien adquiere el poder absoluto sobre los miembros que la integran, y no como actualmente se conoce al padre de familia.

“La familia *proprio iure dicta* es definida por Ulpiano en estos términos: *iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius poteestate aut natura aut iure subiectae*. (Por derecho propio llamamos “familia” al conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho, están bajo una misma potestad.) Esta unidad real de la familia, fundada en la sujeción y la potestad de un *pater familias* vivientes, se escinde en época histórica, dando lugar a la formación de otras tantas familias cuantos son los hijos varones. Muerto el *pater*, *singuli singulas familias habent*, pero aun se conserva un vínculo -el vínculo agnaticio- entre todos los que estaban sometidos a la misma autoridad. Los agnados constituyen la *familia communi iure dicta*, de la cual dice el propio Ulpiano lo siguiente: *común iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam et si patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen domote gente prodiiti sunt*. (Por derecho común llamamos familias a la formada por todos los agnados, porque, aunque al morir el cabeza de la familia cada uno tiene familia propia, todos los que estuvieron sometidos a la misma potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de igual casa y estirpe)”³.

Notamos que el sistema jurídico Romano surge como expresión de una conciencia política, fundada en la estructura y en la vida de los grupos sociales primitivos, organizados para el cumplimiento de fines de orden y de defensa. En estos agrupamientos primitivos se formulan las líneas cardinales de todo un sistema de conceptos jurídicos, políticos, los cuales son los relativos al poder absoluto, omnicomprendido y autónomo del señor o jefe, a la subordinación del individuo, siendo los hijos, nueras, etc.

³ Iglesias, Juan, **Derecho romano**, Pág. 337

1.2. Etimología

En el derecho romano la palabra matrimonio deriva de las raíces latinas *matris munium* y significa originalmente carga o misión de la madre. Como dicen las Decretales de Gregorio IX, “para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, mas bien que patrimonio. *Matris y munium*, son palabras del latín, de que tomo nombre matrimonio, que quiere decir tanto en romano, como oficio de madre, la razón porque llaman matrimonio al casamiento, no patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos, que el padre. Siendo la madre quien los engendra. El derecho romano, en cambio, utilizo el termino *iustae nuptiae*, de donde proviene el sustantivo nupcias, como sinónimo de matrimonio. En este caso *nuptiae* proviene de *nubere*, velar o cubrir, aludiendo al velo que cubría a la novia durante la ceremonia de la *confarreatio*, ceremonia que se celebra con motivo del matrimonio.

“Otros términos sinónimos han sido consorcio, de raíz latina: *cum y sors*, que significa la suerte común de quienes contraen matrimonio. Modestino definió las *nupcias* como el *consortium ovnis vitales*, a que alude el Digesto (*Libro XXIII, título II, ley 1*); también *coniugium*, de *cum y iugum*, *cónyuge*. Alude al yugo o carga común que soportan los esposos, de donde proviene el sustantivo”⁴.

1.3. Definición

El derecho romano define al matrimonio en una forma simple y rustica diciendo: Es la unión del macho y de la hembra y consorcio de toda la vida, a lo que agregaron la comunicación del derecho divino y humano. La palabra *coniunctio*, que es la que permite hablar del *coniux* (cónyuge), aparece vinculada con *iugum*, es decir, (el instrumento rustico que fue utilizado en el ritual de celebración del matrimonio) el yugo, el cual permite a dos animales bueyes, p. ej. Estar unidos a dicho aparato de madera

⁴ **Ibid.** Pág. 121.

que los liga por el cuello para la labor agrícola. La palabra *consortium* es muy ilustrativa. Viene de *sors* (consorte) es quien comparte la misma suerte. Cuando marido y mujer se casan arriesgan su *sors* en el futuro. Por eso son consortes. Lo que es definido como consorcios de las cosas favorables y desfavorables. Y esta también dicho del marido que su cónyuge es socia que comparte sus preocupaciones y sus alegrías.

“La feliz frase final, sospechada por algunos de alguna interpolación cristiana, presenta las características propias del matrimonio romano, donde esta unión, que es la mas acorde con la naturaleza, significa algo mas que lo humano, puesto que en la unión de sexo y en la procreación, hay facetas que vinculan lo divino a lo humano. En tal sentido no tendría necesariamente que ver con la posibilidad de la *manus* (y el ingreso de la *uxor* en los *sacra privata*).”⁵

El derecho romano define en que condiciones y bajo que presupuestos es legítimo el trato sexual. Desde esta perspectiva, el matrimonio es la unión de hombre y mujer que trascienden la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones reciprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia.

Notamos que en la doctrina se propone en diversas definiciones muchas de las cuales causan una mayor o menor tendencia descriptiva del matrimonio ya como acto jurídico, ya como relación jurídica o estado. Así, se destaca el matrimonio como acto jurídico (complejo), que surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima, siguiendo a estas declaraciones de lo oficial publico hecha en nombre de la ley y por la cual los declara marido y mujer. Como relación jurídica lo definen la mayoría de los autores. Así, se menciona que es una institución social mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesario para el desarrollo de la personalidad.⁶

⁵ Di Prieto, **Ob. Cit**; Pág. 312.

⁶ A. Zannoni, Eduardo. **Derecho civil, derecho de familia**, Tomo 1, Pág. 119.

El matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos a lo que llamaron los romanos *honor matrimonii*. Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material, si no ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en casa de este a lo que los Romanos llamaron *deductio in domun mariti*; y dando así comienzo a la vida en común. No siendo considerado de la misma manera si la mujer es la ausente.

“En los tiempos antiguos era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a lo que los romanos denominaron la *manus coventio in manum*, en términos de formar parte de la familia del marido. Tal no significa, sin embargo, que existieran un matrimonio *cum manu* y una matrimonio *sine manu*. El matrimonio no tiene mas que una figura, ni la *manus* afecta, en modo alguno, a su propia esencia. Lo único que varia es la posición de la mujer, que era la de *uxor in manu* o la de *sine in manum conventione uxor*.”⁷

Podemos notar que se capta en una noción fundamentalmente sociológica. El matrimonio es, en efecto, una institución social, en cuanto el gobernado por normas institucionalizadas, o sea, en la posiciones sociales o roles que constituyen expectativas del sistema social integro para la consecución de funciones que le son propia de este modo, los hechos de impulso sexual y de la procreación, en lugar de quedar ligados al azar de los meros factores biológicos y psíquicos. Por el contrario, a merced de la institución de la familia, son encauzados y regulados. El concepto sociológico apuntado es fundamental para comprender la función del derecho positivo en la materia. Las normas jurídicas acogen la realidad institucional y conforman un modo de control social. Desde este punto de vista la ley constituye una formalización específica del control social o institucional en general.⁸

⁷ Iglesias, **Ob. Cit**; Pág. 340.

⁸ A. Zannoni, **Ob. Cit**; Pág. 118.

1.4. Naturaleza jurídica del matrimonio

Debemos distinguir entre matrimonio como acto jurídico y matrimonio como estado de familia, o sea, en este último sentido, la relación jurídica que se establece como consecuencia o fin inmediato del acto o la celebración del mismo.

Podemos mencionar las relaciones jurídicas que se siguen de esa celebración, sean patrimoniales, ya atañen al estado civil mismo de casados que revisten los contrayentes, haciendo surgir los derechos deberes respectivos, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal a lo que ellos llamaron *affectio maritalis*.

Podemos distinguir en el estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio se ha solidó confundir ambos aspectos, “como lo recuerda Belluscio, es clásica de la oposición entre considerarlo como contrato o como institución, pero la doctrina moderan tiende a superarla, atendiéndose al indicado doble significado.”⁹

1.5. Características del matrimonio

Estos son:

- La unidad
- La permanencia o estabilidad
- La jurídica o legalidad.

Unidad.

Siendo este carácter trascendente implícito en la institucionalización de la unión intersexual monogámica. Es decir, la existencia de un vínculo matrimonial impide la constitución de sucesivos vínculos mientras los anteriores no estuviesen disueltos o anulados. De este modo la poligamia que significa la unión de un hombre con diversas

⁹ **Ibid**, Pág. 125.

mujeres simultáneamente, como la poliandria, o unión de una mujer con varios hombres es repudiada, no solo desde el punto de vista jurídico, sino también el propio contexto ético de la cultura matrimonial y familia en las sociedad romana. Lo cual, por supuesto, no implica desconocer las costumbres poligámicas que observan pueblos como los Árabes, según la religión Mahometana. Pero esas prácticas, contrarias al orden público familiar en nuestro derecho serian inoponibles y no se les reconoce valor alguno ni tampoco los jueces podrían reconocer valor extraterritorial a los matrimonios múltiples, aunque los hubiere celebrado según las leyes o prácticas del país en que se formalizaron.

Permanencia o estabilidad.

El derecho romano considero al matrimonio, permanente y estable, en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad esta garantizada por la ley. Por lo que ha sido puntualizado este carácter, íntimamente vinculado a la irrevocabilidad del matrimonio, como centro de seguridad ético y jurídico. Lo cual no debe, por supuesto, confundirse con la indisolubilidad. En estricto sentido, la indisolubilidad propia del matrimonio, es un carácter atribuido por el derecho canónico en virtud del sacramento.” San Agustín llamo a la indisolubilidad el bien del sacramento que Cristo habría consagrado al declarar: “no separe el hombre lo que Dios ha unido” (San Mateo, 19, 6), y fundamentado con otras citas Bíblicas como por ejemplo: cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, adultera, y el que se casa con la repudiada, adultera” (San Lucas, 16, 18)”¹⁰

Juridicidad.

Podemos decir que el matrimonio debe basarse sobre en la legalidad siendo la unión de hombre y mujer, legalmente sancionada. Lo cual implica la celebración del acto, de acuerdo con las formalidades que la ley impone a los contrayentes. “De este modo la unión intersexual deja de ser un hecho para trascender, a merced de la

¹⁰ **Ibid**, Pág. 124

imputación de vínculos jurídicos, como fuente del estado de familia, jurídicamente reconocido, y como contenido de relaciones familiares legítimas.”¹¹

1.6. Matrimonio acto y matrimonio estado

Cuando mencionamos al matrimonio, podemos distinguir entre el acto jurídico que lo constituye, y la relación jurídica que, entre los cónyuges, se establece como consecuencia del acto constitutivo. El acto jurídico que exige el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por los cónyuges siendo estos hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo se convierte en fuente de la relación jurídica matrimonial contenida en derechos y obligaciones de ambas partes; El derecho positivo se ocupa de regular las condiciones de existencia y validez del acto jurídico matrimonial y consecuentemente, da contenido normativo a la relación que dicho acto crea y que se traduce, lo reiteramos, en derecho y deberes. De este modo el acto es presupuesto del estado de familia que el matrimonio establece.

Esta distinción es frecuente en el derecho canónico, en el que se distingue entre el matrimonio *in fieri*, y el matrimonio *in facto esse*. El matrimonio *in fieri*, como acto que lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles”. En cambio el matrimonio *in facto esse*, es la *relación* de vida constituida por la celebración válida: “consorcios de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. Una de las aplicaciones más interesantes de esta distinción nos la muestra la institución de la subsanación del matrimonio celebrado con el consentimiento de los contrayentes naturalmente suficiente, pero jurídicamente ineficaz por falta de la forma legítima. Esta subsanación, mediante la renovación del consentimiento prestado, validando la relación constituida mediante el acto naturalmente válido consentimiento, pero ineficaz jurídicamente por no celebrarse legítimamente, en su origen. Y la distinción es trascendente en diversos aspectos. Así por ejemplo, el matrimonio como acto jurídico implica un acto humano voluntario y por ende, libre y personalísimo de los

¹¹ **Ibid**, Pág. 124.

contrayentes, en que el consentimiento asume condición de existencia del acto. En tanto el estado de familia emergente del acto es indisponible: las relaciones jurídicas que implica el matrimonio se imponen, generalmente, en atención al interés familiar u orden público que el contenido de aquellas relaciones trasciende. Sintetizando: mientras el acto matrimonial se sujeta a la imperatividad de la ley, y como atribución subjetiva de relaciones jurídicas familiares, participa de los caracteres comunes del estado de familia, oportunamente estudiados.¹²

¹² **Ibid.** Pág. 120.

CAPÍTULO II

2. Celebración del matrimonio.

Se puede distinguir en el derecho romano una forma de celebración distinta a la forma del matrimonio regulado en el derecho civil guatemalteco, en cuanto que en la época antigua estuvo ligada a la Iglesia, entendiéndose los romanos que la institución del matrimonio está entrelazada en una relación divina con respecto a un ser supremo y humano en cuanto a la relación hombre y mujer de ser consorcios de toda la vida como fue vivido en la sociedad romana en un principio.

2.1. Institución de derecho divino y humano

En las primeras épocas del derecho romano se tuvo un concepto elevado, idealista y semirreligioso del vínculo matrimonial. Por lo que fue entendido como las nupcias que contrae el marido con la femenina, y de acuerdo a la forma de regularlo se dice que son consorcios de toda la vida, siendo considerado relación de lo divino y humano. Aquel concepto idealista, según el cual el matrimonio era institución de derecho divino y humano, no perduró en Roma. En las últimas épocas se sustituyó por un concepto realista y puramente humano de la unión conyugal.

La celebración del acto matrimonial en los primeros tiempos debía contraerse de manera solemne, es decir, mediante la observancia de determinadas solemnidades o ritualidades, para que el marido adquiriera sobre la mujer la potestad denominada *manus*, según la cual la mujer casada quedaba sometida a manera de hija, (quien recibía la denominación de *loco filiae*), a la patria potestad del marido, teniendo, por consiguiente, la misma situación jurídica de hija de familia.

2.2. La ceremonia religiosa

Denominada por los romanos *confarreatio* la cual consistía en una ceremonia religiosa, Los contrayentes comparecían ante el pontífice máximo, llamado el *flamen diallis* que significaba el sacerdote de Júpiter a lo que debían de comparecer diez testigos, y allí se desarrollaba el conjunto de ritualidades y de una res, de cuya piel se sacaba una tira que unía a los contrayentes, sentados juntos, en el ofrecimiento de un pastel de harina (*farreum*) a Júpiter.¹³

Podemos decir que el matrimonio romano era regulado por las costumbres, no por la ley, por lo que para que surtiera efectos en la sociedad era suficiente el consentimiento, probado por amigos o vecinos. Aunque no era regulado por la ley se solía redactar un documento o tener la prueba escrita del matrimonio, llamado *nupciales tabulae*, y otro en la que se regulaba la dote de la esposa, llamado *instrumento dotalia*. Quedando como documento de prueba del matrimonio aunque no considerado por los romanos de tal manera.

Una nota interesante es la celebración de los rituales del matrimonio llamado: *festivitas nuptiarum*, que tenía un carácter netamente social, se consideraba como un requisito mas al redactado y echo por escrito, aunque no esencial, de que las nupcias han ocurrido, la conducción de la novia a la casa del marido (*deductivo in domo mariti*). Los detalles nupciales son interesantes, ya que muchos de ellos permanecerán en la época cristiana y seguirán perviviendo en occidente. Celebrado de la siguiente manera: En la víspera del matrimonio, la novia preparaba sus atuendos estos eran: una túnica blanca que le llega hasta los pies, ceñida al talle con un cinturón de lana atado con un nudo especial (*nodus Herculeus*), esto tiene sentido ya que será luego desatado por su marido cuando estén a solas. Cubría su cabeza con una cofia anaranjada. Y así se acostaba, aguardando el día nupcial. Otro detalle es el preparado de su cabello, era muy meticuloso: se lo protegía con seis rodetes postizos, entrelazados con cionts, que las vestales llevaban siempre. Sobre su cabeza se ponía un velo de color delicado,

¹³ Medellín A, Carlos J. Medellín F. Carlos. Medellín B, Carlos E. **Lecciones de derecho romano**, Pág. 48

anaranjado y reluciente de aquí recibe su nombre de *flameum nuptiale*, que significa como una llama. Este le cubría públicamente la parte superior de su rostro. Sobre el velo, solía usar una corona, que era entrelazado de mejorana y verbena.

Llegado el día de celebración del matrimonio ya arreglada, rodeada de los suyos espera a su prometido que venía con familiares y amigos. Todos se trasladan al *atrium*, donde el padre de la novia ofrecía un sacrificio para tomar los auspicios; estos debían ser favorables, lo cual era señal de que los dioses aprobaban la unión, y comenzaba los ritos nupciales.

El día de celebración del matrimonio se sellaban los instrumentos matrimoniales (*tabulae nuptiales*) que no eran jurídicamente obligatorios, pero eran obligatorios por la costumbre llevado a cabo en presencia de 10 testigos. Luego de ello, una matrona (*univixa*), procedía a tomar la sábanas derechas de los novios apoyando la una en la otra (*dexterarum coniunctio*). Los presentes celebraban la unión clamando *feliciter* (que la felicidad sea con vosotros). Había un nuevo sacrificio ofrecido por los novios y el regocijo culminaba con un banquete que se extendía hasta la noche.

Llevado a cabo la ceremonia de celebración del matrimonio el marido toma de una forma solemne a su prometida, en un momento determinado, todos comienzan a levantarse de sus triclinios. La novia, públicamente se refugia en brazos de su madre o de la *pronuba*, procediendo el novio a arrancarla del seno materno. Se organiza entonces el cortejo nupcial. El novio se adelanta para recibir a la novia en la puerta de su casa. La novia va acompañada por su madrina (*pronuba*), y la comitiva que la traslada demuestra su alegría en forma bullanguera y con picantes dichos y canciones. También se unían los niños, sobre quienes se arrojaban nueces, símbolo de fecundidad.

Al llegar a la casa, se adelantan tres amigos del novio, uno de ellos, el padrino (*pronubus*) esgrime la antorcha nupcial. Otras tres amigas de la novia, la siguen llevando el huso y la rueca, emblemas de su laboriosidad. El novio ofrece a la novia

una redoma de aceite con el cual ungía los goznes de la puerta, y un copo de lana, símbolo del trabajo de las antiguas *uxores*.

Antes de entrar, se llevan acabo una ritualidad interesante entre los cónyuges de forma verbal, el novio le pregunta ¿Quién eres tu? Y ella respondía *ubi tu gaius, ego gaia* (donde tu eres Gayo, yo seré Gaya), simple forma de expresar la comunidad de vida del matrimonio, confundiendo sus voluntades y sus vidas. Entonces, los amigos del novio proceden a levantarla e introducirla en la casa sin pisar el umbral, dedicado al dios *ianus*. El marido le ofrece el agua y el fuego. Y luego de pronunciadas las preces a los dioses Lares, la *pronuba* la conduce hasta el lecho nupcial, donde la espera su marido, mientras que los concurrentes discretamente se van retirando.¹⁴

2.3. La *coemptio*

Llamado en el derecho romano de esta manera lo que significa el símbolo de venta de la mujer al marido con la asistencia de la persona de quien aquella dependiera. La *coemptio*, que era el procedimiento empleado en la época clásica para crear la potestad de la *manus* era una forma ritual, pero no de carácter religiosa. Era un símbolo de venta de la mujer al marido con la asistencia de la persona de quien aquella dependiera: el jefe de familia o el tutor, llevado acabo por los representantes de los contrayentes, siendo celebrado de manera privada.

2.4. *Manus* y matrimonio

Podemos decir que similar a la patria potestad es la *manus* que el *paterfamilias* podía adquirir sobre su propia mujer. La mujer *in manu* quedaba como hija de su marido y hermana agnada de sus hijos. Si el marido esta bajo la patria potestad de su padre era *alieni iuris*, entraba ella bajo la potestad de su suegro, como nieta, o como bisnieta cuando la *manus* era del nieto de aquel *paterfamilias*; en estos casos la

¹⁴ Di Pietro, **Ob. Cit**, Pág. 322.

manus, siempre del marido, quedaban como absorbida en la patria potestad bajo la que el marido se hallaba.

Un dato importante de la *manus* es que no necesariamente se identifica con el matrimonio, y por eso puede adquirirse sobre niñas sin edad matrimonial, pero destinadas a aquel matrimonio, y retenerse sobre la divorciada; la potestad del suegro se mantiene sobre las nueras viudas, o divorciadas sin extinción de la *manus*.

El matrimonio *cum manu* se va haciendo menos frecuente, y acaba por desaparecer en la época Imperial, desplazado por el matrimonio *sine manu*, en el que la mujer sigue bajo la potestad de su padre o como *sui iuris*. Justiniano eliminó las posibles referencias a la *manus*.

Podemos considerar que si la *manus* es un derecho, el matrimonio, por sí mismo, no es más que una situación de hecho, pero que produce algunas consecuencias jurídicas. La mentalidad pagana, a la que resultaba inaccesible la verdadera esencia del amor, no pudo alcanzar una concepción válida del matrimonio. La legislación matrimonial de los Emperadores cristianos adolece todavía de muchos residuos del régimen pagano, y solo en el derecho canónico clásico al llegar la Iglesia a fijar un derecho matrimonial congruente, partiendo decididamente de la sacramentalidad.

Posteriormente se trata de regular el matrimonio y que en el concepto romano pagano, hay matrimonio legítimo (*iustae nuptiae*) cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que han alcanzado la pubertad, y reúnen las demás condiciones legales, conviven con apariencia conyugal honorable (*honor mariti, affectio maritalis*).

En el derecho romano no ve la relación matrimonial como perfectamente simétrica, sino como distinta según se considere desde el punto de vista de la mujer o del marido se refiere a la situación de la mujer casada, pues solo de la mujer dice que es *nubilis* (casadera), que *nubet* (se casa) o es *nupta* (casada).

En la época antigua el derecho a contraer un matrimonio legítimo se llama *conubium*; solo lo tienen los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados. La unión conyugal de los que no tienen *conubium*, independientemente de su posible aceptación social, no produce efectos políticos de nulidad no se puede hablar propiamente, porque el matrimonio romano no es un acto jurídico, sino una situación de hecho; por la misma razón, no se puede hablar de bigamia, pues una nueva unión conyugal pone fin por sí misma a la anterior. El matrimonio de esclavos (o con ellos) es simplemente un *contubernium*, al que se reconocen algunos efectos morales.

Notamos que un sistema de impedimentos no existe propiamente en derecho romano, pero sí hay prohibiciones. Proviene una de la doctrina del *fas*, como la del incesto, que alcanza una ilicitud de las nupcias entre cognados de tercer grado, a la que se agrega la de la unión con las *adfinés* de línea recta habían tenido en época muy arcaica la sanción religiosa. En la época tardía, la ruptura de los esponsales produce consecuencias penales de carácter patrimonial, por la intervención de las arras esponsalicias. Desde antiguo el legislador había intentado fomentar el matrimonio, pero fue principalmente en este sentido, premiando la natalidad e imponiendo ciertas limitaciones hereditarias a los no casados, con las leyes *papia popaea*. El matrimonio romano supone un consenso durativo, que se manifiesta inicialmente, y luego se presume por las apariencias sociales.

El consentimiento necesario para contraer matrimonio los *alieni iuris* es, en principio, el de los padres en cuya potestad se hallan los novios, pero ya en época pagana tiende a darse mayor relevancia al consentimiento de estos, y el cristianismo dio importancia decisiva a este consentimiento como fundamento de un vínculo indisoluble.

2.5. El *usus*

Figura de la sociedad romana que consistía en la posesión no interrumpida de la mujer por el marido durante un año continuo, siendo esta suficiente para constituir la

manus de la mujer. Fuera de las dos formas solemnes de la *confarreatio* y la *coemptio* se conoció en la antigüedad esta figura, que no era propiamente una solemnidad, sino una manera bastante curiosa de constituir la *manus* en el matrimonio. Ese medio se denominó *usus*, al cargo del cual quedaba sometida a la *manus* del marido.

No siendo esencial para la perfección del matrimonio la observancia de las formas rituales o de los medios de constitución de la *manus* pudiera creerse que bastaba el simple consentimiento de los contrayentes para darle vida jurídica, siendo así como un contrato puramente consensual. Más por el solo consentimiento de los contrayentes de unirse en matrimonio no quedaba formado el vínculo matrimonial o conyugal.

“Por lo demás, ninguna otra solemnidad esencial se exigía por el derecho civil para la perfección del matrimonio. Solía redactarse a veces un acta escrita (*tabulae nupciales*), o celebrarse ante testigos, pero aquello no era solemnidad esencial, sino tan solo un medio de prueba.”¹⁵

2.6. El matrimonio de los no ciudadanos, el *concubinatio* y el *contubernio*

Fue llamado matrimonio *sine connubio*. Los que no pertenecían a la clase privilegiada de los ciudadanos romanos no podían contraer *iustae nuptiae*. Solo podían contraer el matrimonio del *ius Pentium*, llamado matrimonio *sine connubio* o *iniustae nuptiae*. Que significa una unión permitida para cuando los contrayentes o uno de ellos no tenían el *ius connubii* por no pertenecer a la clase de los ciudadanos romanos.

Este matrimonio no producía los efectos civiles de las *iustae nuptiae*. No era fuente de la patria potestad sobre la descendencia, y por consiguiente, no daba origen a la familia agnada o familia civil. Daba tan solo el vínculo de cognación o parentesco por sangre respecto de la descendencia. No existiendo la patria potestad sobre los hijos de este matrimonio, ellos nacían *sui iuris* o sea libres.

¹⁵ Medellín A, **Ob. Cit**; Pág. 49.

El matrimonio *sine connubio* o el que contraían los no pertenecientes a la clase privilegiada, podía transformarse en *justae nuptiae* de dos maneras: por la *causae probatio* y el *errores causae probatio*. Lo primero sucedía cuando un manumitido varón menor de 30 años, que según la ley *Aleia sentia* era Latino, se casaba con un ciudadana no Latina en presencia de siete testigos ciudadanos varones púberes, haciendo constar expresamente que contraía dicho matrimonio con el fin de tener hijos. Al cumplir un año de edad el primer hijo, podía el padre presentarse ante el magistrado a probar ese nacimiento y el motivo determinante de su matrimonio. De esa manera se convertía dicho matrimonio en *iustae nuptiae*, y los contrayentes, como sus hijos, se hacían ciudadanos romanos.

El *erroris causae probatio* tenía lugar cuando por error un ciudadano romano había contraído matrimonio con persona a quien de buena fe creía de la misma calidad, probando el error y su buena fe, la ley protegía esa buena fe, y así la unión se convertía en *iustae nuptiae*. La distinción jurídica entre las dos clases de matrimonio llega a desaparecer cuando se extendió el derecho de ciudadanía a todo el imperio romano.

2.7. Concubinatus.

El *concupinatus* era la unión permanente de hecho entre el hombre y la mujer con fines sexuales. En un principio no producía efecto jurídico alguno. Pero con el correr del tiempo, al hacerse numerosas tales uniones, hubo de asignárseles determinados efectos en derecho. En primer lugar es preciso advertir que el concubinatus entre solteros era unión permitida por la ley, siempre que no tuviera caracteres de comercio ilícito ni contrariaría las leyes naturales. Por tanto, solo era permitido entre personas púberes y que no tuviesen entre sí el grado de parentesco que les impidiera contraer matrimonio. No se podía, por otra parte, mantener más de un concubinatus. Los hijos de esta unión nacían libres *sui iuris*, puesto que en ella no había patria potestad; eran cognados de la madre y de los parientes consanguíneos de

este. Durante largo tiempo fueron desamparados por el derecho en cuanto a sus vínculos respecto del padre. Pero desde la época del Bajo Imperio, especialmente bajo Constantino, llegaron a tener determinada calidad jurídica con relación al padre, y se les designó desde entonces con la denominación de *liberi naturales* (hijos naturales). Se distinguieron así de los hijos de uniones pasajeras y accidentales, llamadas *spurii* o *vulgo concepti*. Vinieron a tener finalmente los *liberi naturales*, con respecto al padre, determinado derecho de alimentos y de sucesión por causa de muerte.

Notamos que con la influencia del cristianismo, que no miraba bien estas uniones fuera del matrimonio, se estableció a manera de incentivo para hacerlas transformar en matrimonio, que contrayéndose este entre los concubinos, los hijos habidos antes quedaban legitimados. Quedó así instituida la legitimación de los hijos por el matrimonio subsiguiente de los padres.

2.8. *Contubernium*

Fue llamado en Roma *contubernio* lo que era la unión entre esclavos, o entre libres y esclavos, con fines sexuales. El hijo seguía la condición de la madre. En general no producía efecto jurídico alguno; pero llegó a reconocerse un parentesco de cognación llamado *cognatio servilis* entre los padres y los hijos, y entre hermanos, con el fin de evitar que si el esclavo llegaba a ser libre pudiera contraer un matrimonio incestuoso.¹⁶

La patria potestad solo se extingue por la muerte o la *capitis deminutio* del *pater* o de la persona sometida. Existe también una forma especial para que un padre pueda extinguir la patria potestad sobre sus hijos e hijas, que es la *emancipatio*.

Consistía la *emancipatio* en una triple venta del hijo. Las tres mancipaciones del padre debían ir seguidas de otras tantas hechas por el *emptor* al padre (*remancipaciones*) y, después de la última *remancipatio*, el padre, que ya no tenía a su

¹⁶ Medellín A. **Ob. Cit**; Pág. 54.

hijo *in potestate* sino *in mancipio*, lo manumitía, para quedar así (el y no el *emptor*) como patrono de su propio hijo (*parens manumissor*). El acto resultaba bastante complicado, y se simplificó para las hijas o descendientes de ulterior grado de forma que, en vez de tres mancipaciones hechas al *emptor* fiduciario, bastaba una sola.

La emancipación, al convertir en *sui iuris* a un hijo, lo hacía capaz de tener su propio patrimonio; pero no parece haber sido muy frecuente esta práctica. Sobre el derecho sucesorio de los emancipados según el orden pretorio, en algunos casos, la emancipación servía para fines muy especiales; p. ej., cuando se quería adoptar al futuro yerno, se debía emancipar antes a la hija para evitar el obstáculo de la fraternidad. Contra el principio tradicional de que la emancipación es un acto voluntario del padre, la última jurisprudencia clásica llegó a admitir un recurso cognitorio para hacer cumplir una emancipación fideicomisaria.

La *manus* se extingue por la muerte o *capitis deminutio* de uno de los cónyuges, por la venta formal mancipatoria (*remancipatio*) o por la ceremonia religiosa de la *diffarreatio* (acto simétrico a la *confarreatio* constitutiva de la *manus*).

La patria potestad solo se extingue por la muerte o la *capitis deminutio* del *pater* o de la persona sometida. Existe también una forma especial para que un padre pueda extinguir la patria potestad sobre sus hijos e hijas, que es la *emancipatio*.

Consistía la *emancipatio* en una triple venta del hijo. Las tres mancipaciones del padre debían ir seguidas de otras tantas hechas por el *emptor* al padre (*remancipaciones*) y, después de la última *remancipatio*, el padre, que ya no tenía a su hijo *in potestate* sino *in mancipio*, lo manumitía, para quedar así (el y no el *emptor*) como patrono de su propio hijo (*parens manumissor*). El acto resultaba bastante complicado, y se simplificó para las hijas o descendientes de ulterior grado de forma que, en vez de tres mancipaciones hechas al *emptor* fiduciario, bastaba una sola.

La emancipación, al convertir en *sui iuris* a un hijo, lo hacía capaz de tener su propio patrimonio; pero no parece haber sido muy frecuente esta práctica. Sobre el derecho sucesorio de los emancipados según el orden pretorio, en algunos casos, la emancipación servía para fines muy especiales; p. ej., cuando se quería adoptar al futuro yerno, se debía emancipar antes a la hija para evitar el obstáculo de la fraternidad. Contra el principio tradicional de que la emancipación es un acto voluntario del padre, la última jurisprudencia clásica llegó a admitir un recurso cognitorio para hacer cumplir una emancipación fideicomisaria.

La *manus* se extingue por la muerte o *captis deminutio* de uno de los cónyuges, por la venta formal mancipatoria (*remancipatio*) o por la ceremonia religiosa de la *diffarreatio* (acto simétrico a la *confarreatio* constitutiva de la *manus*).

CAPÍTULO III

3. Requisitos esenciales para contraer matrimonio en el derecho romano.

Llamado *iustae nuptiae*. Para celebrar las *iustae nuptiae* (llamadas también *iustum o legitimum matrimonium*), podemos notar que era necesario el cumplimiento de determinados requisitos.¹⁷ Requisitos e impedimentos. Hay matrimonio valido llamado en el derecho romano *iustae o legitimae nuptiae, iustum o legitimum*.

3.1. La pubertad en ambos contrayentes

Siendo una de las finalidades del matrimonio, la procreación. Por lo que el solo hecho de exigirse la pubertad como primer requisito para contraer matrimonio llamado en el derecho romano *iustae nuptiae* y de señalarse el matrimonio como la fuente principal de la patria potestad, demuestra, sin lugar a duda, la finalidad de la procreación en el matrimonio.

La pubertad como requisito esencial para la celebración del matrimonio debe entenderse en su sentido fisiológico. Es la capacidad fisiológica, en el hombre para engendrar la cual se entendía que este la adquiría al cumplir los 14 años de edad. Y la mujer para concebir la cual se entendía que llegaba a adquirirla al cumplir los 12 años de edad.”¹⁸ Por lo que entendemos por ella la edad en la cual las facultades físicas de ambos cónyuges estén suficientemente desarrolladas como para que le permita realizar el fin del matrimonio; esto es, la procrearon de hijos, aunque con el avance de los estudios médicos en la actualidad esta edad es aumentada.

En el derecho antiguo un dato interesante es del hombre, el hecho de llegar a la pubertad constituía todo un acontecimiento familiar y era un acto social de gran importancia, que acarreaba consigo la celebración de una serie de ceremonias en la

¹⁷ Di Pietro, **Ob. Cit**; Pág. 314.

¹⁸ Iglesias, **Ob. Cit**; Pág. 340.

época del año en que se realizaban las fiestas en honor del dios Baco, permitiéndole por primera vez vestirse con la toga viril, siendo de manera semejante en la mujer en nuestros días la celebración de sus 15 años o en el varón de los 18 años.

3.2. Capacidad natural

En el derecho clásico una prohibición para contraer matrimonio fue la pubertad ya que los impúberes, es decir, los varones y las mujeres cuya edad, respectivamente, es inferior a los 14 y los 12 años. Podemos notar otra característica en el derecho clásico ya que en ese tiempo existieron los eunucos, y ellos tampoco podían contraer matrimonio según el derecho justiniano.¹⁹ Esta se considera existente con la pubertad. La mujer debió ser núbil, es decir, contar por lo menos con 12 años de edad; el varón debía según el temperamento que prevaleció, tener 14 años.

3.3. Libre consentimiento de los contrayentes

En la época del poder absoluto del jefe de familia sobre el hijo sometido a su patria potestad pudo quizá violentarlo contraer un matrimonio sin su querer, ya que este no tenía dominio sobre su propia vida. Pero desaparecido aquel poder omnímodo, quedó definitivamente establecido como requisito esencial del matrimonio el consentimiento libre de los contrayentes,

3.4. La ausencia de impedimentos

En ciertos casos no basta el lleno de los requisitos esenciales para contraer matrimonio, en general, si concurrían determinadas circunstancias personales que inhabilitaban a los pretendidos contrayentes para casarse entre sí. Eran los impedimentos que, con causas diversas, han sido establecidos en todas las legislaciones, subsistentes hasta la legislación civil guatemalteca actual.

¹⁹ Morineau Iduarte, Iglesias González, **Ob. Cit**; Pág. 64.

Los impedimentos matrimoniales, según el derecho romano, se regulaban principalmente: en el parentesco dentro de cierto grado entre los pretendidos contrayentes; en desigualdad de clases; en motivos de orden público, y en la protección de los incapaces *sui iuris* contra los posibles abusos de sus guardadores.

El parentesco comprendía tanto el vínculo civil de *agnación* como el natural de *cognación* y el vínculo de *afinidad*. En línea recta el matrimonio esta prohibido hasta el infinito, por razones obvias, ya que biológicamente uniones de este tipo van en contra de la naturaleza. En la línea descendente, ya fuera de agnación o de cognación, el matrimonio era prohibido sin limitación de grados entre el ascendente y el descendiente. En línea colateral esta prohibido entre hermanos, tíos y sobrinos y entre primos. En este ultimo caso, cada vez fueron permitiéndose los matrimonios con mayor frecuencia, hasta que llega un momento en que tal prohibición desapareció, por lo que podemos deducir que desde el derecho romano se crean los grados de parentesco aunque con mayor rigor y en infinidad de grados en cuanto a las prohibiciones.

Ya desde el derecho romano se establece El vínculo de afinidad y es el que existe entre un cónyuge y los parientes del otro. Llamado *afines sunt viri et uxoris cognati* (son parientes por afinidad (afines) los cognados del marido y de la esposa).

Podemos notar una causa más de prohibición para contraer matrimonio desaparecida en las legislaciones modernas. Por causas de desigualdades de clases el matrimonio fue prohibido en los primeros tiempos entre patricios y plebeyos, así como ente ingenuos y libertos. Pero estos impedimentos llegaron a desaparecer, aunque subsistió, sin embargo, un impedimento especial para contraer matrimonio los senadores y sus hijos con los libertos y las personas de profesión deshonrosa, como por ejemplo el ser cómico. Por motivo de orden público un funcionario romano de provincia y sus hijos, estaban impedidos para contraer matrimonio con una mujer domiciliada en el territorio de la respectiva provincia.²⁰

²⁰ Morineau Iduarte, Iglesias González, **Ob. Cit**; Pág. 66.

Esta es una prohibición vigente creada en el derecho romano y se estableció como protección a los incapaces el tutor estaba impedido para casarse con su expupila llegada la pubertad, y el curador con la mujer menor de veinticinco años que estuviese bajo su cúratela. Se quería evitar que estos guardadores, abusando de sus cargos, pretendieran eludir el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas de su administración, casándose con las mujeres que habían estado o estaban bajo su guarda.

3.5. Capacidad jurídica

Conubium. Precisase ser libre y ciudadano, es decir, tener el *status llibertatis* y el *status civitatis*. No es matrimonio, sino *contubernium*, la unión de esclavos. De modo análogo, esta excluido el matrimonio entre libres y esclavos.

Singular importancia tiene la ciudadanía, por derecho romano, no es matrimonio la unión de personas romanas con personas extranjera, salvo que medie una especial concesión. Nada evita, sin embargo, que tal unión sea considerada como matrimonio por la ley del estado a la que pertenece las personas extranjeras. La propia ley romana hubo de tener en cuenta las uniones entre ciudadanos y peregrinos, al objeto de regular la situación de los hijos nacidos de ellas.

En un principio no fue reconocido el matrimonio entre Patricios y Plebeyos. El viejo principio que negaba la condición de *iustae nuptiae* a las uniones entre ingenuos y libertos, parece que cayó en desuso hacia la segunda mitad de la republica, y solo fue restablecido por Augusto en orden a los matrimonios entre libertos y personas de rango Senatorial.

“La incapacidad de los peregrinos para gozar del *conubium* desapareció con la *constitutio antoniniana*, del 212 de Cristo.”²¹

²¹ Iglesias, **Ob. Cit**; Pág. 341.

3.6. *Conubium* o tener el *ius connubii*

“Siendo las *justas nuptiae* institución reservada únicamente a la clase privilegiada de los ciudadanos romanos, debía tener ambos contrayentes el *ius conubii* o derecho de contraerlas, toda vez que ese derecho era uno de los atributos propios y exclusivos del *ius civitatis*. Este requisito dejó de tener importancia con la extensión del derecho de ciudadanía a todo el imperio. Consistente en el derecho de contraer matrimonio legítimo. Ese debía existir recíprocamente entre ambos contrayentes. Fue regulado de esta manera y el principio es que los ciudadanos romanos tienen el *conubium* con ciudadanas romanas; en cambio, con los Latinos y los Peregrinos, si les fuera concedido es decir, debía haber un otorgamiento expreso del *conubium*. “También se les concedió a los veteranos. Con el otorgamiento de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio por la *constitutio Antoniana*, esto pierde importancia. Solo los esclavos, los bárbaros y ciertos condenados carecerán del derecho de acceder al matrimonio legítimo.”²²

En términos generales también podemos señalar que el matrimonio estaba prohibido en aquellos casos en los cuales existía una gran diferencia de situación social y económica entre las personas que deseaban contraer matrimonio. Esta prohibición desaparece en la época de Justiniano, quien la suprime para poder casarse con Teodora, mujer de origen humilde y de reputación dudosa pero dotada de una inteligencia prodigiosa.

Finalmente señalaremos aquellos impedimentos específicos para llevar a cabo la unión marital. Tal sería, en primer lugar, el caso de la mujer viuda que, para contraer nuevo matrimonio, era necesario que dejase transcurrir determinado tiempo (*tempus luctus*) con el objeto de evitar la *turbatio sanguinis*; es decir, el introducir a un matrimonio un producto proveniente de otro. No podía tampoco celebrarse matrimonio entre adúltera y amante, entre raptor y raptada o entre aquellas personas que hubiesen hecho voto de castidad.

²² Di Prieto, **Ob. Cit**; Pág. 314.

3.7. Consentimiento de los esposos

Siendo uno de los requisitos fundamentales y de mayor trascendencia y que debe ser manifestado de modo continuo y sin forma alguna a tenor de lo que ya hemos dicho antes. No puede contraer matrimonio, ni se tiene por valido el contraído con violencia.²³

“Aunque no sea considerado un contrato (como la *societas*), se necesita el consentimiento (*consensus*) de quienes lo celebran. Esto tendía a subrayar el carácter espiritualizado del matrimonio en oposición a la idea de que para existir el era necesario que se hubiera realmente consumado por medio de la unión sexual. Esto se expresa por la regla de *nupcias non concubitus, sed consensus facit* (es el consentimiento, y no la unión sexual, lo que hace las nupcias; y también *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* no es la unión sexual la que hace el matrimonio, sino el afecto marital. El *consensus* debe ser dado por las partes con total libertad, sin violencia ni coacción”²⁴. Se puede hablar de un consentimiento inicial para que se produzca el matrimonio. Pero como esta referido a una comunidad de vida, era también necesaria la voluntad reciproca de mantenerla (*maritalis affectio*). De ahí que cuando esta no perdura puede ocasionar el divorcio. Pero hasta tanto se manifieste esta voluntad de disolver el vínculo, el matrimonio continuo.

Podemos notar que para los romanos el matrimonio nunca fue considerado un contrato. Esta idea nace con los Canonistas, para subrayar más aun el papel del consentimiento. Por ello se hablara de contrato sacramento. El derecho moderno, y nuestra legislación civil guatemalteca actual continúa esta línea, aunque con una significación laica progresivamente acentuada.

²³ Morineau Iduarte, Iglesias González, **Ob. Cit**; Pág. 64.

²⁴ Di prieto, **Ob. Cit**; Pág. 312

3.8. Consentimiento del *paterfamilias*

Siendo el contrayente *sui juris* esto significa ser libre, no necesitaba el consentimiento de otra persona. Pero estando bajo la patria potestad necesitaba el consentimiento del jefe de familia, toda vez que del matrimonio del hijo podían nacer hijos que quedaban bajo la potestad de aquel. Respecto del descendiente varón se necesitaba no solo el consentimiento del jefe de familia, sino el de su padre directo, por cuanto si tenía hijos, podían venir a quedar en época futura bajo la potestad de este.

La persona que se caso siendo *sui iuris*, no tiene necesidad del consentimiento de nadie. No ocurre así con los hijos bajo autoridad paternal, los cuales deben contar con el consentimiento del *paterfamilias* o sea el jefe de la familia. Este consentimiento de los padres estaba fundado en el interés de los futuros cónyuges, sino única y exclusivamente en la autoridad familiar. Cuando los contrayentes no son *sui iuris*. La jurisprudencia llegó a decidir que el *pater* da siempre su consentimiento, si no muestra evidentemente su disenso basta, por tanto, el silencio, es decir, la no oposición, para que el matrimonio pueda contraerse.²⁵

Podemos citar el jurisconsulto Paulo, en el Imperio, si el *paterfamilias* negaba su consentimiento, los afectados podían inclusive acudir al Magistrado para que este presionase al jefe de la familia a dar el consentimiento. En caso de no obtenerlo, el magistrado podía suplir la voluntad paterna. Figura que sigue vigente en nuestra legislación civil guatemalteca, y que podemos notar que proviene desde la época Romana.

En el caso de que el *paterfamilias* fuera prisionero de guerra o estuviera ausente, podía contraerse matrimonio, a pesar de faltar el consentimiento. El derecho Justiniano exigió, no obstante, que hubiese transcurrido tres años.

²⁵ **Ibid.** Pág. 314.

Si el *paterfamilias* no estaba sano de mente, podía la *filiafamilias* contraer matrimonio sin la intervención del mismo. Tratándose de un *filius*, la cuestión era discutida: una Constitución de Marco Aurelio decidió que el hijo del *demente captus* pudiese contraer matrimonio, pero este mismo término suscito dudas acerca de si se refería a toda suerte de enfermedades mentales. Justiniano zanjo definitivamente el asunto, al dispone que interviniese el magistrado en lugar del *pater*, tras haber oído al *curator* de este y a los parientes principales.

En el supuesto de que el *filius* y su padre se encuentren bajo la potestad de una misma persona, se requiere también el consentimiento de esta, a mas del que otorgue el *paterfamilias*. La razón estriba en que, muriendo el abuelo, el padre se convierte en *sui iuris*, y no parece natural que los hijos nacidos del nuevo matrimonio entren en condición de *fili*, contra la voluntad del que, por dicha muerte, se ha hecho *paterfamilias*.

Con respecto a las mujeres *sui iuris*, el derecho clásico señala como necesario el consentimiento del tutor. Desaparecida la *tutela mulierum*, el derecho nuevo exige para las mujeres menores de 25 años, incluso si son viudas, el consentimiento del padre, y, a falta de este, de la madre y de sus parientes, o bien de la autoridad judicial, si mediaran disensiones.

Motivos de varia índole éticos, políticos, sociales, religioso determinaron una serie de requisitos que se caracterizan por estar formulados de modo negativos. Tales son los que los modernos denomina impedimentos y se distinguen en absolutos y relativos, según que produzcan incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o bien solo con referencias a determinadas personas.

Son impedimentos absolutos regulados en el derecho romano los siguientes:

- a) El matrimonio precedente todavía no disuelto, en cuanto que la ley no autoriza la coexistencia de un doble vinculo.
- b) La esclavitud de uno de los cónyuges.

c) El voto de castidad y las órdenes mayores, en el derecho nuevo.

Son impedimentos relativos regulados en el derecho romano los siguientes:

a) El parentesco de sangre o cognación. En la línea recta, está prohibido el matrimonio entre ascendente y descendientes hasta el infinito; en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino. Un senadoconsulto del año 49 de Cristo, con el fin de permitir el matrimonio del Emperador Claudio con su sobrina Agripina, hija del propio hermano germánico, autoriza la unión entre tío y sobrina. Se mantuvo todavía la prohibición del matrimonio entre el tío y la hija de la hermana, así como entre la tía paterna tomar por esposa la hija del hermano. Las uniones entre primos fueron prohibidas en la segunda mitad del siglo IV, pero a comienzos del V, fueron de nuevo permitidas.

El parentesco de adopción *adoptiva cognatio* constituye también impedimento, si bien cesa, tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación.

b) El parentesco espiritual. Según norma Justiniana, está prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado, ya no vigente en la legislación civil guatemalteca.

c) La afinidad. En la época clásica no se permite el matrimonio entre padrastro e hijastro, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno. A esa prohibición de matrimonio entre los parientes de la línea recta, se suma la establecida por el derecho cristiano en orden a los cuñados.

d) El adulterio y el rapto, está prohibido el matrimonio entre la adúltera y su cómplice, el derecho de la última época prohíbe también el matrimonio entre el raptor y la raptada.

Otras razones especiales de varia índole fueron motivo para prohibir el matrimonio en el derecho romano de los que podemos mencionar:

1ª. En virtud de un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio y Cómodo, se prohíbe, bajo la pena de nulidad, el matrimonio entre el tutor, su *paterfamilias*, sus descendientes y la pupila, hasta tanto se hayan rendido cuentas.

2ª. Mandatos imperiales prohíben al magistrado provincial que contraiga matrimonio con mujer oriunda del territorio en que ejerce su cargo, o bien domiciliada en el. El matrimonio solo está permitido *post depositum officium*.

3ª. Con el fin de favorecer el mantenimiento de la disciplina en el ejército, el derecho de la época imperial prohibió a los militares que contrajesen nupcias. A fines del Siglo II, fue revocada la prohibición.

4ª. Motivos de índole social justifican la prohibición de contraer matrimonio entre Senadores y descendientes suyos y libertas, así como entre Senadores y mujeres de abyecta condición. Este régimen prohibitivo desapareció por completo con la legislación justiniana.

5ª. En el derecho clásico la mujer no puede contraer nupcias antes de los 10 meses de la disolución del precedente matrimonio por muerte del marido. En la época posclásica tal periodo se extiende a un año, teniéndose también en cuenta la disolución por divorcio. Tal norma tiene por fin evitar dudas acerca de la paternidad del concebido en el primer matrimonio. La prohibición cesa, en todo caso, si la mujer da a luz antes de los 10 meses o del año.

6ª. Motivos religiosos dan lugar a la prohibición establecida por el Derecho nuevo de contraer matrimonio entre cristianos y judíos.²⁶

²⁶ **Ibid.** Pág. 315.

3.9. Los esponsales

Las promesas de futuras nupcias se conocen en el derecho romano como esponsales y no daba lugar a acción alguna para exigir su cumplimiento.

Con el tiempo, en roma se introdujo la costumbre de origen oriental, de entregar una cantidad de dinero que fue llamado arras esponsalicias para garantizar la celebración del matrimonio. En caso de que este no se llevar a cabo por culpa de alguno de los contrayentes, el culpable perdía las arras entregadas.²⁷

Podemos notar por lo que concierne a la capacidad, se tiene en cuenta los mismos requisitos e impedimentos que se dan en materia de matrimonio. Cabe todavía que se contraiga los esponsales sin haber alcanzado la pubertad, aunque en el derecho justiniano es preciso tener cumplida la edad de siete años. Nada se opone a que la viuda haga promesa matrimonial sin que haya transcurrido el año de luto. Ni hay inconveniente alguno en señalar condiciones o términos.

“Los esponsales se disuelven por la muerte, por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio, por el mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios –*repudium*.”²⁸

En el derecho antiguo, incluso en la época republicana, se admitía un *actio de sponsu*, para el caso de que sin causa justificada una de las partes no se quisiera casar. Por ella se acudía a la justicia, no para obligar a la otra parte a celebrar las nupcias el consentimiento debe ser libre, sino para reclamar una suma de dinero por el incumplimiento. Al parecer, esto era de aplicación en los pueblos del *latium* así llamados por el derecho romano.

²⁷ Morineau Iduarte, Iglesias González, **Ob. Cit**; Pág. 64.

²⁸ Iglesias, **Ob. Cit**; Pág. 348.

Podemos notar una similitud del derecho romano en cuanto que los regalos efectuados por las dos partes quedaban supeditados al matrimonio posterior. Si este no se realiza, se debían devolver, pero quienes ha negado injustificadamente a casarse, carece de acción para la devolución, en el caso de que la esposa no pudiera casarse por muerte de su esposo, y siempre que haya mediado el beso de los esponsales (*osculo interviniente*); solo estaba obligada a restituir la mitad de dichos regalos o donaciones (*sponsalicia largitas*) regulado de similar forma en nuestra legislación civil guatemalteca.²⁹

²⁹ Di Pietro, **Ob. Cit**; Pág. 314.

CAPÍTULO IV

4. fines y efectos del matrimonio

Siendo los fines observados desde la época antigua la cual fue recibida por los romanos del derecho canónico a lo que se le dio un carácter normativo. Y los efectos del matrimonio romano que en mayor grado afectaba más a la esposa en cuanto a las relaciones patrimoniales y de parentesco en cuanto a su familia natural.

4.1. Los fines del matrimonio

Notamos que la teoría de los fines ha sido recibida de la tradición canónica, que les ha dado carácter normativo en el código de derecho canónico. Por lo que puede distinguirse entre fines primarios y secundarios los primeros serían la procreación y la educación de la prole; los segundos, la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia. Esto significaría que los cónyuges deseen, en primer lugar, realizar lo conducente a cumplir los fines primarios, la propagación de la especie, la procreación y educación de los hijos, estarían subordinados los fines secundarios de la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia, posteriormente se disponía concordantemente que el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo.³⁰

En cuanto a los fines podemos decir que son pactos para engendrar prole. En cuanto al objeto del contrato matrimonial, que es la prestación de ciertos y determinados actos corporales, ordenados a la generación. El fin de la prestación sería la procreación, y consecuentemente, la educación de los hijos a los cuales se subordinada la ayuda y la satisfacción sexual de los esposos que fue denominada *remedium concupiscentiae*.

³⁰ **Ibid**, Pág. 123.

Esta doctrina tradicional de los fines, y su distinción en primario y secundarios, ha sido diferenciada y replanteada, una correcta distinción entre *funciones sexuales* y *funciones reproductivas* la institución del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole. De tal manera que desde el derecho romano se refirió a la fecundidad del matrimonio. En el deber de transmitir la vida humana y educarla, lo cual hay que considerar como una propia misión, los cónyuges saben que son cooperadores del amor de Dios creador y como sus intérpretes. Por eso, denominado de esta manera en la legislación antigua a lo que se les imponía la responsabilidad humana y cristiana, para cumplir su obligación con dócil reverencia hacia Dios; de común acuerdo y propósito se formaran un juicio recto, atendiendo tanto al bien propio como el bien de los hijos, ya nacidos o todavía por venir, discerniendo las circunstancias del momento y del estado de vida tanto materiales como espirituales y, finalmente tendiendo en cuanto el bien de la propia familia, de la sociedad y de la Iglesia.

4.2. Poderes del *paterfamilias*

El poder del *paterfamilias* sobre las personas a él sometidas era originariamente absoluto. Frente a los individuos libres y no libres de la casa, era considerado un poder absoluto ya que otorga a este el poder de decidir sobre la vida de las personas a él sometidas, como elemento de la potestad y el poder concedido aparece también lo que los romanos denominaron el *ius exponendi* y el *ius vendendi*, esto es, los derechos de exponer y de vender a los individuos de la familia.

El *paterfamilias* en el derecho romano, podemos darnos cuenta que actúa autónomamente en el gobierno de la familia, hay que añadir que el *paterfamilias* tiene carácter religioso, y existe una especie de religión familiar observada escrupulosamente, la cual es transmitida de los mayores a los menores, así de generación en generación.

4.3. Efectos del matrimonio

Por lo que respecta a los efectos que sobre los cónyuges traía la celebración del matrimonio, esto se refieren a los diversos aspectos del mismo; por un lado la mujer participa de la condición social del marido y pasa a formar parte de la familia en calidad de hija y como hermana de sus hijos, siempre y cuando el matrimonio se hubiese celebrado *cum manu* circunstancia que cuando menos en los primeros siglos de Roma siempre se daba lo que significaba para la esposa romper en ese momento toda relación agnática con su antigua familia. Si era *sui iuris* al celebrarse el matrimonio, a diferencia de la forma de pactar en nuestra legislación civil guatemalteca, los bienes que poseyera eran adquiridos por el marido, lo mismo que aquellos que ella pudiese llegar a adquirir. A la muerte del marido, concurría a la sucesión en calidad de heredera en igualdad de condiciones con sus hijos. Si el matrimonio se había celebrado sin la potestad del marido sobre la esposa *sine manu*, no se creaba por parte del marido la *potestas maritalis* y la mujer entraba como agnada a la familia del marido, conservando por tanto esta situación con su anterior familia.

De manera que en el matrimonio libre, los bienes de la mujer seguían siendo de su propiedad, el marido no tenía sobre ellos ningún derecho, pero podía administrarlos si ella se lo encargaba. A la muerte del marido la mujer no tenía ningún derecho a la sucesión salvo aquel concerniente a la recuperación de su dote, con posterioridad se le concedió a cualquiera de los cónyuges el derecho recíproco a la sucesión sobre los bienes del cónyuge premuerto.

Podemos decir que un principio seguido por nuestras legislaciones modernas ya que entre los cónyuges no se podía efectuar donaciones; esta prohibición, a lo que tenía lógica porque se decía, era para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor, y a partir de la época de Augusto se prohíbe que la esposa sea fiador de su marido. En lo que concierne a los hijos nacidos de matrimonio, ya sabemos que

estos siguen la condición del padre, estarán bajo su potestad y son, por tanto, agnados de el y únicamente cognados de su madre.³¹

Los efectos del matrimonio del derecho civil o *iustae nuptiae* deben ser considerados respecto de los cónyuges y respecto de la descendencia.

1ª) Respecto de los cónyuges es preciso considerar esos efectos en cuanto a sus personas y en cuanto a sus bienes.

a) En cuanto a las personas de los cónyuges, el matrimonio hacía que la mujer participara por regla general de la condición social del marido e imponía a los cónyuges la obligación recíproca de fidelidad. La obligación de fidelidad fue siempre más imperativa en la mujer se castigó más severamente el adulterio de ésta, pues se consideraba que la infidelidad femenina puede llevar clandestinamente a la familia personas de sangre extraña. Por lo demás, la mujer no hacía parte de la familia civil del marido, sino que seguía perteneciendo a su familia anterior, a no ser que se hubiera constituido sobre ella la potestad marital de la *manus*.

b) En cuanto a los bienes, no existió en el derecho romano la institución moderna de la sociedad conyugal. Cada cónyuge conservaba por regla general sus bienes propios. Pero si se constituía la *manus*, todos los bienes de la mujer entraban a formar parte del patrimonio familiar, puesto que quedaba en calidad de hija (*loco filiae*) del marido. Cuando la potestad de la *manus* no acompañaba al matrimonio, se consideró de equidad que la mujer considerándose dueña en el matrimonio de sus bienes que un tercero o ella pudieran constituir a favor del marido.

2ª) En cuanto a la descendencia, las *iustae nuptiae* o el matrimonio legal daba los hijos nacidos de ellas la calidad jurídica de *liberi iusti* (hijos legítimos). Estos hijos quedaban *ipso iure* bajo la potestad del jefe de la familia, que podía no ser su padre directo, si este a su vez se hallaba sometido a dicha potestad. Entraban a formar parte

³¹ Morineau Iduarte, Iglesias González, **Ob. Cit**; Pág. 67.

de la familia civil del padre. Respecto de la madre y de los parientes consanguíneos de esta no eran sino cognados, a no ser que la madre estuviera *in manu* respecto de su marido, pues entonces los hijos eran agnados de su propia madre, hijos y madre estaban sometidos a la patria potestad del jefe de familia.

Podemos notar que desde el derecho romano se presentó el problema relacionado con la filiación legítima respecto del padre, ya que respecto de la madre el hecho ostensible del parto no ofrece dificultad, con respecto al padre la filiación legítima resulta de la concepción durante el matrimonio. Pero escapando a la percepción exterior ese hecho fisiológico, hubo de recurrirse a una inferencia del hecho del parto, estableciendo para ello la presunción, consagrada en los códigos modernos, de que la duración máxima del embarazo es de 300 días y la mínima de 180 días, de esta manera podía saberse, ocurrido el parto, si la concepción había tenido lugar dentro del matrimonio o fuera de él.³²

4.4. Relaciones patrimoniales entre cónyuges

En el curso histórico del derecho romano se distinguen tres regímenes matrimoniales de bienes: un régimen de absorción, propio del matrimonio que va acompañado de la *manus*; un régimen de separación, en el matrimonio libre, y el régimen dotal.

Régimen de absorción de bienes

Si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la *manus* sobre la mujer, los bienes de ésta pasan a engrosar el patrimonio del marido. De igual modo, se hacen del marido los bienes que por cualquier título adquiriera la mujer durante el matrimonio.

³² Medellín A. **Ob. Cit**; Pág. 52.

Régimen de separación de bienes

Seguido de igual manera en nuestra legislación civil guatemalteca, tratándose de matrimonio libre, conserva siempre que sea libre, *sui iuris*, la propiedad de los bienes llevados al matrimonio, así como hace suyos los adquiridos durante él por herencia, legado, donación, etc., o por su propio trabajo, tales bienes pueden ser administrados por la propia mujer, la cual, por lo demás, dispone de ellos con entera libertad, cabe que los confíe en administración a su marido. En orden a los bienes parafernales, el marido actúa como simple mandatario, debiendo atenerse en todo a las instituciones dadas por la mujer, si hace un uso no autorizado por ésta, queda responsable de la pérdida que pueda acaecer. Disuelto el matrimonio, el marido está obligado a la restitución de los bienes parafernales.

En relación al matrimonio se establece

Las donaciones entre cónyuges llamado por los romanos *donationes inter virus et uxorem* están prohibidas, y esto se justifica, por la necesidad de evitar que se ponga precio al efecto conyugal y por el peligro de que el amor pueda mover al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro. Posteriormente fueron válidas las donaciones y estas fueron las realizadas en consideración al momento de la disolución del matrimonio, sea por muerte *moris causa* o por divorcio *divortii causa*. Posteriormente se convalidan las donaciones entre cónyuges, siempre que el donante muera sin revocarlas. Según el derecho justiniano, no son tampoco nulas, aun cuando subsista el matrimonio, las donaciones hechas en caso de deportación, llamado de esta manera por los romanos *in casum deportationis*-o destierro *exilii causa*.

Régimen dotal

En el derecho romano se denominó dote *dos o res uxoria* es el conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer, u otra persona por ella, entregan al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales. La dote surgió en

el ámbito del matrimonio acompañada por la *manus*, esta donación se realiza con el objeto de compensar, en alguna medida, la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna. Posteriormente pasó al matrimonio libre, con el carácter de aportación destinada a sufragar los gastos del hogar doméstico.

Tanto si el matrimonio va acompañado de la *manus*, cuanto si tal no ocurre, los bienes se consideran de propiedad del marido, dado, sin embargo, que la adquisición definitiva por parte de éste no pareció siempre justificada, y mucho menos cuando el divorcio se puso a la orden del día, entró en la práctica la costumbre de que el marido prometiese al constituyente, mediante convención estipulatoria, la restitución de la dote, para el caso de que se disolviera el matrimonio.

Ya en los finales de la república tomó el estado la idea que el marido solamente adquiere la propiedad de la dote en cuanto pesan sobre las cargas del matrimonio. En los primeros tiempos, la constitución de dote era un deber moral, o una cuestión de honor para los parientes de la mujer. De un deber jurídico, de una obligación legal de dotar. En el derecho justinianeo tal obligación recae sobre el padre y, en casos excepcionales, sobre la madre.

Constitución de la dote

Cabe constituir la dote por la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran, o por la obligación, contraída mediante negocio jurídico, de entregarlos. La primera forma, es decir, la de constitución real, se llama *dotis datio*, y se cumple a través de los acostumbrados modos de transmisión, puede ser constituyente cualquier persona, de la cual la recibe el marido o alguien en quien este delega *delegatio dandi*.

La constitución obligatoria tiene lugar de dos formas: *dictio dotis* y *promissio dotis*. La *dictio dotis* es la típica, y se sustancia en una declaración solemne del

constituyente, que solo puede ser la mujer misma, si es *sui iuris*, o el padre, o el abuelo paterno, o un deudor de la mujer, que intervenga por mandato de ésta.

En el derecho justiniano se admite también la constitución tácita de dote, que se produce cuando la mujer, luego de divorciada, vuelve a contraer matrimonio con el antiguo marido, sin haber obtenido la restitución de la que le fuera conferida a éste con ocasión de las primeras nupcias.

En la última época la corriente es que se recurra al documento *instrumentum dotale* para la constitución de la dote.

La dote suele constituirse antes del matrimonio, pero también es posible después, salvo en el caso de la *dictio*. En la época clásica, tanto la constitución obligatoria *dictio dotis* y *promissio dotis*, como la real *datio dotis*, se entiende supeditada a condición de que subsiga el matrimonio. Tal condición actúa con efecto suspensivo, en el primer caso, y resolutorio, en el segundo. El derecho justiniano modifica parcialmente este régimen, al disponer que la *datio dotis* verificada con anterioridad al matrimonio la voluntad del constituyente decide si el marido adquiere o no inmediatamente la propiedad. Si el constituyente es la mujer, se presume que la *datio dotis* acarrea la inmediata adquisición.

Se puede considerar una tercera forma de constituir la dotes en el derecho justiniano se admite también la constitución tácita de dote, que se produce cuando la mujer, luego de divorciada, vuelve a contraer matrimonio con el antiguo marido, sin haber obtenido la restitución de la que le fuera conferida a éste con ocasión de las primeras nupcias.

En la última época fue exigido un documento para constituir la dote llamado *instrumentum dotale* para la constitución de la dote. La dote es lógico que suela constituirse antes del matrimonio, pero también es posible después.

La dote durante el matrimonio

Podemos decir que la dote, jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido, o al que ejerce sobre él la patria potestad. La institución se afina o se aprecia la idea de que la dote, desde el punto de vista económico, o sea, como asignación, renta o salario, es *res mulieris*. Tomando en cuenta dicha idea se establece la obligación legal de restituir la dote cuando llega a disolverse el matrimonio. La dote, en cuanto capital, debe ser conservada intacta por el marido, que hace suyo los frutos. El derecho romano para asegurar la restitución de la dote. Prohibió al marido que enajenase, sin el consentimiento de la mujer, los fundos itálicos dados en dote, así como los que grave con prenda, aun contando con tal consentimiento. Justiniano sanciona definitivamente la norma posclásica que extiende la prohibición a los fundos provinciales y prescribe que la enajenación la pignoración no están permitidas, incluso si media el consentimiento de la mujer.

Restitución de la dote

Disuelto el matrimonio, es obligada la restitución de la dote. A tal fin, existe en la época clásica dos acciones: la *actio ex stipulatu*, si media promesa restitutoria del marido, en la forma de la *stipulatio*, y la *actio rei uxoriae*, si no se ha celebrado ésta.

La *actio ex stipulatu* sólo permite reclamar lo taxativamente convenido, salvo que se haya estipulado la restitución de todo aquello que se deba según ley. Tal *actio* puede corresponder, de modo eventual, a los herederos del constituyente. En la época posclásica se reconoce eficacia al simple pacto de restitución concertado entre el marido y el constituyente en el momento de la *datio dotis*, otorgándose al segundo la acción tuteladora de los contratos innominados.

Disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, la dote *adventicia* queda en poder del marido, salvo en el caso de que haya sido convenida, mediante *stipulatio*, la

restitución la constituyente. En poder del marido queda también la dote *profecticia*, pero solo en el caso de que el constituyente haya muerto antes que la mujer.

Si la disolución del matrimonio tiene lugar por muerte del marido o por divorcio, la dote, sin distinción alguna, debe ser restituida. Puede pedir la restitución la mujer, si es *sui iuris*, o su *pater*, con el consentimiento de ella, en otro caso, muerta la mujer después de divorciada, solo compete la *actio* a sus herederos o la del *pater* cuando el marido esta incluso en mora.

Siempre que comprenda cosas fungibles, la dote debe devolverse en tres anualidades llamado por los romanos *annua bima trima die*, a menos que se haya convenido la devolución inmediata. La dote integrada por bienes de otra clase ha de ser restituida al punto.

El marido goza del *beneficium competentiae*, en término que no puede ser condenado más allá de los límites de su activo patrimonial. Además, se le otorga, en determinados casos, la facultad de hacer ciertas deducciones. A favor del marido se reconocieron, en efecto, cinco clases de retenciones.

- 1) *Retentio poper liberos*. Cuando el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer, el marido tiene derecho a retener una quinta parte por cada hijo; si se disuelve por divorcio, y siempre que este se deba a culpa de la mujer o del padre bajo cuya potestad se encuentra, puede retener un sexta parte por cada hijo, sin que nunca excedan de tres sextas partes retenidas, cualquiera que sea el número de hijos.
- 2) *Retentio propter mores*. Por las inmoralidades graves *gravioris mores*, se retiene una sexta parte y una octava parte por las leves *leviores mores*. Es inmoralidad grave el adulterio; leve, todo lo demás.
- 3) *Retentio propter impensas*. La dote se disminuye *ipso iure* a consecuencia de los gastos necesarios efectuado para su conservación: *ipso iure necessariis sumptibus*

dos minuitur. Por los gastos útiles, tiene el marido la *retentio*, siempre que los haya hecho con el consentimiento de la mujer, en cuanto a los de lujo o voluntario no le es concedida deducción alguna.

4) *Retentio propter res donatas*. Prohibidas las donaciones entre cónyuges *donationes inter virus et uxorem*, se concede al marido la facultad de retener la dote, declarando así su derecho a las que hizo a la mujer.

5) *Retentio propter res amotas*. El marido tiene la *retentio* por razón de las cosas que le haya sustraído su mujer.

Justiniano introduce notables modificaciones en materia de dote y, sobre todo, por lo que respecta a la obligación de restituir. La dote debe ser restituida por el marido o sus herederos, a la mujer o a sus herederos. Sobre los últimos tiene preferencia el *paterfamilias* constituyente, siempre que se trate de dote *profecticia*, y sobreviva el a la disolución del matrimonio. El marido solo puede lucrar la dote cuando se ha concluido un pacto especial en el momento de constituirla.

CAPÍTULO V

5. Disolución del matrimonio en el derecho romano.

En la época primitiva del poder absoluto del jefe de familia sobre el hijo bajo su patria potestad, podía aquel, en uso de ese poder omnímodo disolver el matrimonio de este último. Pero desaparecido con la evolución del derecho aquel poder absoluto, cesó consiguientemente dicha facultad.

El matrimonio se disuelve por diversas razones: Por un lado a partir de la forma natural; es decir, por la muerte de uno de los cónyuges y, por otro, cuando existían determinadas causas para no seguir adelante la unión marital.

5.1. Por repudiación

Repudium, o sea la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unidos en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las personas no deseaba seguir unida a la otra, era una razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo conyugal. Esta manera de terminar la relación marital fue muy frecuente a partir de la época de Augusto, sobre todo en los casos en que no había hijos pero, lógicamente, respetando ciertas formalidades.³³

Era la voluntad manifestada por uno de los cónyuges, marido o mujer, de romper el vínculo conyugal. Bajo el influjo del cristianismo llegó a modificarse el régimen del divorcio en el sentido de exigir una causa justa para ello.

5.2. La muerte de uno de los cónyuges

Era apenas lógico y natural que muerto uno de los cónyuges se disolviera el vínculo que los unió en vida. Como consecuencia de tal disolución, el cónyuge

³³ *Ibid.* Pág. 52.

sobreviviente podía contraer nuevo matrimonio, pero la viuda no podía hacerlo sino luego de transcurridos 10 meses desde la muerte del marido. Se quería evitar con esto los litigios escandalosos que podían surgir en cuanto a la paternidad del hijo nacido después de aquella muerte, debido a la incertidumbre de dicha paternidad.

Si uno de los cónyuges se ausenta durante largo tiempo, no teniendo noticias de el, o haciendo llegar al otro cónyuge información de que ha fallecido, dicha ausencia queda en cierto modo equiparada a la muerte, lo que se explica por ser el matrimonio una *res facit*, cesando la intención de mantener la comunidad matrimonial.³⁴

5.3 La pérdida de la libertad

Perdiéndose la libertad, base fundamental de la personalidad civil romana, se perdía consiguientemente el *ius civitatis* y, por consiguiente, el *ius conubii*, elemento esencial de las *iustae nuptiae*. En consecuencia, esta quedaba disuelta como tales.

Aun en el supuesto de que hubiera caído prisionero uno solo de los cónyuges, sin darse la posibilidad del *postliminium*. Al quedar libre y regresar a Roma, si querían volver al matrimonio tenían que celebrar uno nuevo.

La explicación de esto se debe a que se debe mantener la convivencia en forma continua. Por ser una *res facit*, no se recupera el anterior matrimonio por el *postliminium*, que solo produce efecto respecto de los derechos. Esto ocurría aun cuando la mujer quedase en su patria viviendo en la casa del marido.

Justiniano variaría el principio clásico, de tal modo que por la cautividad en guerra de uno de los cónyuges, el matrimonio no se disuelve. El que se ha quedado en Roma no puede contraer nuevas nupcias hasta después de cinco años desde la cautividad, y no se tenga noticias ciertas del cautivo. De lo contrario, se considera que

³⁴ **Ibid.** Pág. 52.

de casarse sin el cumplimiento de estos requisitos, se incurre en divorcio *sine causa*, lo que ocasionaba las penas pecuniarias correspondientes.

También por otras causas de esclavitud se disolvía el matrimonio. Justiniano suprimirá la esclavitud por penas infamantes (*servitus poenae; ad metalla*), de tal modo que el matrimonio existente se conservaba. En realidad, para su época solo subsistían causas de esclavitud:

- a) La del hombre libre mayor de 20 años que se hacia vender como esclavo.
- b) La del liberto ingrato.

La esclavitud en concepto de pena *servitus poenae*, como consecuencia de la condena *ad metalla o ad opus metalli* (a los trabajos de la minas), fue abolido por la legislación justiniana con el fin, precisamente, de que se mantuviera firme el matrimonio.

5.4. Por destierro

Por el destierro de uno de los cónyuges (*deportatio*) el matrimonio se disolvía en la época clásica (*capitis deminutio media*). Mas tarde, según una constitución de Constantino, el matrimonio no concluía por esta causa, lo cual fuera afirmado por Justiniano siempre que el cónyuge que no soporta la pena mantenga la *affectio maritalis*.

5.5. Por impedimento sobreviniente

Esto ocurría cuando el *pater* adopta a su yerno o a su nuera. De este modo, los cónyuges pasaban a ser hermanos agnados, lo cual era un impedimento. Para evitar la disolución del vínculo matrimonial, en la época clásica, se aconsejaba al *pater* adoptante que emancipara a su hija o hijo, con lo cual el impedimento desaparecía.

Este consejo es considerado obligatorio por Justiniano, de tal modo que antes de adoptar había que emancipar al hijo o hija.

Otra hipótesis, mas discutida, era aquella en la cual el marido de una liberta fuese elevada al rango senatorial, estando prohibido el matrimonio entre senadores y libertos. Es cuestión discutida entre los clásicos la de si se disuelve o no el matrimonio cuando el marido de la liberta tiene acceso al senado. Justiniano se pronuncia por la firmeza del vínculo.

5.6. Divorcio

Por divorcio, es decir, por pérdida de la *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos. El matrimonio se basa en el consentimiento, y si falta este, cesa sin más el vínculo matrimonial.

El *divortium*, lo mismo que el matrimonio, no está sujeto a la observancia de forma laguna. Es suficiente un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito *perliteras*, o por medio de mensajero *per nuntium*.

La *lex Iulia de adulteriis*, del año 18 a. de C., estableció que el repudio debiera participarse por medio de un liberto, en presencia de siete ciudadanos púberos. Sin embargo, no debe entenderse que el matrimonio subsiste cuando no ha sido observada dicha prescripción legal. Cabalmente, la ley se limita a exigir la forma solemne por el caso de que el divorcio sea querido por una sola parte, cabiendo recaer sobre esta, cuando no la observe, el peso de ciertas penas.

Hacia fines de la república fue concedida a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligando a declararlas libres.

Por mucho tiempo el divorcio no constituyó un hecho frecuente en la sociedad romana. En cambio, su difusión alcanza límites extremos con la corrupción de

costumbres que invade a Roma en la hora de la expansión mundial. Es en la época cristiana cuando se inicia una fuerte reacción contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aunque sin llegar a negar la validez del divorcio.

Una ley de Constantino permitió al marido divorciarse de la mujer cuando hubiese sido declarada culpable de adulterio, de envenenamiento o de torpe mediación alcahuetería; la mujer podía repudiar al marido, si este era reo de homicidio, de envenenamiento o de violación de sepulcro. Si el marido repudiaba a la mujer, no concurriendo alguna de las circunstancias señaladas, venía obligado a restituir la dote y a no contraer segundas nupcias, autorizándose a la mujer, en el caso de ser contravenida la prohibición, para invadir la casa del marido y apoderarse de la dote de la segunda mujer, si la mujer repudia al marido, sin que este fuera reo de alguno de los *tria crimina* mentados, quedaba obligada a dejarle la dote y la donación nupcial, incluido a los más pequeños objetos, imponiéndosele también la pena de la deportación.

Para la época de Augusto, no obstante las leyes caducarias dictadas, hay que señalar que estaban más bien dirigidas a solucionar el problema demográfico tendiendo a que los hombres y las mujeres se casaran y tuvieran hijos, sin prohibir la disolución de las nupcias por divorcio.

A comienzos del principado. La costumbre era meramente el empleo de ciertas palabras (*comprobata verba*). Así, ten para ti tus cosas (*tuas res tibi habeto*), y también ocúpate tu misma de tus asuntos (*tuas res tibi agito*); Gayo, pero, por la *lex Iulia de adulteriis*, Augusto estableció que el divorcio debía ser realizado de manera formal, por medio de un liberto del cónyuge, que debía anunciar al otro su voluntad de divorciarse, en presencia de siete ciudadanos púberes. El divorcio sin el empleo de esta formalidad era inválido, pero aun así, la jurisprudencia mantuvo el criterio de que por el mero desistimiento de la *affectio maritalis*, el matrimonio quedaba disuelto, si bien dando lugar a sanciones accesorias.

Hasta el final de la época clásica regirá el principio general de la libertad para divorciarse. Por tanto, los pactos de que no fuera lícito divorciarse, ni las estipulaciones que aportaban pena al que se hubiese divorciado, no eran válidos.

Esta libertad quedaba limitada no tanto por las costumbres, como por las consecuencias económicas resultantes de la devolución de la dote.

Si el marido probaba causas graves, se quedaba con la dote recibida de su mujer y podía volver a casarse. Si solo probaba causas leves, perdía la dote y no podía contraer nuevo matrimonio, sino luego de pasados dos años, si se divorciaba sin causa alguna, perdía no solo la dote sino toda donación nupcial (*ante nuptias*) hecha a su mujer; y por supuesto no podía casarse de nuevo.

Si se trataba de la mujer, en caso de que probara causas graves, recobraba la dote, pudiendo volver a casarse luego de pasados cinco años, porque entonces se veía que se separó más por agotamiento de su marido que por deseo de otro. Si probaba causas leves, perdía la dote y cualquier donación hecha al marido, y estaba impedida para celebrar nuevas nupcias. Si lo hacía podía ser acusada de adulterio por el anterior marido, y finalmente, si se divorciaba sin causa, perdía la dote y las donaciones, no podía contraer matrimonio y era desterrada, sin derecho al *postilium*.

El divorcio por común consentimiento *communi consensu* es siempre libre. Y le era lícito a la mujer no esperar el quinquenio, sino pasar a segundas nupcias después de un año. Justiniano continuó la línea posclásica, pero con marcada restricción de la libertad de divorcio. En su régimen había que distinguir las siguientes clases de Divorcio:

5.7. *Divortium ex iusta causa*.

O sea que uno de ellos alegue determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados en la ley. El marido podía invocar el

adulterio de la mujer, el hecho de que esta concurriera a lugares públicos sin su consentimiento, o hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podía repudiar al marido si este intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio. Cualquiera de ellos podía alegar como causa de repudio, el atentado contra la vida, las injurias grave, la servicia y el crimen de alta traición.³⁵

Son *iustae causae*.

1º. La maquinación o conjura contra el emperador, o también su ocultación.

2º. El adulterio declarado de la mujer.

3º. Las malas costumbres de la mujer.

4º. El alejamiento de la casa del marido.

5º. La insidias al otro cónyuge.

6º. La falsa acusación de adulterio por parte del marido.

7º. El lenocinio intentado por el marido.

8º. El comercio asiduo del marido con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal.

Las causas van a ser enumeradas taxativamente, tanto para el marido como para la mujer.

³⁵ Di Pietro, **Ob. Cit**; Pág. 329.

El marido podía divorciarse *ex iusta causa*

- a) Si la mujer supiera de una conspiración contra el emperador y no le hubiese avisado al marido.
- b) Por adulterio de la mujer.
- c) si la mujer hubiese atentado contra su vida.
- d) Si, no queriendo el marido, comiera con extraños, o se baña con ellos.
- e) Si, no queriendo el marido, se quedara fuera de su casa, ano ser la de sus padres.
- f) Si, no sabiéndolo el marido, o habiéndoselo este prohibido, asistiera al circo o al teatro, etc.

Las causales que podía invocar la mujer eran

- a) Si el marido hubiere conspirado contra el emperador, o sabiendo que lo estaban haciendo otros, no los hubiere denunciado.
- b) Haber atentado contra su vida, o atentado otros no la hubiese defendido.
- c) Si la hubiere incitado al adulterio, entregándola a otros hombres.
- d) Si el marido la hubiese acusado falsamente de adulterio.
- e) Si el marido viviera en otra casa con otra mujer, habiendo sido advertido por dos veces por sus padres, de la mujer, u otras personas dignas de fe.

En cuanto a los efectos, si la mujer es la culpable *ex iusta causa*, pierde la dote y no puede exigir la donación *propter nuptia*, que queda en propiedad de su marido, o en usufructo si hay hijos

El marido que es culpable *ex iusta causa*, debe devolver la dote y paga la *donatio propter nuptias*. Esta es adquirida por la mujer, y si hay hijos, estos son los nudos propietarios, gozando la mujer del usufructo.

En caso de no haber dote o donación *propter nuptias*, el cónyuge culpable debe entregar al inocente una cuarta parte de sus bienes hasta un máximo de 100 libras de Oro. Se aplica esta tanto respecto del marido como la mujer.

5.8. *Divortium sine causa*

Este se da cuando se produce como acto unilateral no justificado por la ley. O sea cuando uno de los cónyuges, de manera unilateral, y sin existir las causas graves enunciadas, se divorcia.

Acá las penas son mayores por cuanto no existen justas causas. La mujer que ha repudiado sin causa, pierde su dote, que pasa a su marido en propiedad, y si hubiera hijos, en usufructo.

Pero, aparte de ello, la mujer debe entrar en un monasterio mientras viviere. Si tuviera hijos, debe darles los dos tercios de sus bienes y el tercio restante al monasterio. Si no tuviere hijos, debía dar dos partes de sus bienes al monasterio y la otra restante a sus padres, salvo que tendiendo *in potestate* hubiesen dado su consentimiento al repudio sin causa, en cuyo caso todos los bienes van al monasterio donde deberá entrar.

Si el marido es el que ha producido el repudio sin causa, deberá volver la dote así como la donación *propter nuptias*. Además, deberá darle de sus bienes un monto

equivalente a la tercera parte de la donación nupcial. Si hay hijos, la mujer solo tendrá de la donación, y de esta agregado del tercio, solo el usufructo.

Luego viendo que se continuaban los repudios sin causa, tanto si lo hubiera hecho el marido como la mujer, eran enviados a un monasterio. Si hay hijos, estos se harán propietarios de los bienes. Si no los hay, los ascendientes recibían un tercio, yendo los dos tercios restantes al monasterio. Si tampoco hay ascendientes o estos hubieran consentido en el repudio, todos los bienes van al monasterio.

5.9. *Divortium communi consensu*

Por otra parte, encontramos la del divorcio por mutuo consentimiento. Este tipo de divorcio fue cada vez mas frecuente sobre todo en la época de los emperadores cristianos, ya que por motivos básicamente de carácter religioso, se empieza estar en contra de la práctica del repudio. Llamado también en época antigua, *Divortium bona gratia* es decir, la decisión de los cónyuges de no continuar casados, aunque se imponga sanciones a las personas que disuelven el vínculo matrimonial de esta manera como, por ejemplo, el no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo. Es decir, aquella separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo. Tal sería el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas. O sea, cuando el divorcio no es imputable a una cusa culpable de uno de los cónyuges, este divorcio esta libre de penalidades.

Esto ocurría.

- i) Por el ingreso de uno de los cónyuges en la vida monástica.
- ii) Por la impotencia del marido para realizar la unión sexual, luego de transcurridos tres años de matrimonio; no se habla de imposibilidad de la mujer.

- iii) El caso de cautiverio de un cónyuge una vez transcurridos cinco años, siendo incierta la suerte de el.
- iv) A favor de la mujer, la ausencia de su marido por causa de milicia, luego de haber transcurrido 10 años, con incerteza de la voluntad del marido de querer permanecer en matrimonio.

El derecho romano consagro siempre el divorcio como medio de disolución del vínculo conyugal. Pero en los primeros tiempos, en que la potestad de la *manus* iba casi siempre anexa al matrimonio, el divorcio se hacia bastante difícil en la practica. Solo cuando ambos cónyuges vinieron a quedar en plano de igualdad jurídica, se generalizo la institución del divorcio vincular, consistente en el rompimiento absoluto y definitivo de la unión conyugal.

La reacción del nuevo espíritu Cristiano no llega a borrar el concepto romano del matrimonio y del divorcio. En ciertos casos el divorcio es considerado ilícito, pero nunca se declara su invalidez.

CAPÍTULO VI

6. Principales instituciones del matrimonio de la legislación civil guatemalteca actual.

Siendo importante desarrollar las principales instituciones del matrimonio de acuerdo a la forma de ser regulado por la legislación civil guatemalteca, hacemos un breve análisis y desarrollo de las mismas.

6.1. Etimología y concepto.

Notamos que mas discretamente, y en cierta forma con otro sentido, se expresa que la palabra, matrimonio tomo el nombre de las palabras latinas *matris munium* que significan oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye mas a la formación y crianza de lo hijos en el tiempo de preñez y lactancia. Es significativo que la etimología de la palabra matrimonio resalte en especial a la figura de la madre. No debe verse en ello su situación como sujeto pasivo o depositario de los gravámenes de la institución, al menos a las luces de la legislación de Guatemala, sino, a los efectos del derecho, preferentemente la causa justificativa de que la ley tienda a ser protectora del estado jurídico de la mujer dentro del matrimonio, ante la tradicional preponderancia del hombre, por cierto ahora muy controvertida, y por las circunstancias de las relaciones materno filiales que derivan generalmente una protección conjunta de la madre y de lo hijos en caso de perturbación de la vida conyugal o de modificación o disolución del matrimonio.

Podemos decir que la palabra matrimonio, tiene dos acepciones, pues puede significar ya el vinculo o estado conyugal, ya el acto por el cual se origina y constituye dicha relación. Y refiriéndose a la definición del matrimonio: para caracterizar y definir el matrimonio como vínculo se adopta por los escritores formulas muy diversas de sentido jurídico formal, de sentido sociológico o bien de tipo finalista. Las del primer grupo, o sea las de sentido jurídico formal, se fijan exclusivamente en la nota de la legalidad. El matrimonio es el estado de dos personas, de sexo diferente cuya unión ha

sido consagrada por la ley. Las del segundo grupo, de sentido sociológico, giran alrededor de la nota de permanencia. Así, buscando un concepto de índole histórico sociológico, podemos decir que es el matrimonio una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura. Y otras más aceptables, que atienden a la finalidad espiritual e integral. En este último sentido, ya las definiciones de los juristas romanos señalaron la constitución de una plena comunidad de la vida como finalidad jurídicamente reconocida del matrimonio. Modernamente se inspiran en la misma idea al considerar el matrimonio como la unión formada entre dos personas de sexo diferente con el propósito de una comunidad perfecta de su vida moral, espiritual, y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia, a lo que podemos definirlo como la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida. Todas estas definiciones recogen la idea moral del matrimonio, propia de la civilización cristiana y moderna y que inspira las legislaciones positivas. No faltan. Por lo demás, definiciones mixtas. En realidad, las tres notas aludidas de legalidad, permanencia y plenitud son otros tantos aspectos parciales de la idea del matrimonio. Reuniéndolas podríamos definir este como la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia, y si quisiéramos definirlo en su acepción de acto, podríamos decir que el matrimonio es el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre sí una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia.

6.2. Criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio

Podemos decir que nadie discute la importancia del matrimonio como centro principal generador y coordinador de la familia. Ahora bien, respecto a su naturaleza jurídica, no existen unidad de criterio entre los tratadistas, por razón de los diversos e importantes aspectos que presente, ya que son, en una u otra forma, determinantes de su regulación legal, he aquí, sintéticamente expuestos, los principales criterios que se han enunciado para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio.

El matrimonio es un contrato

Podemos notar que es tesis de origen canónico, del derecho de la Iglesia, la cual, a fines del imperio romano, en lucha contra la posibilidad de proliferación de la bigamia, hizo obligatorias las proclamas de matrimonio, y mas tarde obligo a la celebración publica del mismo, ante párroco y en presencia de dos testigos (concepción del matrimonio como un contrato solemne, idea acogida por canonistas y civilistas y adoptada por la revolución francesa; se trata, dicen sus seguidores, de un contrato especialísimo, en el que es un elemento básico el consentimiento). Esta doctrina se inserta en la tesis de los canonistas, quienes siempre han sostenido que el matrimonio es en todo caso un contrato. Por lo que podemos decir en primer término, la preafirmación de la tesis del matrimonio civil, y, en segundo lugar, la doctrina del divorcio quedo vinculado, pues que si las nupcias han sido contraídas por el consentimiento de las partes, lógicamente el disenso de ellas puede destruirlas.

Refiriéndonos a las críticas de que ha sido y es objeto la tesis contractual se dice que no se dan propiamente en el matrimonio las características fundamentales de los contratos (el matrimonio genera substancialmente obligaciones morales, no patrimoniales; la entrega reciproca de dos personas no puede ser objeto de contrato); y se expone que contra la tesis contractual se aduce que no basta el acuerdo de voluntades para caracterizar el matrimonio como contrato, pues el contenido de la relación matrimonial esta substraído a la libre voluntad de los contrayentes, y no cabe destruir el vinculo por el mutuo disenso, como acontece en los contratos.

Una modalidad, quizás mas certera de la teoría contractual ve en el matrimonio, no un contrato corriente sin un contrato de adhesión, toda vez de que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley en el caso del matrimonio se estima los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad solo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo

Podemos decir que es una opinión aceptada por los civilistas, quienes la exponen en los siguientes términos: se distingue en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídico públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se rehacían por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales, y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no solo por el consentimiento de voluntad de los consortes, sino también por la intervención que tiene el alcalde municipal. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese el acto respectivo la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, esta no existiría desde el punto de vista jurídico. Esta posición ha sido sostenida principalmente expresa lo siguiente: si abandonamos la concepción contractualista, tendremos que considerar el matrimonio como un negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es una acto puramente administrativo o un acto publico, lo prueba la necesidad de que concorra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario publico representante del Estado.

El matrimonio es una institución

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de variedad que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Debe partirse de un punto de vista: el matrimonio como institución, o, dicho en otra forma la institución del matrimonio, no constituye una persona jurídica del tipo institucional. La palabra institución se emplea, respecto al matrimonio, en el sentido de una situación o estado regido por un conjunto especial de reglas impuestas por el estado.

Se puede considerar desde dos puntos de vista para explicar el matrimonio como institución. Según el primero, el matrimonio es una institución por cuanto el derecho positivo los configura como un conjunto de reglas que tiene como finalidad exclusiva regir la organización social de los sexos y por cuya virtud se constituye un hogar, se forma una familia, lo que es lo mismo, un estado permanente de vida, para sus sostenedores, el matrimonio es algo creado por el Estado, inmodificable por la voluntad de los futuros esposos; una organización cuyos elementos y efectos esenciales están mas allá de todo camino, quedando, por consiguiente limitada la libertad de los contrayentes a prestar. El segundo punto de vista es una idea de obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos. Aplicadas esta tesis al matrimonio, se ve que en él concurren todos y cada uno de los elementos que la integran. La idea de obra que, como toda idea, comienza siendo subjetiva se exterioriza en el medio social gracias a la acción común de los contrayentes, encaminada a establecer una plena comunidad de vida entre ambos, esto es, constituir una familia. Luego de celebrado el matrimonio, para desarrollarse ordenadamente necesita obrar bajo un poder único cuya misión fundamental radica no solo en representarlo sino, sobre todo, en mantener su cohesión y alcanzar sus fines. Los órganos por medio de los cuales actúa ese poder son ambos esposo en los países que, como el nuestro reconoce la igualdad jurídica de los cónyuges y, en aquellos en que tal principio no se acepta, el marido exclusivamente. Al efecto de garantizar a los miembros de la familia contra el ejercicio abusivo de tal poder, la ley determina, mediante complejas disposiciones, la esfera de declaración de los cónyuges y les señala

los procedimientos a seguir en el cumplimiento de sus cometidos, posibilitando al mismo tiempo, medios de corrección de los excesos que eventualmente se pudieran cometer.

Podemos notar que conforme a la legislación de Guatemala, 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 (Art. 78). Por lo tanto, configurando la institución matrimonial: el hecho de que el hombre y la mujer se una legalmente (es decir, cumplidos los requisitos de ley y sancionada la unión por funcionario competente), con ánimo de permanencia (elemento teleológico, que se cumple o no a través de las circunstancias en que se desarrolle la unión matrimonial, y cuya realización puede tener singular importancia en la estabilidad y durabilidad de la misma).

6.3. Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales

Podemos decir que en el estudio de la evolución del matrimonio y con criterio sociológico generalmente se distinguen: el matrimonio por grupos (miembros de una tribu uniéndose con mujeres de diferente tribu), el matrimonio por raptos (la mujer, botín de guerra, adquirida en propiedad por el vencedor, o, el raptor asociado con otros para raptar a una mujer de distinta tribu), el matrimonio por compra (el marido con derecho de propiedad sobre la mujer), y el matrimonio consensual (unión de hombre y mujer para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie, concepto moderno).

Dentro de la concepción cristiana católica, se considera como principales clases: el matrimonio canónico (celebrado ante el sacerdote y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación eclesiástica), el matrimonio rato (no seguido de la unión de cuerpos entre los contrayentes), el matrimonio solemne (celebrado ante la autoridad correspondiente, con las formalidades y requisitos del caso), el matrimonio no solemne o secreto o de conciencia (celebrado, por razones muy especiales, reservadamente,

permaneciendo así hasta que los cónyuges quieran darle publicidad), el matrimonio igual (celebrado entre personas de igual condición social), y el matrimonio morganático (de origen Germánico, supone el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con pacto de no participar el inferior, ni los hijos, de personas de distinto rango y clase social, de los títulos y bienes del superior).

Podemos decir que las anteriores clases de matrimonio, muy sucintamente relacionadas, no tienen, para Guatemala, a excepción del matrimonio canónico, ninguna significación actual.

Notamos que si la tienen, preponderantemente, las clases de matrimonio que se denominan: matrimonios religiosos (celebrado ante el Sacerdote o Ministro de otro culto no católico), y matrimonio civil (celebrado ante la autoridad facultada para ello, y que obligatoriamente debe ser previo al religioso, por disposición de la ley).

Es necesario señalar, en cuanto al matrimonio religioso, que generalmente la sociedad da suma importancia a su celebración aunque no tiene relevancia legal, siempre que sea hecha dentro de las ritualidades de una religión arraigada en las doctrinas cristianas, o que sea profesada, si no tiene esa base, por un conglomerado que acepte la monogamia como fundamento del matrimonio.

Estas dos clases de matrimonio (civil y religioso), han surgido los distintos sistemas matrimoniales, que pueden ser agrupados así.

Sistema exclusivamente religioso.

Que solo admite el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica, o por lo menos solo al mismo reconoce efectos.

Sistema exclusivamente civil.

Notamos que este surge de la Revolución Francesa, que establece la obligatoriedad del matrimonio civil (en su variedad pura, debe celebrarse antes que el religioso, sin ser este de ninguna manera obligatorio; otra variedad admite que pueda celebrarse después del religiosos).

Se introduce por vez primera el matrimonio civil en Holanda, al obligarse a todos los Católicos y a los que no profesan la religión Calvinista, a celebrar el matrimonio, o en presencia del Ministro Calvinista o ante el Oficial civil. El ejemplo de Holanda fue seguido por Inglaterra, que promulgo una ley de matrimonia civil obligatorio. Mas tarde, la tendencia secularizadora de la revolución francesa facilito la difusión del matrimonio civil.

Podemos decir que generalmente se considera que el sistema de la celebración del matrimonio civil previamente a la del religioso, es una manifestación de la supremacía estatal respecto a la iglesia, y que el sistema de su celebración después del religioso, se produce de la independencia del Estado y de la Iglesia.

Sistema mixto.

Este sistema podemos citar que surgió como resultado de la existencia y reconocimiento del matrimonio religioso y civil, a manera de que, en casos determinados, uno u otro surtan plenos efectos. La variedades de este sistema, son: el sistema del matrimonio civil facultativo (varón y mujer pueden casarse a su elección ante un ministro religioso o ante un funcionario del Estado), y el sistema del matrimonio civil por necesidad (cuando admite el matrimonio civil solamente para las personas que no profesan la religión del Estado, la religión oficial por supuesto, en aquellos países que oficialmente conocen una religión).³⁶

³⁶ Alfonso Brañas, **Manual de derecho civil**, Pág. 85.

6.4. Requisitos personales para la validez del matrimonio

Podemos distinguir como requisitos del matrimonio, los requisitos de existencia (diversidad de sexo, consentimiento, intervención de funcionario competente) y los requisitos de validez (capacidad, consentimiento, formalidades), dando a cada uno de los distintos elementos integrantes de unos u otros requisitos, distinta proyección según que incidan en la existencia o en la validez del acto matrimonial. Otros distinguen entre elementos esenciales (manifestación de voluntad de los contrayentes y del funcionario competente) y elementos de validez (capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, observando las formalidades legales, licitud en el objeto del acto). El estudio de los requisitos personales para la validez del matrimonio tiene necesaria e íntima relación con los requisitos para su celebración. En realidad, son o deberían ser determinantes de esta, aunque en la práctica pueda no suceder así.

Capacidad para contraer matrimonio

Podemos decir que es una de las más importantes condiciones es decir, que tanto el hombre como la mujer cuenten con la aptitud física, intelectual y moral indispensable para alcanzar los fines de la unión conyugal. La exigencia de aptitud física fundamentalmente de orden sexual, se justifica porque de otra manera no se podría alcanzar uno de los objetivos básicos del matrimonio, como casi ninguno otro acto jurídico, directamente vinculado con la sociedad, debe siempre responder a la moralidad media que priva de aquella y respetar sus reglas y sus valores.

La aptitud para contraer matrimonio esta determinada por la mayoría de edad (18 años), es decir, por el hecho que los contrayentes hubiesen cumplido 18 años de edad, sin obstar que pueden contraerlo el varón mayor, de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que media la autorizaron conjunta del padre y de la madre, o de quien de ellos ejerza la patria potestad; o bien, del adoptante si se trata de hijo adoptivo; y en su caso, a falta de padres la autorización del tutor (Art. 81 y 82 CC).

En el caso de no poder obtenerse la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastara la autorización de uno de ellos; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el Juez (Art. 83 CC). Si existe desacuerdo entre el padre, o la negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueran razonables (Art., 84 CC). Por supuesto, la apreciación del Juez deviene subjetiva, puesto que él está, alejado e ignorante de situaciones o circunstancias que a su juicio pueden resultar irrelevantes, porque a los directamente interesados resultan de especial trascendencia.

Notamos que siguiendo un criterio esencialmente romanista, el Código Civil, según se infiere de las disposiciones referidas, si bien fija la mayoría de edad como punto de partida a efecto de precisar la aptitud legal para contraer matrimonio, a manera de excepción dispone que pueden celebrarlo (capacitación específica) el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, previa la correspondiente autorización, o sea, el código adiciona dos años a la edad que en el derecho romano determinaba la pubertad del hombre y de la mujer.

Nótese que la ley, da primordial importancia a la aptitud física posibilidad de engendrar como determinante para la celebración del matrimonio, es decir, de la aptitud para contraer matrimonio, este criterio es discutible. En efecto, para el buen suceso de la unión conyugal es innegable que otros factores o circunstancias sereno discernimiento, medios económicos razonables para el sostenimiento del hogar, experiencia concurren, o deben concurrir, en la estabilidad de la unión, más, podría decirse que la tradición romana y el código tratan de facilitar fundamentalmente, que, dada la aptitud física de engendrar, si esto ocurre la nueva familia pueda surgir bajo la protección del marco legal de un matrimonio.

6.5. Impedimentos matrimoniales.

Dado que el objeto primordial de la institución matrimonial es el establecimiento de una nueva familia, resulta lógico que la ley deje previstos, a manera de prohibiciones, aquéllos casos en que no procede su autorización. Generalmente, a esas prohibiciones se les denomina impedimentos matrimoniales, con terminología originaria del derecho canónico. La teoría de los impedimentos matrimoniales tuvo su origen y mayor desarrollo en el derecho canónico, el cual hizo de los mismo una clasificación que alcanzo aceptación universal. Conforme a dicha clasificación, los impedimentos se dividen en dos grandes categorías:

Los llamados impedimentos dirimentes (de *dirimunt*, anular), constituidos por aquellas prohibiciones cuya violación produce la nulidad del matrimonio.

Y los impedimentos impidientes, formados también por prohibiciones pero cuya contravención no afecta la validez del acto, aunque si da origen a la aplicación de sanciones penales a los contraventores. La misma legislación canónica, tomando en cuenta las diversas situaciones en que pueden encontrarse las personas que adolecen de alguna ineptitud de las que dan origen a un impedimento dirimente, dividió estos en absolutos y relativos.

Impedimentos dirimentes absolutos. Son aquellos que colocan a una persona en la imposibilidad de celebrar matrimonio con cualquier otra.

Impedimentos dirimentes relativos. Podemos decir que son aquellos que impiden a una persona contraer matrimonio con otra persona determinada. La difusión que alcanzo la teoría de los impedimentos hizo que ella pasase del derecho canónico a la legislación de casi todos los países, aunque no sin sufrir importantes cambios, esos consistieron, fundamentalmente, en el rechazó de que fueron objeto algunos de los impedimentos señalados por aquel, tales como los derivados del bautismo o de la confirmación, de la disparidad de cultos, de los votos solemnes, etc., y en la supresión

de ciertas clasificaciones que las leyes civiles no consideraron necesarias, como esas que distinguían entre impedimentos de grado mayor y menor o secretos y públicos. En realidad, procede utilizar la palabra impedimentos si se juzga de la situación personal y familiar de la personas ante la ley, previamente a la celebración del matrimonio. Si se celebra, a pesar de los impedimentos, estos pasan inmediatamente a ser causas de nulidad, absoluta o relativa del acto.

La razón de la importancia que se da a los impedimentos radica en la circunstancia de que la ley trata los motivos de nulidad del matrimonio, precisamente no como tales sino como razones que deben impedir la celebración del mismo, dada la naturaleza e importancia de la institución matrimonial es decir, no procura la ley determinar en que casos es ineficaz el matrimonio; precisa claramente en que casos no debe celebrarse, y si aun así se celebrar, fija la intensidad del vicio que afecta al acto graduándola según las características concurrentes.

El Código Civil guatemalteco no sigue fielmente el criterio tradicional distintivo de los impedimentos dirimentes o la manera del derecho canónico y de aquellos inspirados en este, por cuya razón es aconsejable atenerse a la terminología legal en esta materia, sobre todo para facilidad en la relación y comparación de preceptos.

6.6. Insubsistencia del matrimonio

El Código Civil guatemalteco enumera y tipifica los casos de insubsistencia del matrimonio, tienen impedimento para contraer matrimonio (Art. 88).

1º. Los parientes consanguíneos en la línea recta y, en la colateral, los hermanos y medios hermanos.

Deducimos que se da por razones de orden biológico (defectos de orden físico y mental que pueden presentarse en la prole) y de intenso orden moral, justifican ese valladar legal.

2º. Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad.

La justificación de este precepto es dudosa; solo puede encontrarse en razones de orden moral, a su respecto, la exposición de motivos del proyecto de código civil no es clara al decir que no puede reconocerse existencia de vínculo matrimonial en ningún caso, ni aun alegándose prescripción, del matrimonio celebrado de buena o de mala fe, entre ascendientes y descendientes, que hayan estado ligados por afinidad como entre suegra y yerno, o entre suegro y nuera.

3º. Las personas casadas y las unidas de hecho, con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

Esta disposición no requiere comentario alguno. Admitir lo contrario a tal precepto sería admitir la bigamia dentro de un ordenamiento jurídico que la rechaza. El actual código precisa los impedimentos absolutos (impedimentos dirimentes absolutos), según puede verse en las disposiciones comentadas, basándolos en factores de orden esencialmente parental.

Nos preguntamos ¿Qué ocurre si el matrimonio se celebra aun a pesar de existir un impedimento absoluto, conforme a lo dispuesto en el. Artículo 144 del código? ese matrimonio sería insubsistente, es decir, absolutamente nulo.

Casos en que no puede autorizarse el matrimonio

El Código Civil trata de los casos en que no podrá ser celebrado el matrimonio. Nótese la diferencia. Los casos de insubsistencia están referidos a la relación parental entre las personas que pretenden contraer matrimonio, en los casos anteriormente expuestos. La prohibición de que el matrimonio sea celebrado, incide en responsabilidad del funcionario que autorice el acto, no obstante la existencia del

impedimento, y de las personas culpables de la infracción, según lo dispuesto en el Artículo 90.

Ese artículo dispone que no pueda ser celebrado el matrimonio.

1º. Del menor 18 años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor.

Se observa que el Artículo 82 del código requiere que la autorización al menor de edad deberá ser otorgada conjuntamente por el padre y la madre, o por quien de ellos ejerza solo la patria potestad, es indudable que la expresión del Artículo 90, inciso Consentimiento expreso de sus padres, parece excluir la previsión del Artículo 82. Sin embargo, debe estarse a lo dispuesto en este por tratarse de una norma específica que determina la aptitud para contraer matrimonio. Y por lógica, si uno de los padres ya falleció, o fue declarado ausente, a tenor del inciso 1º. Del Artículo 89 no podría un menor obtener autorización para casarse.

2º. Del varón menor de 16 años o de la mujer menor de 14 años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

Las edades señaladas en este inciso pueden considerarse como aquellas que para el legislador determina la aptitud para la procreación, habilitante en cierta forma a los efectos de la celebración del matrimonio. La falta del pleno desarrollo físico y de las plenas facultades mentales, supuestas antes de esas edades en cuanto al hombre y la mujer, son en el caso de la menor que hubiese concebido, a fin de que el hijo nazca dentro del matrimonio, siempre que para la realización del matrimonio medie la correspondiente autorización de las personas que se indican.

En cuanto a la edad mínima exigida al hombre y a la mujer para unirse en matrimonio, el código vigente mantiene la misma edad que el anterior; 16 años el hombre y 14 la mujer.

3º. De la mujer, antes de que transcurran 300 días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declara nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuges, haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno. En efecto, la ley, para determinar la paternidad legítima ha tenido que calcular el término posible del embarazo de una manera un poco amplia, de tal suerte que comprende los casos extremo de duración o de brevedad; le asigna un término de 300 días cuando más y de 180 días cuando menos. Se obtiene de este modo un intervalo de 121 días, durante el cual se coloca necesariamente la concepción.

Si la disolución del vínculo matrimonial obedeció a nulidad derivada de impotencia o a divorcio declarado por la misma causa, quizás hubiese sido conveniente que la ley no dispensase a la mujer tan ampliamente de término alguno, si no que exigiera en cualquier caso, peritaje médico, en virtud que los avances científicos pueden hacer posible la curación de la impotencia no derivada de causas irremediable, y puede ocurrir que el varón impotente se haya sometido a tratamiento médico, ignorándolo la mujer, y sin embargo aquel no haga pública esa circunstancia al tramitarse el juicio de nulidad o de divorcio.

4º. Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que este bajo su tutela o protutela.

5º. Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o protutela, sino después de aprobadas y cancelada las cuentas de su administración.

La disposición legal vigente referida, tiene por objeto evitar que quien ejerza la tutoría se aproveche y valga de su posición y de la inexperiencia de la persona menor

de edad, para, en uno de los supuestos, liberarse de la obligación de rendir cuentas de su administración, o bien pasar a ejercerla indefinidamente por razón del matrimonio.

6º. Del que tendiendo hijos bajo su patria potestad no hiciere inventario judicial de los bienes de aquellos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona.

Esta norma tiene su raíz, y la redacción es idéntica, en el código de 1933, Art. 95, Inc., 5º. Persigue, evidentemente, garantizar los bienes de las personas sujetas a la patria potestad. O sea de los hijos, contra los posibles malos manejos de la persona extraña o contra su influencia en ese sentido.

7º. Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

La disposición del vigente puede dar oportunidad a que el matrimonio de la persona adoptante con la persona adoptada puede celebrarse dando previamente fin a la adopción (conforme a lo dispuesto en el Artículo 246), olvidando que los vínculos creados por aquella prácticamente son idénticos a los existentes entre padres e hijos.

En otro orden de ideas, dispone el código que si no obstante las prescripciones anteriores fuere celebrado el matrimonio, este será válido. Pero tanto el funcionario como las personas culpables de la infracción serán responsables de conformidad con la ley y las personas a que se refieren los incisos 4º. Y 5º. Perderán la administración de los bienes de los menores y no podrán sucederle por intestado (Art. 90).

Esa disposición es poco acertada en lo que se refiere a imputar, sin limitaciones específicas, responsabilidad al funcionario que autorice el matrimonio existiendo cualquiera de los impedimentos comentados. En efecto, el Artículo 91 dispone que si el funcionario llamado a autorizar el matrimonio tuviere conocimiento de la existencia de algún impedimento legal, ya por razón de oficio o por denuncia del Ministerio Público o de cualquier persona, ordenara la suspensión de las diligencias

matrimoniales y no podrá proseguirlas sino hasta que los interesados obtengan resolución favorable por la autoridad competente, salvo que la denuncia no fue ratificada, en cuyo caso queda sin efecto

Nótese que la ley, como es lógico, no obliga al funcionario que autorizara el matrimonio a cerciorarse, previamente y en forma que no induzca a duda, que los futuros contrayentes están libres de cualquier impedimento. Lo contrario hubiese sido darle funciones de pesquisador. Lejos de esto, la propia ley impone a quienes deseen contraer matrimonio la obligación de declarar bajo juramento, entre otras circunstancias, la de no tener impedimento legal para el efecto (Art. 93). El código solo exige al funcionario cerciorarse de la capacidad de los contrayentes (Art. 98). En recto criterio, las disposiciones del Artículo 90, en lo que concierne al funcionario autorizante, deben aplicarse únicamente en el caso de que el mismo hubiese procedido a sabiendas de la existencia del impedimento.

6.7. Anulabilidad del matrimonio

Es anulable el matrimonio, según dispone el Artículo 145 del código.

1º. Cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción.

Es decir si no se presenta por ellos impugnación posterior aduciendo error, dolo o coacción como determinantes en la celebración del matrimonio, este ha de considerarse válido. Desde otro punto de vista, resultaría violento que impugnarán el matrimonio persona ajena al vínculo creado por el mismo, cuando, por ejemplo, no lo hicieran los contrayentes o el contrayente afectado, aun conociendo posteriormente la causa de nulidad, por considerar que el matrimonio debe continuar.

2º. Del que adolezca de impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio.

En el propósito de la vida en común y de auxiliarse entre si (Art. 78), radica en gran parte la institución matrimonial, basada fundamentalmente con el animo de permanencia.

Procede deslindar el concepto de impotencia (ineptitud para el acto sexual) de esterilidad (ineptitud para engendrar), a los efectos legales. Los códigos no son explícitos a ese respecto. Tanto el Código de 1933 como el vigente, distinguen la impotencia absoluta y la relativa. Ha de entenderse que la absoluta es comprensiva de la incapacidad para tener relaciones sexuales que puede obedecer a inhibiciones de orden psicológico o a inadecuada conformación congénita o accidental, de los órganos sexuales y de la incapacidad por la procreación. La impotencia relativa tiene que circunscribirse a la inaptitud para la procreación, a la falta de aptitud para engendrar.

3º. De cualquier personas que padezca incapacidad mental al celebrar el matrimonio.

La incapacidad mental debe necesariamente ser comprobada por expertaje medico, y ser determinante en el sentido de que la persona no estaba mentalmente apta para formalizar el matrimonio.

Puesto que la ley usa la expresión, que padezca incapacidad mental al celebrarlo (al celebrar el matrimonio), surge el problema relativo a la validez del acto celebrado en un intervalo lucido. Existe discrepancia de opiniones. La más acertada parece ser aquella de quienes se inclinan por la negativa, basándose en que la importancia y seriedad de la institución matrimonial exige que los contrayentes gocen de sus plenas facultades mentales, y un intervalo lucido no es manifestación de que las mismas se han recuperado.

4º. Del autor, cómplice encubridor de la muerte de un cónyuge, con el cónyuge sobreviviente.

Referido en una razón de orden moral y de defensa de las buenas costumbres, este impedimento tiene como finalidad evitar la comisión de un delito que se funde en la esperanza de que destruyendo un vínculo matrimonial existente, por la muerte de uno de los cónyuges, les resulte posible a los autores o al autor y cómplice del crimen, unirse entre sí en matrimonio.

No es necesario, según el texto de la ley, que el autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, hubiesen procedido con el objeto de estar en posibilidad de celebrar posteriores nupcias con el sobreviviente. Con criterio amplio, y en otro aspecto del problema, si la muerte del cónyuge obedeció a acción u omisión culposa, ajenas al deliberado propósito de causar la muerte, indudablemente ese hecho ilícito no quedaría comprendido en la disposición citada, es decir, no se tipificaría la causa de anulabilidad.

Consentimiento

Podemos decir que el consentimiento es uno de los más importantes requisitos personales para la validez del matrimonio. En el hombre y en la mujer debe existir la voluntad consciente y libre de unirse en matrimonio. Podemos definirlo diciendo que es el acto de voluntad por virtud del cual el hombre y la mujer convienen en que surja entre ellos el estado matrimonial con todas las consecuencias que ello produce, singularmente lo referente a la procreación.

No debe confundirse el consentimiento expreso de los cónyuges al cual se refiere el Artículo 99, con la autorización que dan quienes ejercen la patria potestad o la tutela para que pueda celebrarse el matrimonio de los menores de edad capacitados por la ley. Los menores deben, en todo caso, expresar también su consentimiento en el curso del acto matrimonial.

La falta del libre y expreso consentimiento da lugar a la anulabilidad del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción (Art. 145, Inc., 1º).

Podemos notar que el error que hace anulable el matrimonio es el que recae sobre la identidad personal del otro contrayente, o se produce por la ignorancia de algún defecto substancial del mismo, de tal gravedad que haga insoportable la vida en común o constituya un peligro para la prole (Art. 146). La apreciación del error como causa de nulidad del matrimonio, corresponde al ámbito del criterio judicial.

En lo que respecta al dolo, toda maquinación o artificio que tienda a inducir a error a alguno de los cónyuges sobre un hecho substancial que de haberse conocido con exactitud, el matrimonio no se hubiera celebrado, las legislaciones clásicas tienden a considerarlo como una fuente de error, no como causa especial de nulidad. El error y el dolo, a los efectos de la validez del matrimonio, radica en que para que exista el primero (error) debe emerger su causa de la falta de correcta apreciación.

Por parte de uno o de ambos contrayentes, de las circunstancias prevista en la ley como determinantes de la anulabilidad del acto, sin medir deliberado provisto de engaño, maquinación o artificio, lo cual si debe existir y manifestarse para la concurrencia del dolo.

La coacción (toda aquella acción u omisión que cree un estado anímico en la persona impidiéndole la libre expresión del consentimiento), ha de tener por objeto precisamente alcanzar un consentimiento en apariencia libre para contraer el matrimonio deseado por quien la ejerce y precisamente contra quien la ejerce, sea el interesado o un tercero.

Notamos que el código vigente considera que la coacción puede presentarse en forma de violencia, amenaza o intimidación, y hace especial referencia al matrimonio del raptor con la raptada (véase Art. 147).hubiere tenido mas acierto, disponer que la

coacción habrá de ser de tal naturaleza que prive a quien la sufre de la posibilidad de externar libremente el consentimiento, quedado a criterio del juzgador apreciar la gravedad o intensidad de la circunstancias aducidas y aprobadas, en todo caso como tipificantes de coacción.³⁷

6.8. Requisitos formales y solemnes para la validez del matrimonio y otros aspectos.

Analizados someramente los requisitos del matrimonio que podrían denominarse personales, cuya determinación la ley regula expresamente a efecto de procurar la máxima garantía de inobjetabilidad del acto, procede llegar al umbral y a la realización de este.

Notamos que el legislador moderno a diferencia del romano y del de la edad Media hasta el Concilio de Trento, ha regulado cuidadosamente lo que concierne a los requisitos formales cuyo cumplimiento es necesario previamente al acto matrimonial en si. A ello responde la iniciación y tramitación del expediente respectivo ante el funcionario autorizante, con el objeto esencial de que la prueba escrita o documental respalde a la manifestación de voluntad de los contrayentes.

Notamos que las formalidades cumplen en el matrimonio un papel principalísimo, porque facilitan la prueba del acto; porque impiden que este se realice en forma precipitada, esto es, sin tomar en cuenta todas sus consecuencias y porque fijan de modo preciso toda la gama de supuestos o requisitos que deben concurrir para que surja el vínculo conyugal, y producen el efecto de que hacen cierta su concurrencia tanto en relación al tiempo como a las personas. Si bien es cierto que en la actualidad se advierte en muchas legislaciones una atenuación del rigor formal que siempre ha caracterizado al matrimonio, no puede negarse que por amplia que sean las consecuencias a la libertad individual que tal hecho implique, el connubio continua siendo un acto jurídico esencialmente solemne.

³⁷ **Ibid.** Pág. 96.

Requisitos formales.

Expediente matrimonial.

En la formación del expediente, intervienen elementos personales (contrayentes, funcionario autorizante, testigos si fuera necesario) y elementos materiales (documentos). Unos y otros tienen significativa importancia para la culminación del acto.

En cuanto a la iniciación y tramitación del expediente, interesa señalar que están autorizados por la ley para celebrar el matrimonio, los Alcaldes o Concejales que hagan sus veces, los Notarios hábiles legalmente por el ejercicio de su profesión y los Ministros de cualquier culto a quienes la autoridad administrativa correspondiente; Ministro de Gobernación les otorgue esa facultad (Art. 92).

Notamos que en ese sentido la amplitud del código vigente al permitir con antecedente en el Decreto 1289 del Congreso. Que los ministros religiosos asuman funciones de naturaleza eminentemente administrativa, con detrimento, en la practica y como no podía ser de otra manera, de la solemnidad del acto en que culmina el matrimonio civil. Debe observarse que el propósito de dicho precepto (Art. 92) es facilitar a lo máximo la unión conyugal, pero su acierto es discutible.

Con propiedad, el expediente matrimonial se inicia mediante la manifestación, ante el funcionario competente y de la residencia de cualquier de los contrayente, de que pretenden contraer matrimonio. El funcionario esta obligado a recibir bajo juramento de cada uno de ellos, declaración sobre los puntos siguientes, que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombre de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre si que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con terceras personas (Art. 93).

El código, establece en el Art. 94, Los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, y tutores o presentar autorización escrita de ellos en forma auténtica o judicial si procediere y, además, las partidas de nacimiento o, si esto no fuere posible, certificación de la calificación de edad declarada por el Juez. Art. 95, Contrayente que fue casado, El contrayente que hubiere sido casado, presentará el documento legal que acredite la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior; si hubiere tenido hijos, comprobará estar garantizada la obligación de alimentarlos y sí tuviere bienes de menores bajo su administración, presentará el inventario respectivo. Art. 96, Contrayente Extranjero, el contrayente que fuere extranjero o guatemalteco naturalizado, deberá comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado. Previamente a la celebración del matrimonio se publicaran edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por el termino de 15 días emplazando a denunciarlo a quienes sepan de algún impedimento legal para el mismo. Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edictos, éstos perderán su efecto legal. Art. 97, Constancia de sanidad, La constancia de sanidad es obligatoria para el varón y también por la mujer cuando lo solicite el contrayente o los representantes legales de éste, si fuere menor de edad.

Será extendida por la Dirección General de Sanidad o por un facultativo, haciendo constar que la persona examinada no padece de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación.

No están obligadas a presentar certificado de Sanidad las personas que residan en lugares que carecen de facultativo y las que, al solicitar el matrimonio ya hubieren tenido relaciones de hecho que hagan innecesario dicho certificado). dispone la forma de proceder en el caso de quien pretende contraer matrimonio sea menor de edad, o hubiese sido casado, o sea extranjero o guatemalteco naturalizado, así como, salvo el caso previsto en la ultima parte del Artículo 97, la obligatoriedad para el varón, y a solicitud de este para la mujer, de presentar constancia de sanidad a efecto de acreditar

que no padecen de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o que no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación

El código establece que contra los actos y providencias del funcionario que deba celebrar el matrimonio, que pongan obstáculo a su celebración, podrán ocurrir los interesados a los jueces correspondientes, quienes en vista de las justificaciones que se les presenten resolverán lo que proceda, sin demora alguna (Art. 106). La razón de ser de ese precepto es clara: impedir que el funcionario se transforme irrecorriblemente, por razones no justificables, en valladar para la celebración del matrimonio.

Requisitos solemnes

Celebración del matrimonio

Cumplidos los requisitos formales previstos en el código, y cerciorado el funcionario de la capacidad y aptitud de los contrayentes señalara, si estos así lo solicitan, día y hora para la celebración del matrimonio, o procederá a su celebración inmediata (Art. 98).

La ceremonia de la celebración del matrimonio es el acto solemne con el que culminan las diligencias iniciadas a ese efecto. La autoridad intervinientes no da fe del matrimonio, sino que lo celebra, en el lugar y según las formalidades prescritas por la ley. En el antiguo derecho la Iglesia Católica había establecido la solemnidad del matrimonio. El derecho moderno de casi todos los países la ha considerado, nada señala mejor el carácter de institución civil del matrimonio que esa intervención de la autoridad pública y la palabra celebración que ha sido conservada, se puede observar también que la ley civil otorga en la ceremonia un papel más importante al oficial del estado civil (alcalde, notario o ministro religioso autorizado, en la legislación guatemalteca) que el derecho canónico al Sacerdote. El Sacerdote no es sino un testigo de calidad en el sacramento de que son ministros los esposos, y tan solo otorga la bendición nupcial.

A ese respecto, y conforme a la legislación de Guatemala. Para celebrar el matrimonio civil, el funcionario autorizante, en presencia de los contrayentes, da lectura a los Artículos 78 y 108 a 114 del Código Civil; recibe de cada uno de los contrayentes su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer, y, en seguida, los declara unidos en matrimonio (Art. 99).

El funcionario debe levantar del matrimonio el acta correspondiente, que ha de ser aceptada y firmada por los cónyuges, los testigos si los hubiere poniendo su impresión digital quienes no sepan firmar y por el funcionario autorizante, quien debe entregar inmediatamente constancia a los contrayentes y razonar las cédulas de vecindad y demás documentos de identificación que se le presenten (Art. 99 y 100).

Los Alcaldes o concejales que hagan su veces, deben asentar las actas de matrimonio en un libro especial llevado por cada municipalidad; los Notarios, en acta notarial que será protocolizada; y los Ministros de los cultos, en libros autorizados por el Ministerio de Gobernación (Art. 101).

Mediante el cumplimiento de los requisitos formales y solemnes para la celebración y consecuente validez del matrimonio. la ley persigue que los cimientos de este en inmuebles en razón de la prueba del acto, en cuya realización interviene no solo el consentimiento de los cónyuges sino la fe pública del funcionario llamado a autorizar el matrimonio, que han de manifestarse hasta después de haberse completado el expediente matrimonial, en cuyo proceso interviene otro factor importante: la publicidad, que la mayoría de legislaciones garantiza, además, con la publicación de edictos obligatoria en la legislación guatemalteca únicamente en el caso de que el contrayente, o contrayentes, sean extranjeros o guatemaltecos naturalizados (Véase Art. 96).

6.9. Matrimonios Excepcionales.

Notamos que si el matrimonio es considerado en relación a la nacionalidad de los contrayentes, puede afirmarse que por el Código Civil los matrimonios ordinarios serían aquellos a celebrarse entre guatemaltecos naturales o de origen, toda vez que para los mismos no exige el requisito de la publicidad, que si exige cuando se trata de contrayente extranjero o de guatemalteco naturalizado, cuyo matrimonio, en cierta forma y por razón de ese requisito formal, devendría en excepcional.

Sin embargo, los casos de matrimonios excepcionales han de referirse con mayor propiedad a la supresión de determinados requisitos en el expediente matrimonial, y a la autorización del matrimonio por funcionario distinto al Alcalde, Notario o Ministro Religioso.

Matrimonio en artículo de muerte

El código ha previsto el denominado matrimonio en artículo de muerte, que puede ser autorizado, en caso de enfermedad grave de uno o de ambos contrayentes, sin observarse las formalidades legales ordinariamente requeridas. Siempre que no existe ningún impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos, debiendo constituirse el funcionario en el lugar donde es requerido por los interesados (Art. 105). Es entendido que la expresan sin observarse las formalidades establecidas, no ha de considerarse en toda su laxitud puesto que determinadas formalidades son insoslayables.

Matrimonio de los militares

Citamos otro caso de matrimonio excepcional, lo constituye el de los militares y demás individuos perteneciente al ejército, que se hallen en campaña o en plaza sitiada, quienes podrán contraer matrimonio ante el jefe del cuerpo o de la plaza, siempre que no tengan impedimento notorio que imposibilite la unión (Art. 107).

Matrimonio celebrados en el extranjero

El Código Civil dispone que el matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establecen las leyes, producirá todos sus efectos en la república, a no ser que medie impedimentos absolutos para contraerlo por alguna de las causas que determina el propio código (Art. 86).

Esa disposición es amplísima, y por ende aplicable al matrimonio celebrado fuera del territorio nacional entre extranjeros, entre guatemaltecos, entre guatemaltecos y extranjeros o entre guatemalteca y extranjero, en cuya celebración se observe la forma y se cumplan los requisitos establecidos por las leyes del país de que se trate, quedando supeditada su validez a que no medie impedimento absoluto para contraerlo. Como impedimento absoluto ha de ser considerado cualquier de los previstos en el Código Civil, toda vez que se trata de los efectos del matrimonio en Guatemala conviene recordar que el Artículo 36 del Código de Derecho Internacional Privado, que aprobó Guatemala, conocido como Código de Bustamante, dispone que los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos. A los impedimentos y a su dispensa

Notamos que es tendencia legislativa reconocer la validez de los matrimonios celebrados en otro país con arreglo a las disposiciones vigentes en el mismo. No sería prudente que el legislador adoptara otro criterio, puesto que las circunstancias impiden que todos los matrimonios sean celebrados entre nacionales y en territorio nacional. Es de reconocer la precisión y concisión del Código Civil al referirse a tales situaciones.

6.10. Inscripción del matrimonio

A las formalidades y a la solemnidad del acto matrimonial, acto seguido su inscripción en el Registro Civil. A tal objeto, el código dispone que, dentro de los 15 días

hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, deberán enviar a dicho registro, los Alcaldes copia certificada del acta, y los Notarios y Ministros de los cultos avisos circunstanciados (Art. 102).

La inscripción del matrimonio la hará el Registrador Civil inmediatamente después de recibir la certificación del acta de su celebración, o el aviso respectivo (Art. 422). En la partida se anotara cualquiera otra inscripción que posteriormente se hiciere en el registro y que afecte a la unión conyugal; y sin perjuicio de la anotación marginal, la sentencia que declare la nulidad o insubsistencia del matrimonio, la separación, el divorcio o la reconciliación, se transcribirá en el libro correspondiente (Art. 423).

Podemos notar que la certificaciones de la actas del Registro Civil prueban el estado civil de la personas, no cabe duda respecto a que, conforme a ese precepto (Art. 371), la prueba fehaciente del matrimonio solo puede lograrse mediante la certificación de su inscripción en el Registro Civil. Conviene aclarar que el matrimonio surte efectos, entre los contrayentes y en cuanto a terceros, inmediatamente después de su legal celebración. Es la prueba del acto la que esta supeditada a su inscripción. El documento en donde conste que se realizo el matrimonio, es por si mismo insuficiente para los efectos probatorios, salvo que la inscripción no se hubiera hecho, o no apareciere en el libro en que debiera encontrarse, o estuviere ilegible, o faltaren las hojas en que se pueden suponer que se encontraba el acto conforme a lo dispuesto en el citado Artículo 371.

6.11. Deberes y derechos que nacen del matrimonio

El código establece como unos y otros, o sea como deberes y derechos que nacen del matrimonio. En su orden.

1º. El derecho de la mujer a agregar a su propio apellido el de su cónyuge y el de conservarlo hasta que el matrimonio se disuelve por nulidad o por divorcio (Art. 108).

Esto quiere decir, como quedo expresado, que la mujer puede o no agregar al suyo propio el apellido del marido, aunque lo corriente es lo primero. véase que el artículo citado no previo el caso de disolución del matrimonio por muerte del esposo como circunstancia que haga cesar el referido derecho de la mujer, se acostumbra indistintamente que la mujer utilice la palabra viuda o siga usando el apellido del marido, como si viviera.

2º. La representación conyugal corresponde al marido, pero ambos cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; fijaran de común acuerdo el lugar de su residencia y arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar (Art. 109).

Decimos que la razón de ser de este precepto quedo expuesto en la exposición de motivos del proyecto del Código Civil: sin quebrantar el principio de la igualdad de ambos cónyuges es necesario que alguno de los dos represente la sociedad legal y sea su administrador. Es esta una cuestión que no contradice aquel precepto sino, al contrario, faculta al marido para tal encargo como mas adecuado para su desempeño, dejando a la esposa sin esas preocupaciones, para que cumpla con mayor acierto el papel de madre que le incumbe por su propia naturaleza y ordena que dirija los quehaceres domésticos, como señora y ama de su casa y directora de sus pequeños hijos, tan necesitados de su constante cuidado... la autoridad de ambos cónyuges en el hogar debe ser igual, de común acuerdo fijaran el lugar de su residencia y arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar como lo expresa el Artículo 109 del Código Civil.

La representación conyugal será asumida por la mujer cuando por cualquier motivo deje de ejercerla el marido y especialmente en los casos siguientes: si se declara la interdicción del marido; si este abandona voluntariamente el hogar, o se declara su ausencia; y si fuere condenado a prisión, por el tiempo que esta dure (Art. 115).

3º. El marido debe protección y asistencia a su mujer y esta obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas (Art. 110, primera parte).

En lo que respecta al sostenimiento del hogar, ese principio queda atenuado por lo dispuesto en el Artículo 111, conforme al cual la mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; y aun mas, dispone dicho artículo que si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciera de bienes propios, la mujer cubrirá todos los gastos con los ingresos que reciba, por supuesto, esas disposiciones no son de inexorable aplicación.

4º. La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos (Art. 110, segunda parte).

Esta disposición parece desligar al padre de la obligación de atender y cuidar a sus hijos menores. No debe entenderse en términos absolutos. El Artículo 109 por ejemplo, atenúan ese principio.

5º. La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni las demás atenciones del hogar (Art. 113). El marido puede oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientemente justificados (Art. 114).

A propósito de esas disposiciones, en la exposición de motivos del proyecto del código. Se lee: problema actual es el relativo al trabajo de la mujer fuera del hogar. Las necesidades materiales la obligan a buscar empleo u oficio desde que siente aptitud para el trabajo. Una vez terminada su instrucción primaria, o secundaria, o

cuando ha obtenido un diploma que la capacita para trabajo de oficina. Así la sorprenda el matrimonio y el hábito adquirido lo conserva, procurando con su sueldo o salario contribuir al sostenimiento del hogar. Esto es muy justificable y atendible; pero una vez que la procreación comienza con el nacimiento del primer hijo, la mujer debe comprender que su misión está en el hogar y, a no ser por circunstancias muy especiales, no debe desatender a sus hijos so pretexto de necesidades personales y del deseo de ayudar al marido. El marido puede oponerse a esas actividades de la mujer fuera del hogar, siempre que suministre todo lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientemente justificados, lo que el juez, con su comprobación, resolverá. Esta facultad que se concede al marido obedece a un interés superior que el del reconocimiento de la libertad de la mujer para normar su vida en la forma que le parezca más conveniente. Es el cuidado y educación de los hijos lo que se protege, en cuya realización deben estar igualmente empeñados el padre y la madre; es la conservación del hogar lo que se persigue, pues su abandono material implica el abandono moral aflojando los lazos que deben unir a los esposos y a los hijos... los Artículos (113 y 114 del código civil).³⁸

Efectos personales del matrimonio

Podemos decir que además de la unión entre los cónyuges, el matrimonio produce diversos y muy importantes efectos personales, ya en relación a aquellos, ya en relación a los hijos y a terceras personas, generalmente se les denomina derechos y obligaciones emergentes del matrimonio. Sobre este particular, los civilistas se muestran acordes en el sentido que se trata de relaciones jurídicas la más de las veces de muy difícil exigencia por la vía coercitiva, deberes en realidad.

Las relaciones personales entre los cónyuges tienen fundamentalmente carácter moral y solo son incorporadas al derecho en la limitada medida en que es posible lograr su sanción y efectividad por los medios legales. Se suelen desdoblar estas relaciones personales, lo que es lo mismo, los efectos del matrimonios relativos a las

³⁸ **Ibid.** Pág. 103.

personas de los cónyuges, en derechos y obligaciones comunes a ambos cónyuges, y en derecho y obligaciones especiales de cada uno de ellos.

En todo, caso, debe tenerse presente que las normas reguladoras de los derechos y obligaciones entre marido y mujer tiene como características esencial la de ser normas de orden publico en su gran mayoría, de inexcusable observancia. El cumplimiento de las mismas no queda a la simple voluntad de uno o de ambos cónyuges, y son, además, irrenunciables. Esto es lógico dada la importancia de la institución matrimonial, que si bien es cierto pertenece por su esencia al campo del derecho privado, su misma señalada importancia obliga al legislador a precisar los principios generales en que se funda, y que los esposos deben acatar inexorablemente.

Derechos y obligaciones de los cónyuges

Los derechos y obligaciones reciprocas entre los cónyuges han de entenderse como reflejados a manera de derechos respecto a uno y obligaciones respecto al otro. La misma naturaleza del matrimonio, basada en la igualdad de los contrayentes ante la ley, así lo impone. Aquellos que es derecho para el varón, es a la vez obligaciones para la mujer, y viceversa.

De las disposiciones del Código Civil se infiere que son derechos y obligaciones reciprocas de ambos cónyuges.

A) El vivir juntos, esto es, hacer vida en común, cohabitar (Art. 78).

B) El procrear, alimentar y educar a los hijos (Art. Cit).

El derecho de obligación de alimentar a los hijos debe entenderse extensivos a los hijos por adopción (Ver Art. 230).

C) El auxiliarse entre si (Art. Cit).

El código no hace expresa referencia a la fidelidad ente los cónyuges, debida recíprocamente. Sin embargo, debe entenderse como una obligación mutua, reciproca, toda vez que la infidelidad constituye una causa común para obtener la separación o el divorcio (Véase Art. 155, inc. 1º.).

El código no llama derechos y obligaciones a lo anteriormente expuestos. Se refiere a ellos, juntamente con el animo de permanencia, denominándolos fines del matrimonio, que son necesariamente básicos para la debida existencia de la institución. La vida en común no necesariamente ininterrumpida, la procreación de los hijos y su alimentación y educación, y el auxiliarse entre si los cónyuges, son pilares fundamentales del matrimonio. Puede ocurrir, y en efecto ocurre con frecuencia, que la unión conyugal no se desenvuelve dentro de los lineamientos previstos en la ley. En tal eventualidad, la misma ley señala taxativamente la solución a cada caso. La infidelidad, como quedo dicho, abre el paso a la separación y al divorcio (sin perjuicio de que según las circunstancias pueda ser tipificante del delito de adulterio). También podrán modificar (separación) o disolver (divorcio) el matrimonio, los malos tratamientos de obra, las injurias graves y ofensas al honor, la conducta que haga insoportable la vida en común, la separación o el abandono voluntario de la casa conyugal, la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que esta legalmente obligado.

En todo caso, háyase o no disuelto el vinculo matrimonial, la ley salvaguarda el derecho de los hijos, y el del cónyuge inculpable, a ser alimentado y a exigir judicialmente las medidas necesarias conducentes a la preservación de su integridad personal.

Derechos y obligaciones del esposo

En primer termino, procede señalar que la representación conyugal corresponde al marido (Art. 109). Esa representación no significa prepotencia del varón en el hogar,

o fuera de el, frente a la mujer. Dice el mismo artículo que ambos cónyuges tendrán el hogar autoridad y consideraciones iguales, fijaran de común acuerdo el lugar de su residencia y arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar. Esos preceptos concuerdan lógicamente con el principio general aceptado por el Artículo 79 del código, en el sentido que el matrimonio se funda en la igualdad derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

El reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones entre marido y mujer (precisado específicamente en cuanto a la fijación de común acuerdo del lugar de residencia y en todo lo relativo a la educación de los hijos a la economía familiar), alejan la legislación civil de Guatemala de los principios que rigen esos aspectos de la unión conyugal.

Esa decisión conjunta dispuesta por el Código Civil pareciera dejar la puerta abierta a frecuentes inconformidades y rencillas en la vida en común y a sus proyecciones desfavorable a la armonía entre los cónyuges. Sin embargo, en la vida real resultan determinantes la mayor o menor ascendencia que uno de los cónyuges ejerza sobre el otro para resolver los problemas que surjan en relación a los supuestos de la ley.

En segundo término, el marido tiene la obligación de proteger y de asistir a su mujer y de suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas (Art. 110). Este principio general sufre marcada atenuación en virtud de determinadas obligaciones que a ese respecto la ley impone a la mujer, y que después serán referidas.

Derechos y obligaciones de la esposa

Cabe señalar en un principio que, por el matrimonio, la mujer tiene el derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo siempre, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio (Art. 108).

La mujer tiene derecho a usar el apellido de su cónyuge, no la obligación de usarlo. Conforme al precepto citado. El marido no puede compeler a su esposa a usar el apellido de aquel. La mujer si así lo desea, puede seguir usando solamente sus propios apellidos, caso que sería poco usual en la práctica por motivo de la influencia que en este sentido tienen las costumbres sociales. Lo usual en Guatemala es que la mujer casada agregue a su nombre de pila o a este y sus apellidos, el apellido del esposo, precedido de la preposición de.

Cesa el derecho de la mujer a usar el apellido de su esposo, si se declara la nulidad del matrimonio o se disuelve el vínculo por el divorcio. Tratándose de un derecho surgido en razón de la existencia y validez del matrimonio, lógico es que desaparezca el vínculo matrimonial a su vez desaparece. El código guarda silencio respecto si el derecho de la mujer a usar el apellido del esposo subsiste en caso de muerte de este. Ante el silencio de la ley, y dado que expresamente solo reconoce como formas de extinción de ese derecho los casos de nulidad y divorcio, debe entenderse que subsiste

La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos (Art. 110, segunda parte). Ese previsor legal esta acorde con la función que la mujer debe desempeñar en el hogar. Sin embargo, y según las circunstancias, ese derecho puede verse reducido en los casos de separación y de divorcio, cuando la mujer sea culpable de la modificación o la disolución del matrimonio, en cuya eventualidad se aplicaría lo dispuesto en los Artículos 159, 162, 163, 165, 166, 167 y 168 del Código Civil.

Dispone el Artículo 111 del Código que la mujer deberá contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviera bienes propios o desempeñara alguna empleo, profesión, oficio o comercio; y que deberá cubrir todos los gastos con los ingresos que reciba, si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, ese precepto es lógica contrapartida de la igualdad que la ley da a la mujer en el matrimonio.

La esposa tiene, asimismo, los siguientes derechos: derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos del marido (de cualesquiera naturaleza), por las cantidades que correspondan para alimentos de ella y de sus hijos menores (Art. 112, primera parte); y derecho a desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni de las demás atenciones del hogar (Art. 113).³⁹

6.12. Efectos patrimoniales del matrimonio.

Notamos que las relaciones de carácter personalísimo, se generan entre los cónyuges por razón del matrimonio, relaciones de naturaleza patrimonial que el derecho regula para evitar que pueden incidir en el buen suceso de aquéllas y para precisar el ámbito económico de la unión conyugal, a manera que los bienes y obligaciones presentes y futuros del varón y de la mujer tanto en relación con los propios esposos como respecto a terceras personas.

Capitulaciones matrimoniales, contrato de matrimonio, contrato de bienes con ocasión del matrimonio, son otras denominaciones utilizadas para el conjunto de disposiciones que el código enmarca bajo la denominación de régimen económico del matrimonio.

Regímenes económicos del matrimonio

Se hace solo referencia a una clasificación de tipos y se estudia el régimen de absorción, el de unidad de bienes, la unión de bienes, el régimen de comunidad, el dotal y la separación de bienes. Es curioso observar que algún autor ha presentado una lista verdaderamente inacabable de los regímenes existentes en las legislaciones positivas, aunque por punto general es corriente en la doctrina presentar un grupo reducido de los mismos. Otros entienden que con la clasificación de los sistemas no se totaliza la cuestión de los regímenes matrimoniales y prefieren colocar junto a los

³⁹ **Ibid.** Pág. 107.

mismos aquellas instituciones particulares que no siendo verdaderos regimenes como sucede con la dote y los bienes reservados deben combinarse necesariamente con otro régimen típico para constituir un sistema completo. Ante esa variedad de posturas doctrinarias y legislativas, conviene reducir la exposición de la materia al criterio seguido por la legislación de Guatemala.

Régimen de comunidad absoluta de bienes

Podemos decir que este régimen se caracteriza porque todos los bienes aportados por los cónyuges al matrimonio, o que adquieran durante el mismo, pasan a formar un solo patrimonio, perteneciente a ambos esposos y que administra el marido. Se caracteriza este régimen matrimonial porque a virtud del mismo todos los bienes que el marido y la mujer aporten al tiempo de contraer matrimonio y los que se adquieran con posterioridad, se hacen propiedad de ambos esposos. El código vigente dispone que en el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridas durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio (Art. 122, Ref. por Art. 8º, Dto. Ley 218). No obstante, esa absorción total de bienes hacia un solo patrimonio queda atenuada en cierta forma al disponer el código que son bienes propios de cónyuges los que adquieran por herencia, donación u otro titulo gratuito, y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedad, deducidas las primas pagadas durante la comunidad (Art. 127, Ref. por Art. 11 Dto. Ley 218).

El marido, en el régimen de que se trata, es el administrador del patrimonio conyugal, sin que sus facultades puedan exceder los límites de una administración regular, debiendo ser otorgada la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de la comunidad con el consentimiento de ambos cónyuges para que el acto sea valido (Art. 131). Nótese que esta disposición no hace referencia a bienes muebles registrables.

La mujer puede oponerse a cualquier acto del marido que redunde en perjuicio de los intereses administrados y también puede hacer cesar su administración y pedir

la separación de bienes, cuando por su notoria negligencia, incapacidad o imprudente administración amenaza arruinar el patrimonio común, o no provee a un adecuado mantenimiento de la familia. En ambos casos, el Juez con plena justificación de los hechos, resolverá lo procedente (Art. 132).

Ese precepto engloba muy diversas situaciones o circunstancias.

1º. Oposición, o, dicho en otra forma, derecho de la mujer a oponerse a actos de mala administración por el marido.

2º. Cese de la administración a cargo de este.

3º. Derecho de la mujer a pedir la separación de bienes en los supuestos indicados.

4º. Intervención del Juez, quien resolverá lo procedente. No cabe duda al respecto a que hubiese sido conveniente que la ley separase con precisión cada uno de los casos a que se refiere el artículo objeto de comentario.

La administración del patrimonio conyugal se transfiere a la mujer en los casos enumerados en el Artículo 115 (o sea cuando la mujer asume la representación conyugal si por cualquier motivo deje de ejercerla el marido, y especialmente: si se declara la interdicción de este; si el marido abandona voluntariamente el hogar o se declara su ausencia, y si el marido fuese condenado a prisión, y por todo el tiempo que esta dure; en cualquiera de tales casos, la mujer tendrá las mismas facultades, limitaciones y responsabilidades del marido, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, (Véase Art. 133). Este precepto tiene una explicación lógica: era necesario que la ley previese los casos en que la mujer asuma la administración del patrimonio conyugal.

Si el marido es menor de 18 años, deberá ser asistido en la administración de sus bienes y los del patrimonio conyugal, por la persona que ejerza sobre el la patria

potestad o la tutela; pero, si la mujer es mayor de edad, ella ejercerá la administración de los bienes hasta que el marido llegue a la mayoría (Art. 134). Esta disposición no requiere comentario, salvo la observación de que la ley debió referirse expresamente al caso de la administración de bienes si ambos cónyuges son menores de edad, aunque lógicamente ha de entenderse que corresponde al esposo asistido en la forma prevista en el citado Artículo 134.

El código deja previsto que de las obligaciones contraídas por cualesquiera de los cónyuges para el sostenimiento de la familia, responderán los bienes comunes, y si estos fueren insuficientes los bienes propios de cada uno de ellos (Art. 135), en sentido contrario, de aquellas obligaciones que no fuesen contrarias con el objeto de procurar el sostenimiento de la familia, no responderán los bienes comunes sino los propios del cónyuges antes del matrimonio, aun cuando este se rija por el régimen de comunidad (Art. 137).

En cuanto a la responsabilidad por hechos ilícitos de uno de los cónyuges, el código es terminante: el otro cónyuge no queda obligado en sus bienes propios ni en parte de los comunes (Art. 136). La expresión responsabilidad por hechos ilícitos ha de entenderse comprensiva de la denominada ilicitud civil y de la penal. Es decir, tan hecho ilícito es el derivado de la comisión de un delito, generadora de responsabilidad penal y civil, como lo es el resultante siguiendo los términos del Artículo 1645 del código, de un daño o perjuicio causado a un apersona, sea intencionalmente, sea por descuido, imprudencia (tal el caso, en ejemplo aplicable al comentario, del exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho que cause daños o perjuicios a una persona o propiedades, que obliga al titular a indemnizarlos Art. 1653).

Conforme al Código Civil, la comunidad de bienes termina.

1º. Por la disolución del matrimonio.

2º. Por la separación de bienes.

3º. Por ser condenado en sentencia judicial firme, alguno de los cónyuges por delito cometido en contra del otro (Art. 139).

La disolución del matrimonio puede provenir por la muerte de uno o de ambos cónyuges y por el divorcio, no así por la declaración judicial de insubsistencia del acto matrimonial, por implicar dicha declaración el no reconocimiento de la unión conyugal, y por lo tanto de ningún efecto del mismo, salvo en lo que a la filiación concierne. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad del matrimonio, surge un problema de interpretación toda vez que el código habla de anulabilidad (Art. 145), o sea que el matrimonio es considerado legalmente como tal mientras uno de los cónyuges no obtenga declaración judicial de anulación. Cabe pensar que en este caso el acto si produce todos sus efectos hasta que surge la declaración judicial, máxime si se toma en cuenta lo dispuesto en el Artículo 43 del código

En referencia a las separación de bienes como causa que hace terminar la comunidad, debe decirse que la previsión legal ocurre cuando los cónyuges optan por cambiar voluntariamente el régimen que normaba sus relaciones patrimoniales pactando el de la separación (Véase Art. 117), acogándose al derecho irrenunciable que tiene para alterar las capitulaciones matrimoniales (Art. 125, Ref. por Art. 10 Dto. Ley 218).

Quedo expuesto que la sentencia judicial firme en contra de alguno de los cónyuges por delito cometido en contra del otro, da lugar a que termine la comunidad de bienes. Por no especificar el código (a diferencia de como lo hace en las causas de divorcio Art. 155, incas. 3º, y 6º. 10 y 111) que delitos son productores de ese efecto, debe entenderse que cualquier delito, es decir, la condena de un cónyuge por cualquier delito que comete contra el otro, lleva aparejada la terminación de la comunidad de bienes.

Concluida la comunidad de bienes, dispone el código, se procederá inmediatamente su liquidación (Art. 140, Ref. por Art. 12 Dto. Ley. 128), debiendo tenerse presente las disposiciones de los Artículos 141 al 143, que tratan de algunos efectos de la conclusión de la comunidad.

Régimen de separación absoluta de bienes.

Podemos notar que la esencia de este régimen, en su aspecto absoluto, consiste en que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos (Art. 123).

Los sostenedores y defensores de este sistema lo reputan como el más justo, porque impide que el matrimonio sea buscado tan solo como una fuente de enriquecimiento personal; porque reconoce la capacidad jurídica de la mujer; porque evita que el marido pueda dilapidar el patrimonio de su esposa; porque es compatible con la situación cada vez más frecuente de los matrimonios disolubles y porque su sencillez impide cualquier confusión o problema tanto durante el matrimonio como en el momento de su disolución. No obstante lo anterior, el régimen de que nos ocupamos ha sido objeto de fuertes ataques, ya que se ha dicho que implica nada menos que la negación de los efectos del matrimonio con relación a los bienes, puesto que, al coexistir un patrimonio común, se deja sin posibilidad de expresión la unidad de deseos y fines del grupo familiar, que debe ser un todo en cualquier de sus manifestaciones. El régimen de separación origina importantes problemas, debido a que resulta difícil determinar la forma y cuantía en que cada cónyuge debe contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales, esos y otros argumentos que han utilizado para tratar de desacreditar el régimen de separación de bienes, pero cualquiera que sea su valor, es lo cierto que resultan mayores las ventajas que ofrece, por lo cual las corrientes legislativas modernas se inclinan francamente en su favor.

Solamente dos Artículos encontramos en el Código Civil en relación expresa al régimen de separación absoluta de bienes; el ya citado 123, que precisa su concepto, y el 128, según el cual la separación absoluta de bienes no exime en ningún caso a los cónyuges de la obligación común de sostener los gastos del hogar, la alimentación y educación de los hijos y las demás cargas del matrimonio. Esta obligación debe entenderse referida a lo supuesto en los Artículos 79 y 109 al 114 del propio código.

A falta de otros preceptos que pudieran regular expresamente aquellas situaciones surgentes por razón de un matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes, cuya absolutividad recalca el código, debe entenderse que los cónyuges, a tenor del inciso 3º, del Artículo 121, pueden, y ello es recomendable, hacer constar las modalidades y condiciones a que deseen sujetar la separación de bienes.

Régimen de comunidad de gananciales.

Notamos que el Código Civil da el nombre de régimen de comunidad de gananciales al generalmente denominado régimen de comunidad relativo o régimen de comunidad parcial de bienes, en el cual cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que lleva al matrimonio y de los que adquiera durante el, a título gratuito, o con el valor de unos y de otros, pero harán suyos por mitad al disolverse la sociedad legal determinados bienes.

Podemos decir que la comunidad relativa de bienes se caracteriza por la formación de una masa patrimonial conjunta que coexiste con los peculios privativos de los esposos, y agrega bienes propios de la mujer y el acervo común de la sociedad. Cuando se trata de puntualizar el fondo común de los esposos que resulta desconectado de los grupos patrimoniales privativos, se producen en la historia legislativa dos direcciones distintas muy acusadas: la dirección que pudiéramos llamar Francesa, que ocasiona el llamado régimen de comunicación de muebles y adquisiciones, y la dirección castellana o sistema de los gananciales.

En la comunidad de gananciales el haber común lo forman los bienes raíces y muebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, los frutos de ciertos bienes y los productos de los muebles e inmuebles propios de los cónyuges, así como las rentas provenientes del trabajo de cada uno de ellos. (Recuérdese lo que al respecto dispone el Artículo 124 del Código Civil de Guatemala). Algunos autores lo consideran como un régimen justo y equitativo, puesto que a la par de las propiedades individuales

de los esposos permite que nazca y prospere un patrimonio colectivo, consecuencia del esfuerzo común de aquellos, frente al cual tiene igualdad de derechos.

Según el Código Civil, conforme a este régimen el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieran durante el, por título gratuito o con el valor de uno y otros: pero harán suyos por mitad, al disolverse el patrimonio conyugal, los bienes siguientes: los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos determinados gastos; los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria (Art. 124, Ref. por Art., 90. Dto. Ley 218)

Se trata, entonces, de un régimen económico matrimonial cuya base es la separación absoluta de bienes propiedad de los cónyuges a la fecha de la celebración del matrimonio, surgiendo la comunidad de gananciales (o comunidad parcial o relativa) únicamente respecto a los bienes que exprese el artículo citado, y con posterioridad a las nupcias. Aunque la ley no lo diga con claridad, como si lo dice respecto al régimen de comunidad absoluta, debe entenderse que en el régimen de comunidad de gananciales puede existir y en efecto existe un patrimonio conyugal (formado con los bienes comunes a que se refiere el Artículo 124) paralelamente al patrimonio exclusivo de los cónyuges.

Podemos notar y es relevante en el régimen de comunidad de gananciales es el de ser el régimen subsidiario a falta de capitulaciones sobre los bienes (Art. 126) disposición que tiene por objeto evitar la incertidumbre a ese respecto, o sea en cuanto a la propiedad de los bienes, presentes y futuros, de aquellos cónyuges que no celebraron capitulaciones matrimoniales. Son aplicables al régimen de comunidad de gananciales, las disposiciones atinentes a los bienes propios de cada cónyuge, menaje de la casa, administración del patrimonio conyugal.

6.13. Capitulaciones matrimoniales

Notamos que existe discrepancia de criterio en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales. Se trata de un contrato partiendo del hecho de que en las capitulaciones matrimoniales hay un acuerdo de voluntades tendiente a dar nacimiento a una relación jurídica, esto es, encaminada a producir consecuencias de derecho y a crear obligaciones entre las partes. La peculiaridad que tienen es que no se trata de un contrato principal, sino accesorio, puesto que su eficacia se subordina o depende del nacimiento y validez del matrimonio, pero los impugnadores de tal opinión objetan diciendo que cuando la relación jurídica no tiene como finalidad primordial dar origen a obligaciones, nos encontramos en presencia, no de un contrato, sino de una convención. Y esto, es aplicable a las capitulaciones matrimoniales, porque ellas se limitan a fijar el régimen económico del matrimonio o hacer una simple relaciones de bienes.

Conforme al Código Civil, las capitulaciones matrimoniales son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio (Art. 117). Es decir, no son expresamente ni contrato ni convenio, sino un pacto, aunque ha de tenerse presente que la palabra pacto es empleada como sinónimo de contrato. La exposición de motivos del proyecto de código no aclara el por qué de esa denominación. Quizás podría explicarse en el sentido de considerar las capitulaciones como algo accesorio al matrimonio, pero ese razonamiento no resulta convincente tomando en cuenta que el propio código regula Expresa y ampliamente, en capítulo especial, lo relativo al régimen económico del matrimonio. indudablemente hubiese sido mas apropiado considerar las capitulaciones matrimoniales como un convenio resultante de la unión conyugal por celebrar o ya celebrada, con mayor razón si se toma en cuenta que deberán constar en escritura publica o en acta levantada ante el funcionario que haya de autorizar el matrimonio, y que deben inscribirse forzosamente en el Registro Civil una vez efectuado aquel, y también en el Registro de la Propiedad si se afectan bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos (Art. 119).

Establece el código que son obligatorias las capitulaciones matrimoniales, en los casos siguientes: cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a 2,000 quetzales, si alguno de ellos ejerce profesión, arte u oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de 200 quetzales al mes; si alguno tuviere en administración bienes de menores o incapacitados que estén bajo su patria potestad, tutela o guarda; y si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado (Art. 118). Nótese que el factor económico resulta determinante en el orden legal enumerativo, en cuanto a la obligatoriedad de las capitulaciones matrimoniales, y ello es lógico si se toma en cuenta que estas son el medio para establecer y regular el régimen económico del matrimonio.

Sin embargo, su obligatoriedad no es resultante de que por lo menos uno de los contrayentes tenga bienes o ejerza actividad que le produzca ingresos en las cantidades fijadas por el código (Véanse incisos 1º. Y 2º. Del citado Artículo 118): puede no estar en esos supuestos, pero si tiene a su cargo bienes de menores o incapacitados (véase inciso 3º. De dicho precepto legal), debe de celebrarse capitulaciones en pro de la pureza de la administración que desempeña; así como han de celebrarse en el caso de que la mujer sea guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado (véanse el citado inciso 4º.), a efecto de garantizar , en lo posible, que el patrimonio de la mujer no sea afectado si la unión conyugal obedece en realidad al afán de lucro por parte de un marido con frágil o ningún asentamiento efectivo en el territorio nacional.

Notamos que es de mayor importancia es la disposición contenida en el Artículo 120 del Código Civil, conforme a la cual son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas del convenio que contravengan las disposiciones de la ley, o restrinjan derechos y obligaciones de los cónyuges entre si o con respecto a los hijos, esa disposición ha de entenderse necesariamente referida a que los preceptos de orden publico (cuya observancia por los cónyuges es obligatoria y no admiten convencional irrespeto), como las relativas, por ejemplo, al ejercicio de la patria potestad, a la obligación de proporcionar alimentos, a la representación conyugal, etcétera. De los

preceptos legales referidos se infieren los elementos concurrentes en las capitulaciones matrimoniales;

1º. El personal, o sea la activa participación de varón y mujer que han concertado su matrimonio, en el otorgamiento de aquellas.

2º. El real, o sea la involucración patrimonial que por su propia naturaleza encierran las capitulaciones.

3º. El formal, consistente en la obligatoriedad de que consten por escrito, en la forma dispuesta por la ley.⁴⁰

6.14. Modificación y disolución del matrimonio.

El animo de permanencia, con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a los hijos, y el auxiliarse entre si, caracterizan la unión de hombre y mujer por medio del matrimonio, al cual la propia ley reconoce categoría de institución social, indudablemente, la unión, en tal forma que los preceptos que la rigen son de orden publico, en su gran mayoría, con aplicación en el ámbito del derecho privado, pero, por su indicada naturaleza, no susceptibles de elusión o modificación por la voluntad individual.

Sin embargo, la permanencia y la estabilidad del matrimonio no dependen de la voluntad del legislador, quien fija las normas generales de observancia obligatoria por parte de los cónyuges, pero no puede ir mas allá: circunstancias de índole personal, familiar o social, son determinantes del buen o mal suceso de un matrimonio que efectiva o aparentemente se celebros con ánimo de permanencia. Puede suceder, y en efecto sucede, que la armonia conyugal desaparezca y de paso a una diferencia o antagonismo entre los cónyuges, que, al acentuarse creé una situación insoportable

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 117.

para uno o para ambos; o bien, que circunstancias determinadas impidan la consecución de importantes fines del matrimonio.

Así, desde tiempos muy antiguos ha surgido el problema en cuanto a si el matrimonio es o no indisoluble. Originalmente la solución sencilla: el matrimonio podía disolverse, aun mediante el repudio de uno de los cónyuges. Después, y en virtud de la influencia de las ideas cristianas sustentadas en principios de orden moral que fueron contrapuestos a la desorganización que acusaba el núcleo familiar, el divorcio es rechazado y admitida únicamente a la separación de cuerpos o divorcio relativo, que no implicaba la disolución del vínculo matrimonial posteriormente, y en especial a raíz de las ideas dominantes que influyeron en la revolución francesa, y por la clara tendencia de los legisladores a ocuparse de la materia (en pugna, mas o menos abierta, la autoridad estatal y la eclesiástica), en cada país según la ideas religiosas dominantes y la condiciones sociales imperantes, sin perjuicio de que en muchos países, sobre todo en aquellos que admiten la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el problema sigue latente y visible a través de discusiones doctrinales y parlamentarias.

La discusión respecto a la conveniencia o inconveniencia del divorcio (absoluto o vincular), gira en torno a las ideas religiosas sobre el matrimonio y en torno a si la sociedad conyugal o institucional social resultante del mismo puede ser disuelta, considerándose su incidencia en importantes aspectos morales que rigen el desarrollo de la sociedad.

El problema, sin embargo, y sin restar importancia a sus proyecciones sociales en cuanto a la colectividad, tiene sobre todo singular relevancia para la familia en si, para cada familia que confronta la posibilidad de su desintegración, sea por la vía de los cónyuges o por la del divorcio absoluto en uno u otro caso (separación o divorcio), y en el supuesto mas generalizado de haber descendencia dentro del matrimonio, son los hijos quienes por lo regular de ímprobos se ven obligados a afrontar difíciles situaciones surgidas en el seno de su propia familia, sin estar preparados o sin que se les haya preparado para comprenderlo en su real magnitud, lo cual se traduce en

graves daños morales resultantes de las desavenencias entre sus padres, cuyo conocimiento les llega por senderos indirectos o violentamente cuando aquellos ya no pueden ocultarles una realidad insoslayable, en tal caso, difícilmente pueden los hijos substraerse al duro impacto psicológico resultante de esa situación. Tampoco lo podrán hacer si sencillamente los padres acuerdan separarse o divorciarse por causa de menor trascendencia y de hecho el hogar queda disuelto, ya que súbitamente ven desaparecer el núcleo familiar que los sustentaba.

Ya quedo expuesto anteriormente que las disposiciones de la ley no pueden resolver aquellos problemas que gravitan en la intimidad de cada familia, como no sean en términos muy generales. Lo deseable, indudablemente, sería que los cónyuges, al confrontar situaciones que inclinen hacia la suspensión o terminación de la vida en común, actuaran con la mayor comprensión y ecuanimidad para evitar o reducir en lo posible las implicaciones del problema. Naturalmente en la práctica esas soluciones serán más difíciles de alcanzar, por depender en gran medida de los factores temperamentales y de educación.

6.15. Separación de los cónyuges

Denominada simplemente separación de cuerpos o separación de personas, la cual es definida como el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos. Otros autores las denominan separación legal o divorcio relativo. Su característica fundamental consiste en que, a pesar de traer como consecuencia la terminación de la vida en común, deja vigente el vínculo matrimonial.

La legislación civil de Guatemala, acogiendo esa variante, regula lo relativo a la separación de los cónyuges permitiendo la materia a la competencia de los tribunales específicos del orden común.

Clases de separación

Puede distinguirse claramente dos clases de separación afectantes del matrimonio; la separación de hecho y la legal. La separación de hecho se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar. Por su voluntad o de común acuerdo con el otro a efecto que cese la vida en común, sin mediar en todo caso, previa resolución judicial. Esta clase de separación no es la propiamente regulada por la ley, pero puede producir determinados efectos jurídicos. Por ejemplo; el abandono voluntario de la casa conyugal, por más de un año, es causa para obtener la separación legal o el divorcio (Art. 1545, inc. 4º.); el abandono injustificado del hogar conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan (Art. 141); y en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derechos a gananciales durante el tiempo de la separación (Art. 142).

La separación legal (o separación de cuerpos o divorcio relativo) es aquella que es declarada judicialmente y es modificativa del matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia de la unión conyugal y el fin de vivir juntos marido y mujer, dos principios rectores de la institución matrimonial consagrada en el Artículo 78 del Código Civil. La separación legal modifica el matrimonio pero deja subsistente el vínculo matrimonial, la institución en sí.

La separación legal puede ser solicitada y declararse.

1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges

2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada (cualquiera de las causales del divorcio); en el primer caso (separación por mutuo acuerdo), no podrá pedirse sin después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio (Art. 154), disposición cuya razón de ser puede encontrarse en el deseo del

legislador de establecer un plazo determinado suficiente a los efectos de lograr la permanencia de una unión prematuramente en conflicto.

6.16. El divorcio

El divorcio es la disolución del vínculo que une a los esposos, de un matrimonio válido. La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que ha sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común. El divorcio y la separación de cuerpos no pueden tenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley. Esta cita resulta oportuna en virtud de los conceptos que contiene son aplicables a las figuras del divorcio y de la separación de cuerpos, tal como las regula el Código Civil.

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

El divorcio en la legislación vigente se regula de la manera siguiente. El Artículo 153 dispone que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. El Artículo 154, que la separación de personas, así como el divorcio, podrá declararse: por mutuo acuerdo de los cónyuges, y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. Como quedo expuesto, la legislación vigente acepta en forma expresa la separación de personas (o divorcio no vincular o relativo) y el divorcio propiamente dicho (o absoluto o vincular).

El divorcio propiamente dicho, absoluto o vincular, tiene como efecto propio, determinante de su naturaleza, el de disolver el vínculo conyugal, dejando a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio, principio aceptado por el Artículo 161 del código.

6.17. Divorcio por mutuo acuerdo

La disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio por mutuo acuerdo, o por mutuo consentimiento o voluntario, como también se le denomina, constituye una forma conveniente de ocultar causas muy graves, causas que pueden ser escandalosas que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges.

Dispone el código que la separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año. Contado desde la fecha en que se celebren el matrimonio (Art. 154). La razón de este precepto puede encontrarse también en el propósito del legislador de evitar la posibilidad de la celebración del matrimonio simulado que podría inmediata y fácilmente disolverse mediante el trámite de un divorcio voluntario. El Artículo 163 preceptúa que si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes.

1º. A quien quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio.

2º. Por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en que proporción contribuirá cada uno de ellos.

3º. Que pensión deberá pagar el marido a la mujer si esta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades.

4º. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio que contraigan los cónyuges

Conforme el Artículo 165, es al Juez a quien corresponde, bajo su responsabilidad, calificar la garantía y, en su caso, ordenar la ampliación de la misma a efecto de que lo estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges. En todo caso, supone el Artículo 165, no podrá declararse el divorcio mientras no esté suficientemente garantizada la alimentación y educación de los hijos.

Es indudable que las disposiciones legales referidas tienden a que sea garantizada en la mejor forma la situación de las personas afectadas directamente por la disolución del matrimonio. Si bien del inciso 3º. Del Artículo 163 se infiere que es el marido quien debe pagar pensión a la mujer, ello no obsta que si aquel, conforme a lo dispuesto en el Artículo 111, estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, puede ser quien reciba la pensión, dado que el inciso 4º, del Artículo 163 se refiere al cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges, o sea que tal convenio no necesariamente debe circunscribirse a las disposiciones de dicho precepto, en lo que no contrarié el espíritu del mismo.

El código hace énfasis en la situación de los hijos. Aunque en contra de lo convenido por los padres, el Juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos, a cuyo efecto puede basarse en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores; sin perjuicio de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos, con los hijos (Véase Art. 166).

6.18. Divorcio por causa determinada

Es el divorcio absoluto o vincular, no en lo que se refiere a sus efectos, idénticos a los del divorcio voluntario o por mutuo acuerdo, sino en cuanto constituye precisamente la forma admitida por las legislaciones que no aceptan el divorcio por

mutuo consentimiento. La disolución del vínculo matrimonial no queda al acuerdo de los cónyuges: es necesario que uno de estos invoque alguna o algunas de las causas que la ley ha fijado previamente como únicas razones para demandar la disolución del matrimonio.

El Código Civil admite numerosas causas para obtener el divorcio, 15 en total. Son las siguientes.

1ª. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.

Esta circunstancia tipificase cuando uno de los cónyuges sostiene relaciones íntimas con otra persona, hombre o mujer, según el caso, debilitando el ánimo de permanencia que caracteriza la unión conyugal. Si bien la fidelidad debida entre marido y mujer no aparece expresamente admitida por el código como característica del matrimonio, debe entenderse que lo es por cuanto la unión monogámica, base de aquel, la presupone.

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

Este inciso debe entenderse comprensivo de varias causales de divorcio.

a) Los malos tratamientos de obra, (que han de consistir en relaciones que atenten contra la integridad del otro cónyuge.

b) Las riñas disputas continuas, (que por su reiterada manifestación hagan evidente la incompatibilidad de caracteres impositivos de una vida conyugal armoniosa).

c) Las injurias graves y ofensas al honor, (que si bien aparentemente son causas que podrían considerarse en forma aislada, una y otra se complementa, pues las

injurias atentan contra el honor y las ofensas a este constituyen injuria, no siendo necesario en todo caso que ese hubiese propiciado sentencia previa, bastando la plena prueba de tales extremos en el juicio de divorcio).

d) En general, la conducta que haga insoportable la vida en común, (causal que no constitutivos de injuria u ofensa, pero provocadores de sostenida desarmonia conyugal.

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

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

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

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

5ª. 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.

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

de relaciones sexuales con varón que no fuera el marido, y este lo ignoraba, no cabe duda que la lesiona su honor sea tan grave que justifique la disolución del matrimonio.

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

Aquí juega papel importante la conducta inmoral, o amoral, del marido que conscientemente induce a la mujer a colocarse en situación incompatible con la vida decorosa que su calidad de esposa le exige, y que el propio marido coloca en la innegable situación de no ser merecedor de considerársele jefe de familia. Al desaparecer uno de los más importantes principios morales rectores de la unión conyugal, esta, para la ley, ha de terminar. Nótese, en cuanto a la incitación para corromper a los hijos, previsto en dicha causal de divorcio, que el legislador solo tomo en cuenta que pudiera derivarse del marido, no de la mujer. Empero, como el bien jurídicamente tutelado es la preservación de la familia conforme a determinados altos principios morales, el divorcio habrá de decretarse si el marido prueba que la mujer trata de corromper, de depravar a los hijos.

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

Si deliberadamente uno de los cónyuges incumple tales deberes (asistencia, o lo que es lo mismo ayuda; alimentación, lo indispensable para la subsistencia), la unión matrimonial se ve privada de una de sus bases fundamentales. Esta causal deja a salvo, por supuesto, el derecho del cónyuge inculpable a exigir judicialmente los alimentos en forma que corresponda.

8ª. La disipación de la hacienda doméstica.

Esta causal puede ser atribuible al varón o a la mujer. Si bien la expresión hacienda doméstica no aparece precisada en el código, debe entenderse comprensiva

de los bienes normalmente destinados al sostenimiento del hogar, especialmente el dinero y aquellos bienes muebles sin los cuales no puede mantenerse aquel.

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

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

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

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

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

La referencia especial los delitos contra la propiedad, no parece tener mayor fundamento, y no explicada en la exposición de motivos del proyecto del código. Toda vez que, en vista de la redacción del inciso objeto de comentario, la duración de la pena no es determinante tratándose de delitos contra la propiedad, como si lo es en los otros

delitos de orden común, la referencia especial pudo haber sido hecha a ciertos delitos contra la integridad personal o contra la honestidad.

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

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

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

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

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

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

15ª. La separación de personas declarada en sentencia firme.

Una vez declarada en sentencia firme la separación de personas, los cónyuges pueden mantener el vínculo matrimonial, o uno de los dos solicitar la disolución del mismo por medio del divorcio. La separación ha disuelto la unión; el divorcio disolverá el vínculo matrimonial.

El Artículo 158 fue adicionado por el Decreto Ley 218, en el sentido de que no puede declararse el divorcio o la separación con el simple allanamiento de la parte demandada, ni es suficiente prueba para declararlos la confesión de la parte demandada sobre la causa que lo motiva. Esta disposición obliga a que la causal o las causales invocadas sean acreditadas, en el caso por otros medios de pruebas, en realidad, cristaliza la idea contraria a que los motivos del divorcio queden preferentemente en la mayor secretividad, para evitar agravio a los hijos y familiares más cercanos de los cónyuges. Su objeto fue precisamente evitar que los juicios de divorcio o de separación terminaran por la propia manifestación del cónyuge demandado, práctica muy corriente conforme a la legislación anterior. Su bondad es discutible, sin juzgar la conveniencia de que un precepto de naturaleza procesal se incluya en una ley sustantiva.

Efectos comunes de la separación y del divorcio.

Dichos efectos, conforme al Artículo 159 del código, son los siguientes.

1º. Liquidación del patrimonio conyugal, que procede al estar firme la sentencia declarativa de la separación o el divorcio, y a cuyo efecto se liquidará el patrimonio conyugal en los términos prescritos por las capitulaciones, por la ley o por las convenciones que hubieren celebrado los cónyuges (Art. 170).

2º. Derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso. A criterio en contra, el cónyuge culpable pierde el derecho a recibir alimentos.

3º. “La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada. Por no estar claramente comprendidas entre las causas de separación o de divorcio las causas determinante de la suspensión o de la pérdida de la patria potestad, según se infiere al comparar la redacción de los Artículos 155, 273 y 274 del código, queda necesariamente a la cuidadosa labor interpretativa del Juez resolver sobre la procedencia de la suspensión o de la pérdida de la patria potestad, cuando haya petición expresa al respecto.

Debe citarse como efecto propio del divorcio, el que la mujer divorciada no tiene derecho a usar el apellido del marido (Art. 171 CC). En sentido contrario, la separación de personas no priva de ese derecho a la mujer.

El código vigente incluye necesarias disposiciones relativas a la protección de la mujer y de los hijos, al cuidado de estos y a las obligaciones de los padres separados en relación a los hijos, así como la obligación de los jueces en el sentido de calificar debidamente la garantía a que se refiere el inciso 4º. Del Artículo 163, y de dictar en cualquier tiempo las providencias que consideren beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.⁴¹

⁴¹ **Ibid.** 128.

CAPÍTULO VII

7. Principales similitudes y diferencias del matrimonio en el derecho romano con la legislación civil guatemalteca actual.

7.1. Similitudes.

7.2. El matrimonio la base de la familia

Regulación en el derecho romano

En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación de ésta a través de la institución del matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de hijos.

Regulación en la legislación civil guatemalteca

Siendo de esta manera el matrimonio romano la base de la familia elemento de identidad a nuestra legislación actual, se encuentra regulado de esta manera en nuestro máximo ordenamiento legal como se establece en la Constitución Política de la Republica de Guatemala, en la cual se garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Y debe de ser promovida su organización y se hace mención, sobre la base fundamental y legal del matrimonio. (Art. 47 Constitución Política de la Republica de Guatemala).

7.3. El matrimonio es monogámico

Regulación en el derecho romano

Notamos que la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano. El matrimonio romano fue siempre monogámico, y

dentro del propio ambiente pagano se reconoció cumplidamente su alto valor social. Dado que el matrimonio se endereza a la constitución de una comunidad perpetua, de un vivir común y duradero, no cabe sujetarlo a modalidades de condiciones o términos.

Regulación en la legislación civil guatemalteca

Siendo regulado de esta manera en la legislación civil guatemalteca al establecer la ley que es la unión de un hombre y una mujer, de donde partimos que la institución del matrimonio guatemalteca es monogámica (Art. 78 CC) confirmando nuestra aseveración al quedar establecido como causa para obtener la separación o el divorcio, la infidelidad de los cónyuges, confirmando nuestra hipótesis de que el matrimonio es monogámico según nuestra legislación.

7.4. Plazos para establecer la legitimidad de los hijos

Regulación en el derecho romano

Notamos que se consideran como hijos legítimos aquellos nacidos de padres de 180 días contados desde la celebración de las *iustae nuptiae*, o bien dentro de los 300 días contados desde la terminación del matrimonio.

Concluimos que los hijos nacidos dentro de los plazos señalados quedarían automáticamente bajo la patria potestad del padre, con todas las obligaciones y derechos que tal situación implica y que, como ya sabemos, fue adquiriendo cada vez mas, un carácter de reciprocidad, en el caso de las hijos, desde la época de Augusto, esta tiene derecho a que los padres les sedan una dote en el momento de contraer matrimonio, la dote que debe estar en relación directa con la fortuna y el rango socia.

Regulación en la legislación civil Guatemalteca

Siendo este plazo regulado de igual manera al establecer el código que no podrá ser autorizado el matrimonio de la mujer, antes de que transcurran 300 días contados desde la disolución del matrimonio, con el fin de evitar una confusión de parto es decir, la incertidumbre sobre el verdadero padre del hijo que puede nacer

7.5. Caracteres del matrimonio.

Regulación en el derecho romano.

Unidad: Este carácter trasciende implícito en la institucionalización de la unión intersexual monogámica. Es decir, la existencia de un vínculo matrimonial impide la constitución de sucesivos vínculos mientras los anteriores no estuviesen disueltos o anulados. De este modo la poligamia tanto la poligamia, o unión de un hombre con diversas mujeres simultáneamente, como la poliandria, o unión de una mujer con varios hombres es repudiada, no solo desde el punto de vista jurídico, sino también el propio contexto ético de la cultura matrimonial y familiar.

Regulación en el la legislación civil guatemalteca.

Sigue siendo regulado de igual manera en nuestra legislación actual al establecerse, que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que se unen legalmente con el animo de permanecer y vivir juntos (Art. 78 CC).

Regulación en el derecho romano

Juridicidad: El matrimonio es la unión de hombre y mujer, legalmente sancionada. Lo cual implica la celebración del acto, de acuerdo con las formalidades que la ley impone a los contrayentes. De este modo la unión intersexual deja de ser un hecho para trascender, a merced de la imputación de vínculos jurídicos, como fuente

del *estado de familia*, jurídicamente reconocido, y como contenido de relaciones familiares legítimas.

Regulación en la legislación civil guatemalteca.

Regulado de igual forma en la legislación civil actual al ser exigidos los requisitos solemnes en establecer las aptitudes para contraer matrimonio, funcionarios que pueden autorizarlos las formalidades y la ceremonia de la celebración para revestir esta figura de legalidad.

7.6. Los esponsales.

Regulación en el derecho romano.

Estas podían estar precedidas por un acuerdo entre los futuros cónyuges o sus padres, mediante el que se comprometían a la celebración del matrimonio. Esta promesa de futuras nupcias se conoce como esponsales y no daba lugar a acción alguna para exigir su cumplimiento. Los esponsales se disuelven por la muerte, por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio, por el mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios.

Regulación en la legislación civil guatemalteca.

En la legislación civil guatemalteca se regula de igual forma los esponsales al establecer que los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, pero dan lugar a demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas con promesa de un matrimonio que no se efectuó (Art. 80 CC).

7.7. Relaciones patrimoniales entre cónyuges

Regulación en el derecho romano.

Régimen de separación de bienes

Tratándose de matrimonio libre, conserva la propiedad de los bienes llevados al matrimonio, así como hace suyos los adquiridos durante él por herencia, legado, donación o por su propio trabajo, tales bienes pueden ser administrados por la propia mujer, la cual dispone de ellos con entera libertad, cabe que los confíe en administración a su marido, hablándose entonces de bienes extradítales.

Regulación en la legislación civil guatemalteca.

Régimen de separación absoluta de bienes, Podemos notar que la esencia de este régimen, en su aspecto absoluto, consiste en que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos (Art. 123).

7.8. Requisitos esenciales para contraer matrimonio.

Regulación en el derecho romano.

Libre consentimiento de los contrayentes

Este debe ser manifestado de modo continuo y sin temor alguno, ni se tiene por válido el contraído con violencia. Aunque no sea considerado un contrato, se necesita el consentimiento de quienes lo celebran. Esto tendía a subrayar el carácter espiritualizado del matrimonio en oposición a la idea de que para existir el era necesario que se hubiera realmente consumado por medio de la unión sexual. El *consensus* debe ser dado por las partes con total libertad, sin violencia ni coacción.

Regulación en la legislación civil guatemalteca.

En nuestra legislación civil actual se regula de igual forma el libre consentimiento de los contrayentes para contraer matrimonio al establecer el Código que en la ceremonia de la celebración del matrimonio el funcionario que debe autorizar el matrimonio recibirá de cada uno de los cónyuges su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer y, en seguida los declarará unidos en matrimonio (Art. 99 CC).

Regulación en el derecho romano

Consentimiento del jefe de familia

Siendo el contrayente libre no necesitaba el consentimiento de otra persona. Pero estando bajo la patria potestad necesitaba el consentimiento del jefe de familia, toda vez que del matrimonio del hijo podían nacer hijos que quedaban bajo la potestad de aquel. Respecto del descendiente varón se necesitaba no solo el consentimiento del jefe de familia, sino el de su padre directo, por cuanto si tenía hijos, podían venir a quedar en época futura bajo la potestad de este.

Regulación en la legislación civil guatemalteca:

Podemos anotar que no debe confundirse el consentimiento expreso de los cónyuges al cual se refiere el Artículo 99, con la autorización que dan quienes ejercen la patria potestad o la tutela para que pueda celebrarse el matrimonio de los menores de edad capacitados por la ley. Los menores deben, en todo caso, expresar también su consentimiento en el curso del acto matrimonial.

7.9. Divorcio

Los romanos entendieron por divorcio, es decir, por pérdida de la *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos. El matrimonio se basa en el consentimiento, y si falta este, cesa sin más el vínculo matrimonial.

Regulación en la legislación guatemalteca.

El divorcio en la legislación vigente se regula de la manera siguiente. Que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. El divorcio propiamente dicho, absoluto o vincular, tiene como efecto propio, determinante de su naturaleza, el de disolver el vínculo conyugal, dejando a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio, principio aceptado por el código.

7.10. Formas de divorcio.

En el derecho romano se regula el, *Divortium communi consensu*, o divorcio por mutuo consentimiento.

Regulado también el *Divortium ex iusta causa*, o sea que uno de ellos alegue determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados en la ley.

Regulado de igual manera en la legislación civil guatemalteca, el divorcio por mutuo acuerdo, siempre que se cumplan con los plazos y requisitos exigidos por la ley, también se regula lo referente al divorcio por causa determinada siendo 15 en total estipulado en nuestra legislación.

7.11. Diferencias

7.12. Para los romanos no existió regulación jurídica del matrimonio

Regulación en el derecho romano.

Para los romanos, el matrimonio no es una relación jurídica, sino mas bien una *factum*, una situación de hecho (*res facti*), aunque capaz de producir consecuencias jurídicas, de ahí que, sin perjuicio de su notable importancia, no existe una particular regulación jurídica de esta institución por parte de las leyes. Todo lo relativo a la celebración, disolución y protección del matrimonio pertenece fundamentalmente a los *mores* (costumbres), con las consecuencias éticas y sociales que ello implicaba.

Regulación en la legislación civil guatemalteca:

Siendo esta una de las principales diferencias en cuanto al matrimonio en comparación con la institución actual, regulada por el estado en el Código Civil Decreto Ley número 106, por lo que representa determinadas formalidades y solemnidades para la celebración del acto y validez del mismo siendo requisitos esenciales sin los cuales el matrimonio resulta ineficaz.

7.13. El matrimonio en el derecho romano fue regulado por la Iglesia.

Con la evolución del matrimonio en el derecho romano sufre cambios, siendo regulado por la Iglesia. Lo que nosotros llamamos hoy en día derecho matrimonial aparecerá muy posteriormente. Será en principio obra de la Iglesia, a través del derecho canónico, que se desarrollara en la Edad Media toda una regulación jurídica en torno de los requisitos, de la celebración, de los impedimentos y de la disolución, vía nulidad, del matrimonia. Obviamente, esta legislación canónica será tributaria de la doctrina cristiana, basada en el texto evangélico y el neotestamentario.

Regulación en la legislación civil guatemalteca:

Para la legislación civil guatemalteca esta es regulada por el estado quien establece y determina la figura del matrimonio y da los lineamientos para regirse y quienes deben celebrarlo y los efectos que surte dicha figura jurídica. Por lo tanto, configurando la institución matrimonial, el hecho de que el hombre y la mujer se una legalmente (es decir, cumplidos los requisitos de ley y sancionada la unión por funcionario competente), con animo de permanencia (elemento teleológico, que se cumple o no a través de la circunstancias en que se desarrolle la unión matrimonial, y cuya realización puede tener singular importancia en la estabilidad y durabilidad de la misma).

7.14. Los pactos nupciales eran el único documento escrito en el derecho romano pero no prueba el matrimonio.

Los pactos nupciales, que solían redactarse por escrito, nada afectan a la existencia del matrimonio, como tampoco constituyen un medio probatorio de este. En el derecho Justiniano el instrumento dotal es, sin embargo, el único medio para probar la existencia de matrimonio entre personas de alto rango.

Regulación en la legislación civil guatemalteca.

Con propiedad, en la legislación civil guatemalteca a diferencia del derecho romano, si existe documento escrito y es la única prueba legal del matrimonio, el expediente matrimonial se inicia mediante la manifestación, ante el funcionario competente, que hará constar en acta.

7.15. Naturaleza jurídica del matrimonio en el derecho romano.

Regulación el derecho romano.

Tal como lo entienden los romanos, la naturaleza jurídica del matrimonio es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal a lo que ellos llamaron *affectio maritalis*.

Regularon en la legislación civil guatemalteca:

Conforme a la legislación de Guatemala, 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 hijo y auxiliarse entre si (Art. 78). Regulándose de esta forma el matrimonio como institución, o, dicho en otra forma la institución del matrimonio, no constituye una persona jurídica del tipo institucional. La palabra institución se emplea, respecto al matrimonio, en el sentido de un situación o estado regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado Por lo tanto, configurando la institución matrimonial, el hecho de que el hombre y la mujer se unan legalmente.

7.16. La ceremonia religiosa para la celebración del matrimonio en el derecho romano

La *confarreatio* no era otra cosa que una ceremonia religiosa, Los contrayentes comparecían ante el pontífice máximo, el *flamen diallis* o Sacerdote de Júpiter y diez testigos, y allí se desarrollaba el conjunto de ritualidades y de una res, de cuya piel se sacaba una tira que unía a los contrayentes, sentados juntos, en el ofrecimiento de un pastel de harina (*farreum*) a Júpiter.

Celebración del matrimonio en la legislación civil Guatemalteca:

Cumplidos los requisitos formales previstos en el código, y cerciorado el funcionario de la capacidad y aptitud de los contrayentes señalara, si estos así lo solicitan, día y hora para la celebración del matrimonio, o procederá a su celebración inmediata.

7.17. El símbolo de venta de la mujer al marido con la asistencia de la persona de quien aquella dependiera, institución del derecho romano.

La *coemptio*, que era el procedimiento empleado en la época clásica para crear la potestad de la *manus* era una forma ritual, pero no de carácter religiosa. Era un símbolo de venta de la mujer al marido con la asistencia de la persona de quien aquella dependiera: el jefe de familia o el tutor.

Regulación en la legislación civil guatemalteca:

Siendo una de las grandes diferencias en cuanto a nuestra legislación después del transcurrir del tiempo se ha logrado la igualdad de ambos cónyuges, al establecer, el código, el matrimonio se funda en la igualdad de derecho y obligaciones de ambos cónyuges, la representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar, confiriendo igualdad de derechos y obligaciones para ambos cónyuges.

7.18. El *usus*

Consistía en la posesión no interrumpida de la mujer por el marido durante un año continuo.

Figura desconocida para nuestra legislación civil actual por lo que se establece la igualdad de ambos cónyuges en el hogar, regulando nuestra ley al matrimonio como institución social.

7.19. *Manus* y matrimonio

Similar a la patria potestad es la *manus* que el *pater familias* podía adquirir sobre su propia mujer. La mujer *in manu* quedaba como hija de su marido y hermana agnada de sus hijos. Si el marido era libre, entraba ella bajo la potestad de su suegro, como nieta, o como bisnieta cuando la *manus* era del nieto del aquel *paterfamilias*; en estos casos la *manus*, siempre del marido, quedaban como absorbida en la patria potestad bajo la que el marido se hallaba.

Siendo una figura exclusiva del derecho romano habiendo desaparecido por completo en nuestra legislación civil actual.

7.20. Relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Regulación en el derecho romano.

En el curso histórico del derecho romano es dable distinguir tres regimenes matrimoniales de bienes: un régimen de absorción, propio del matrimonio que va acompañado de la *manus*; un régimen de separación, en el matrimonio libre, y el régimen dotal, por lo que respecta a nuestro estudio podemos diferenciar dos regimenes.

Régimen de absorción de bienes.

Si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la *manus* sobre la mujer, los bienes de ésta pasan engrosar el patrimonio del marido. De igual modo, se hacen del marido los bienes que por cualquier título adquiriera la mujer durante el matrimonio.

Régimen dotal

Es el conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer, u otra persona por ella, entregan al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales.

La dote surgió en el ámbito del matrimonio acompañada por la *manus*, y al objeto de compensar, en alguna medida, la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna. Posteriormente pasó al matrimonio libre, con el carácter de aportación destinada a sufragar los gastos del hogar doméstico.

Regulación patrimonial de los bienes de los contrayentes en la legislación civil guatemalteca

Regímenes económicos del matrimonio

Régimen de comunidad absoluta de bienes

En efecto, dispone el código vigente que en el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridas durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio.

Nota saliente en el régimen de comunidad de gananciales es el de ser el régimen subsidiario a falta de capitulaciones sobre los bienes, disposición que tiene por objeto evitar la incertidumbre a ese respecto, o sea en cuanto a la propiedad de los bienes, presentes y futuros, de aquellos cónyuges que no celebraron capitulaciones matrimoniales.

7.21. Capitulaciones matrimoniales.

Capitulaciones matrimoniales, siendo esta una figura estipulada en nuestra legislación civil actual, no regulada en el derecho romano por la que los futuros cónyuges deben de cumplirlas si se encuentran entre los parámetros de orden patrimonial que establece la ley.

Conforme al Código Civil, las capitulaciones matrimoniales son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio. Es decir, no son expresamente ni contrato ni convenio, sino un pacto, aunque ha de tenerse presente que la palabra pacto es empleada como sinónimo de contrato.

7.22. Matrimonios excepcionales

Siendo esta una figura regulada en la legislación civil de Guatemala, para poder contraer matrimonio y que no fueron reguladas en el derecho romano dentro de las que podemos distinguir. Matrimonio en artículo de muerte. Matrimonio de los militares. Matrimonio celebrados en el extranjero

7.23. Impedimentos para contraer matrimonio.

En el derecho romano fueron regulado los impedimentos, dividiendo estos en absolutos y relativos y estableciendo los mismos de de siguiente manera.

Son impedimentos absolutos.

- a) El matrimonio precedente todavía no disuelto, en cuanto que la ley no autoriza la coexistencia de un doble vínculo.

b) La esclavitud de uno de los cónyuges.

c) El voto de castidad y las órdenes mayores, en el derecho nuevo.

Son impedimentos relativos.

a) El parentesco de sangre o cognación. En la línea recta, está prohibido el matrimonio entre ascendente y descendientes hasta el infinito; en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino. El parentesco de adopción –*adoptiva cognatio*- constituye también impedimento, si bien cesa, tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación.

b) El parentesco espiritual. Según norma justiniana, está prohibido el matrimonio entre el padrino y ahijada.

c) La afinidad. En la época clásica no se permite el matrimonio entre padrastro e hijastro, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno. A esa prohibición de matrimonio entre los parientes de la línea recta, se suma la establecida por el Derecho Cristiano en orden a los cuñados.

d) El adulterio y el rapto. Está prohibido el matrimonio entre la adúltera y su cómplice, el Derecho de la última época prohíbe también el matrimonio entre el raptor y la raptada.

Regulación en la legislación civil guatemalteca.

Impedimentos dirimentes absolutos regulados de acuerdo al Código Civil vigente.

Según el código, enumeración tipificante de casos de insubsistencia del matrimonio, tienen impedimento para contraer matrimonio.

a) Los parientes consanguíneos en la línea recta y, en la colateral, los hermanos y medios hermanos.

b) Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad.

c) Las personas casadas y las unidas de hecho, con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

Impedimentos relativos, casos en que no puede autorizarse el matrimonio:

I). Del menor 18 años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor.

II). Del varón menor de 16 años o de la mujer menor de 14 años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

III). De la mujer, antes de que transcurran 300 días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declara nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuge, haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno.

IV). Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que este bajo su tutela o protutela.

V). Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o protutela, sino después de aprobadas y cancelada las cuenta de su administración.

VI). Del que teniendo hijos bajo su patria potestad no hiciere inventario judicial de los bienes de aquellos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona.

VII). Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

7.24. Disolución del matrimonio en el derecho romano.

Notamos una marcada diferencia de disolución del divorcio en el derecho romano. El matrimonio se disuelve por diversas razones: Por un lado a partir de la forma natural; es decir, por la muerte de uno de los cónyuges y, por otro, cuando existían determinadas causas para no seguir adelanten la unión marital, estas causas el Derecho Romano las clasifico así: Por repudiación; La muerte de uno de los cónyuges; La pérdida de la libertad; Por destierro; Por impedimento sobreviniente

7.25. *Divortium sine causa*

Esta es una diferencia de la forma de divorcio no regulado en la legislación civil guatemalteca actual, se da cuando se produce como acto unilateral no justificado por la ley. O sea cuando uno de los cónyuges, de manera unilateral, y sin existir las causas graves enunciadas en el derecho romano, se divorcia. Por lo que se le imponían penas pecuniarias que formaban parte del patrimonio conyugal.

CONCLUSIONES

1. La vigencia de la institución del matrimonio como base fundamental de la familia, la sociedad, el estado de derecho y la existencia de un sistema jurídico para la regulación del matrimonio en nuestra legislación, la creación de credibilidad y confianza, son las aspiraciones del presente estudio para seguridad y certeza jurídica, de la institución del matrimonio.

2. Del estudio realizado en el presente trabajo podemos concluir, en cuanto a la evolución histórica del matrimonio en el derecho romano se diferencia de gran manera a la institución del matrimonio en la actualidad, siendo creada la figura del matrimonio como un acto en el cual la mujer ingresa a la familia del marido quedando bajo la patria potestad del esposo o de la persona que la ejerce sobre el esposo. La mayoría de solemnidades y requisitos y formas para su celebración y mantenimiento y posterior disolución, han sido tomadas por nuestra actual legislación partiendo de lo regulado en el derecho romano aunque con notables cambios, que sin duda alguna han sido importantes para crear igualdad en los cónyuges, pues siendo personas, seres humanos merecen los mismos tratos en la familia como en la sociedad; por lo que se puede apreciar que el matrimonio fue denominada en la época clásica, como la base de la familia, y presenta características que lo diferencian del que existe en el derecho moderno, podemos observar la diferencia de la institución del matrimonio y anotamos que ha sufrido drásticos cambios, esto se debe a que en el derecho romano el matrimonio fue normado basado en principios cristianos, y en la actualidad es el estado el encargado de velar por el cumplimiento de lo establecido en nuestra legislación civil guatemalteca.

3. A diferencia de la forma de celebrar el matrimonio en la actualidad, en los primeros tiempos el matrimonio debía contraerse de manera solemne, es decir, mediante la observancia de determinadas solemnidades o ritualidades, sin los cuales era inválido, en la actualidad cobra poca relevancia legal, aunque en determinados

pueblos o regiones de nuestro país las solemnidades y ritualidades son cumplidas por las exigencias sociales y morales de la comunidad.

4. Los efectos del matrimonio a lo que se refiere a la condición social de la esposa estos han sufrido cambios, ya que la mujer sigue participando en la condición del marido y pasa a formar parte de la familia, con la diferencia que el matrimonio actual se pasa a formar parte de la familia pero como esposa y en igualdad de derechos y obligaciones y no como en la época antigua que pasaba a formar parte del marido pero en calidad de hija, o sea en desigualdad de derechos y obligaciones.

5. Figuras primordiales que sirvieron de base, siendo pilares fundamentales para la relación conyugal siguen vigentes, hasta nuestros días, siguiendo nuestra legislación vigente con mucho acierto el consentimiento de los esposos, que debe de ser otorgado por las partes con total libertad, sin violencia ni coacción.

6. La forma de ser regulado el matrimonio en nuestra legislación es muy clara, ordenada y comprensible, al establecer la definición del matrimonio que sin lugar a dudas podemos decir que tal definición es muy completa para poder interpretar dicha definición, a través de la cual partimos para poder interpretar diferentes instituciones que en doctrina es estudiada. Siendo entendido por la comisión de redacción del código el matrimonio como una institución, las clases de matrimonio existentes en las diferentes épocas y legislaciones, nos permiten distinguir que el estado quiso ser el ente de regulador para darle validez, siendo aceptado en nuestra legislación el matrimonio civil.

7. En el derecho romano se denominó requisitos para contraer matrimonio, en nuestra legislación con significantes cambios esta es regulada como requisitos personales para contraer matrimonio, por haber sido la igualdad de las personas, fundante para la plena y libre convivencia de los contrayentes, nuestra legislación de igual manera no da libre plenitud para poder contraer matrimonio ya que siendo esta la base de la familia y de la sociedad, lo fundamental para determinado país, siendo el

núcleo familiar donde deben de fluir los buenos principios morales, fundamentales para una buena convivencia social, el Estado se vio en la obligación de establecer impedimentos a los contrayentes para la celebración del acto matrimonial, así mismo por la diversidad de intereses en cuanto a contraer el matrimonio y en caso que los individuos con inobservancia de los impedimentos lo contraigan a regulado con mucho acierto la figura de anulabilidad del matrimonio y de la nulidad.

8. Los contrayentes deben de contraer el matrimonio a través de lazos de afecto, por lo que un requisito importante para contraer el matrimonio es el consentimiento de los cónyuges basado en la igualdad de condiciones que deben de existir en el matrimonio por lo que todo matrimonio contraído por error, coacción, y dolo es inexistente ya que el consentimiento es afectado, siendo un matrimonio celebrado sin el pleno consentimiento de los contrayentes a lo que decimos que con mucho acierto el actual Código Civil guatemalteco, lo establece de esta manera.

9. En nuestra sociedad debido al poco desarrollo, muchas formas de regular los requisitos para la celebración del matrimonio siguen siendo observadas aunque no sean exigidas por nuestra ley por lo que concluimos que para la celebración del acto matrimonial son muy pocos, debido a la influencia de la sociedad, esto se convierte en muy riguroso en cuanto a determinados ritos que deben de ser observados por los contrayentes como por ejemplo la ceremonia religioso ya que en nuestra sociedad guatemalteca esta tiene mayor relevancia que el matrimonio civil.

10. El matrimonio civil es regulado por el estado debido a los distintos deberes y derechos que nacen próximos a la celebración y consumación del matrimonio, siendo este el encargado de velar porque sean cumplidos, al incumplimiento el Estado es el encargado de exigir al infractor que los cumpla a través de los medios creados por el.

BIBLIOGRAFÍA

A. ZANNONI, Eduardo. **Derecho civil. Derecho de familia.** 1t.; 2ª. ed.;. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea. 1993.

DI PIETRO, Alfredo. **Derecho privado romano.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1996,

D'ORS, J. A. **Derecho privado romano.** 9ª. ed.; España: Ed. Eunsa navarrana, 1997.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano.** 12ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., (s.f.).

Manual de derecho civil. Selección de textos por Alfonso Brañas. 5ª. ed.; Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004. 318 Págs.

MEDELLÍN A., Carlos J., Medellín F., Carlos, Medellín B., Carlos E. **Lecciones de derecho romano.** 14ª ed.; Santa fe de Bogotá, Colombia: Ed Temis, S.A., 2000.

MORINEAU IDUARTE, Marta, y Román, Iglesias González. **Derecho romano.** 3ª. ed.; México: Ed. Harla, 1993.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano.** Avenida, República Argentina: Ed. Porrúa, S.A., 1989.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, jefe de Gobierno de la República en consejo de ministros. 1964.

