

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

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS ORIGINADAS AL PROHIBIRSE AL
PADRE HACER RECONOCIMIENTO DE HIJOS NACIDOS DE UNA MUJER CASADA
CON OTRA PERSONA**



EDUARDO ESTRADA OSORIO

GUATEMALA, MARZO 2007

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

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS ORIGINADAS AL PROHIBIRSE AL PADRE
HACER RECONOCIMIENTO DE HIJOS NACIDOS DE UNA MUJER CASADA
CON OTRA PERSONA
TESIS**

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

EDUARDO ESTRADA OSORIO

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Y LOS
TÍTULOS PROFESIONALES DE ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, marzo 2007

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar 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. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

PRIMERA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Marisol Morales Chew
SECRETARIO:	Lic. Napoleon Orozco Monzón
VOCAL:	Lic. Manfredo Maldonado Mendez

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Helder Ulises Gómez
SECRETARIO:	Lic. Napoleon Orozco Monzón
VOCAL:	Lic. David Sentés Luna

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)

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	(i)

CAPÍTULO I

1. De la familia	1
1.1 Origen de la familia	1
1.2 Evolución histórica de la familia.....	2
1.3 Definición	4
1.4 Importancia de la familia y de su regulación jurídica	6
1.5 Autonomía del derecho de familia	7
1.6 División del derecho de familia.....	8

CAPÍTULO II

2. De las personas	9
2.1 Etimología de la palabra persona	9
2.2 Concepto de persona	9
2.3 La persona en el derecho civil	10
2.4 Clasificación de las personas	10
2.5 Personalidad y capacidad	11
2.6 Conacencia	12
2.7 Conmorencia	12
2.8 Capacidad e incapacidad civil de las personas individuales	13
2.8.1 Capacidad	13
2.8.2 Incapacidad	14

2.8.3 Regulación legal	15
2.3 Estado civil	15
2.4 Identificación de las personas	

17

Pág.

CAPÍTULO III

3. Del Matrimonio	25
3.1 Etimología de la palabra matrimonio	25
3.2 Definición	25
3.2.1 Definición doctrinaria	25
3.2.2 Definición legal	26
3.3 Naturaleza jurídica del matrimonio	26
3.3.1 El matrimonio es un contrato	27
3.3.2 El Matrimonio es un acto jurídico mixto	27
3.3.3 El matrimonio es una institución	28
3.3.4 Clases de matrimonio	28
3.4 Requisitos para la validez del matrimonio	29
3.4.1 Requisitos personales	29
3.4.2 Requisitos formales	30
3.4.3 Requisitos solemnes del matrimonio	30
3.5 Efectos del matrimonio	31
3.5.1 Efectos personales	31
3.5.2 Derechos y obligaciones de los cónyuges	31
3.5.3 Efectos patrimoniales	32
3.5.4 Regímenes económicos del matrimonio	33
3.5.5 Régimen de comunidad absoluta	33
3.5.6 Régimen de separación absoluta	33

3.5.7 Comunidad de gananciales	34
3.5.8 Capitulaciones matrimoniales	35
3.6 Modificación y disolución del matrimonio	35
3.7 Separación	37
	Pág.
3.7.1 Definición	37
3.7.2 Separación de hecho	37
3.7.3 Separación por mutuo acuerdo entre los cónyuges	37
3.7.4 Por voluntad de uno de los cónyuges por causa determinada	37
3.7.5 Causas determinadas para la separación.....	38
3.7.6 Efectos propios de la separación	38
3.8 Divorcio	39
3.8.1 Definición	39
3.8.2 Clasificación	39
3.8.3 Efectos propios del divorcio	39
3.8.4 Efectos comunes de la separación y el divorcio	39
3.8.5 Diferencias entre separación y divorcio	40

CAPÍTULO IV

4. De la filiación	41
4.1 Definición de la filiación	41
4.1.1 Clases de filiación	42
4.1.2 Impugnación de la paternidad	43
4.1.3 Regulación legal	43

4.1.4 Filiación matrimonial	43
4.1.5 Filiación extramatrimonial	44
4.2 Legitimación de la filiación	44
4.3 Definición de parentesco	45
4.3.1 Clasificación del parentesco	47
4.3.2 Proximidad del parentesco	47

Pág.

CAPÍTULO V

5. Conveniencia de que los padres puedan reconocer a los hijos procreados con mujer casada con otra persona	49
5.1 Formas en que podría concretarse la inscripción de hijos procreados por un hombre con mujer casada	49
5.2 Declaración de filiación ante un juez de familia	49
5.2.1 Pruebas biológicas como requisito de los registros civiles para inscribir hijos de un hombre soltero con una mujer casada	50
5.2.2 Demostración de la paternidad mediante pruebas biológicas	50
5.2.3 Pruebas hematológicas	51
5.2.4 Prueba de ácido desoxirribonucleico (A.D.N).....	52

5.2.5 El principio de la verdad	
biológica (a manera de epílogo)	53
CONCLUSIONES	57
RECOMENDACIONES	59
BIBLIOGRAFÍA	61

INTRODUCCIÓN

Es muy frecuente en los días actuales, observar que ante el fracaso de un matrimonio, los cónyuges, dejando en estado de aletargamiento el vínculo legal que los une, inicien una nueva relación con otra persona; y en muchos de los casos, esa *nueva relación* trae como consecuencia la procreación de uno o más hijos, con las consecuentes dificultades para ese nuevo ser humano ya que no podrá ser reconocido por su padre biológico, sobre todo, en el caso que sea la cónyuge la que inicie una nueva relación, ya que el padre de su hijo no podrá atribuirse la paternidad de ese hijo amenos que el esposo legal de la madre impugne la paternidad o de lo contrario tendrán que poner en movimiento una serie de malabares legales para obtener una solución favorable.

Obviamente, lo mejor en estos casos sería iniciar los tramites del divorcio, previo a engendrar un hijo; pero nos encontramos entonces con la dificultad que esto implica, especialmente para las personas que desconocen aspectos legales y que además se sienten temerosas hacia las consecuencias jurídicas y morales que el divorcio representa. En muchos de los casos, uno de los cónyuges prefiere mantener el vínculo matrimonial aunque esto sólo sea en teoría, en especial el cónyuge varón, ya que la disolución del matrimonio trae como consecuencia establecer una pensión alimenticia a favor de los hijos y la esposa, cuyo cumplimiento es forzoso y que en caso de incumplimiento puede conducir incluso la posibilidad de estar en prisión; por incurrir en el delito de negación de asistencia económica. Además en algunos casos el cónyuge se obstina en no otorgarle el divorcio a la esposa por la sencilla razón de que no desea facilitarle a la misma la unión con otra persona, lo cual podría ser análisis incluso de aspectos psicológicos.

Por otro lado, la cónyuge prefiere mantener el vínculo, en la mayoría de los casos, porque tiene temor a ser víctima de actos de violencia por parte del esposo o bien porque supone muy engorroso el trámite del divorcio o no cuenta con las posibilidades económicas ni con la asesoría legal oportuna para iniciar el mismo.

Cualquiera que sea la razón, el nacimiento de un hijo en estas condiciones supone enfrentarse a una serie de problemas, que van desde la imposibilidad de reconocimiento del menor por parte del padre, hasta la imposibilidad de garantizar que dicho menor contará con lo necesario, en el aspecto económico, para sobrevivir y el apoyo moral de un padre. Esas razones constituyen la justificación de mi trabajo de tesis, en el cual el problema puede definirse de la manera siguiente: ¿Será necesario que la ley permita al padre biológico hacer el reconocimiento del hijo que ha procreado con una mujer que está casada con otra persona? Al inicio de la investigación he encontrado que los padres de hijos nacidos de una mujer casada se ven imposibilitados de reconocer a los mismos en virtud de que el código civil prohíbe ese reconocimiento.

Esa problemática me ha permitido plantear la hipótesis en el sentido de que la posibilidad de que los padres de hijos procreados con mujer casada con otra persona puedan reconocerlos sin necesidad de que haya impugnación de parte del esposo de la primera, redundaría en beneficio de los menores de edad nacidos en esas condiciones, hipótesis que luego de la investigación ha sido ampliamente confirmada; en cuanto a los objetivos, me propuse establecer la importancia que reviste el reconocimiento de los menores de edad, por parte de los padres que los han procreado y además demostrar que la prohibición de que el padre reconozca a los hijos procreados con mujer casada con otra persona es muy perjudicial para el bienestar de los menores de edad. Los objetivos han sido cumplidos en el desarrollo del presente trabajo de tesis. Los supuestos de la investigación también han sido verificados ya que la prohibición de que el padre pueda reconocer a los hijos procreados con una mujer casada, obliga a las mismas a hacer solas el reconocimiento con las respectivas consecuencias en perjuicio de los menores, además de la presunción de paternidad del marido de la mujer casada, respecto a los hijos que ha procreado con otra persona, provoca desprotección de los menores de edad.

Para darle mayor relevancia a la presente investigación han sido tomadas en cuenta las diversas teorías planteadas por distintos autores los cuales aparecen plenamente identificados en el desarrollo del trabajo. En cuanto al enfoque

metodológico, puedo apuntar que la utilización del método dialéctico apoyado en los métodos inductivo y deductivo han permitido realizar de forma muy adecuada tanto el análisis como la síntesis de los diversos elementos que han sido investigados. Esos métodos han sido realizados mediante la utilización de las técnicas bibliográficas y de fuente primaria las cuales facilitaron el cumplimiento de los objetivos planteados.

En relación con el procedimiento general de investigación he de indicar que, al inicio hice acopio de todo el material bibliográfico necesario, luego realicé el trabajo de campo respectivo, para posteriormente analizar y sintetizar el material acopiado; para después redactar el informe final, el cual se compone de la manera siguiente: En el primer capítulo se analiza lo relacionado a la institución de la familia tanto en la doctrina como en la ley guatemalteca; en el segundo se trata lo relativo a la familia; en el tercer capítulo estudio minuciosamente el matrimonio como institución social, para entrar de lleno en el cuarto capítulo al análisis de la filiación y el parentesco; concluyendo en el capítulo quinto con el análisis acerca de la conveniencia de que los padres puedan reconocer a los hijos procreados con mujer casada con otra persona.

CAPÍTULO I

3. De la familia

3.1 Origen de la familia

El origen de la familia ha supuesto siempre para los estudiosos de las ciencias sociales un tema de difícil tratamiento, debido a que en tiempos remotos reinaba un caos en relación con la promiscuidad y la absoluta libertad sexual. De esa cuenta: resulta razonable admitir que, en una primera época el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales de carácter exclusivo entre determinados sujetos sino que la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu.¹

Y como es lógico, eso permitía que desde el nacimiento de una persona se supiera, con obvia certeza, quien era su madre; pero no existía ninguna certidumbre de quien era su padre, lo cual ha dado un respaldo estupendo a la teorías que afirman el carácter matriarcal que tuvo la familia en su origen, pues desde entonces era la madre quien se encargaba del cuidado, alimentación y educación de los hijos.

Diversas razones llevaron a los hombres de los grupos humanos antiguos a buscar relaciones con mujeres de otros grupos, entre ellas, las guerras, la carencia de mujeres o lo que algunos científicos sociales han dado en llamar una inclinación natural de la conciencia de los hombres; como quiera que haya sido esto supuso un avance en la vida humana ya que se abandonan de esta manera las prácticas incestuosas y se da un paso enorme en la búsqueda de un grupo más estable. Es por ello que se ha considerado tanto al matriarcado como a la monogamia, la base del origen de la familia como se concibe en nuestros días. La monogamia que ayudó a imponer una especie de orden sexual en la sociedad, ayudó también a hacer más equilibrada la función de

¹ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. Pág. 2

cuidar y educar a los hijos, debido a que al estar totalmente individualizados e identificados, madre y padre de los descendientes, se pudo repartir entre ambos esa difícil tarea, partiendo de la aptitud física, la cual fue esencial para distribuir entre el hombre y la mujer, según sus posibilidades naturales, (trabajo basado en la fuerza física por un lado y quehaceres domésticos por otro) los deberes de cada uno, para facilitar con el esfuerzo común los satisfactores de las necesidades de ellos y sus hijos. familia proviene del vocablo fames, usado entre los Oscos, pueblo de Campaña, Italia y que a su vez se deriva del latín fame, que significa hambre. El concepto de familia puede ser entendido en dos sentidos; amplio y estricto o restringido; como dice Josserand: en sentido amplio puede entenderse por personas unidas con un lazo de parentesco, y en sentido estricto, padre, madre e hijos.²

1.2 Evolución histórica de la familia

La familia es una institución natural que ha existido desde el comienzo de la humanidad. Es la más antigua e importante. Ha evolucionado según épocas, lugares y condiciones del territorio, obedeciendo a los hábitos y costumbres de cada pueblo. Dicha evolución puede concretarse, en general, a tres etapas: La primera caracterizada por un grupo de familias unidas bajo la autoridad del jefe común, llamado clan; luego, junto con el Estado, nace la gran familia, cuyo tipo clásico es la familia romana primitiva sometida a la autoridad de paterfamilias, único dueño de los bienes y con poderes muy amplios; posteriormente llega la pequeña familia constituida por el núcleo paterno filial, la cual perdura hasta nuestros días.

En cada una de las etapas se presentan cambios en la familia desde diferentes puntos de vista: político, económico, social y jurídico. La familia antigua era una unidad de producción con una economía doméstica cerrada. La producción y el consumo se realizaban dentro de ella; el hecho de existir en la familia, el trabajo y los alimentos hacía propicia la vida en común de sus miembros. Estas unidades, tribus,

² Josserand, Luís. *Nivel de vida y asistencia social*. Pág. 45.

clanes o gens se convertían en unidades políticas con autoridad suprema del respectivo jefe.

En Roma, bajo el régimen de las Doce Tablas, se distinguían dos círculos domésticos, uno muy amplio, la gens, compuesto por todas las ramas que han ido surgiendo de un mismo tronco e independizándose pero teniendo una jerarquía; y uno más estricto, la familia propiamente dicha bajo la autoridad del paterfamilias que tiene todos los poderes en forma absoluta y estos era: mas sobre la mujer; patria potestad sobre los hijos; potestas simplemente sobre los esclavos y mancipium sobre los conciudadanos reducidos a condición servil.

Con Justiniano aumenta la importancia del parentesco de sangre, o sea del parentesco de cognación; los hijos van cobrando propia personalidad civil y la teoría de los peculios les permite ser titulares de un patrimonio, mientras la emancipación los convierte más fácilmente en sui iuris. Con la aparición del cristianismo, la familia surge con el matrimonio, el cual es uno e indisoluble y origina derechos y obligaciones entre los cónyuges. Existe la autoridad paterna limitada y guiada por Dios para bien de los hijos. El cristianismo ejerce su influencia en la época del medioevo. La familia aparece como un organismo de ética muy elevada y como uno de los núcleos sociales más fuertemente constituidos. La autoridad del marido sobre la mujer se presenta especialmente en los aspectos patrimoniales como una tutela sin anular la personalidad de la esposa. Con relación a la patria potestad, corresponde al padre, pero sin excluir totalmente a la madre, con poder más de protección que de poder arbitrario.

Con los filósofos defensores de la razón humana inspirada por la contemplación de la naturaleza, se funda el orden familiar en la imitación del orden natural; Rosseau conceptuaba que la familia sólo estaba compuesta por el padre, la madre y los hijos, conforme al estado de naturaleza. Además estaba libre de toda autoridad anterior y de cualquiera consideración social. Es con este movimiento filosófico que se producen cambios radicales en la legislación revolucionaria: El matrimonio se consagra constitucionalmente como un contrato civil y es la ley civil la que ha de determinar todo

lo concerniente al estado de las personas. Estos conceptos los que se acogieron definitivamente en el Código de Napoleón, el cual sirvió de inspiración posterior a la mayoría de las legislaciones europeas y en esta medida a las demás legislaciones latinoamericanas.

La familia moderna ha dejado de ser una comunidad cerrada. La unidad de producción ha desaparecido ante la organización de grupos económicos especializados.

Los miembros de la familia salen del hogar en busca de trabajo. La mujer ya no solo colabora en asuntos domésticos, aprovecha sus aptitudes para mejorar el ingreso familiar.

Los cambios que ha ido sufriendo el núcleo familiar han ocasionado diferentes apreciaciones; para algunos tratadistas dichos cambios, básicamente en el orden económico, son causa de una crisis en la familia.

1.3 Definición

El concepto familia, tiene muy diversas definiciones, ya que algunas responden a contenidos jurídicos y otras a aspectos históricos que no son coincidentes, ni en el tiempo ni en el espacio. Belluscio entiende que familia, en un sentido amplio de parentesco, "Es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad." Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del

señor de ella. Esta última definición es la que corresponde a la familia romana y que fue aceptada por las leyes de partidas, en que el grupo familiar estaba integrado incluso por los sirvientes.

A su vez, Díaz de Guijarro ha definido la familia como la "institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación."³

Manuel Osorio define el concepto de familia como: El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno-filial (la patria potestad de modo muy destacado), los alimentos y a las sucesiones.⁴

Puig Peña, citado por Brañas, define el concepto familia como: Institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y a sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad sublimada por el amor y el respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.⁵

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.⁶

Después de haber analizado las anteriores definiciones de derecho de familia, considero que el derecho de familia puede ser definido como: El conjunto de relaciones y vínculos que existe, entre dos o más personas unidas por lazos de parentesco ya sea éste consanguíneo o de afinidad.

³ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 73.

⁴ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Págs. 425, 426.

⁵ **Ob. Cit.** Pág. 74.

⁶ Bossert y Zannoni. **Ob. Cit.** Pág. 5.

De las definiciones anteriores se puede concluir, que si bien es cierto todas ellas son diferentes, las mismas concuerdan con un conjunto de normas jurídicas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares.

1.4 Importancia de la familia y su regulación jurídica

Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda sociedad política y jurídicamente organizada. No cabe duda que la familia juega un papel muy importante, no sólo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar. La declaración universal de derechos humanos, aprobada y proclamada por la asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone, en el Artículo 25, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, así como otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto. Si bien esa referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, sí pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social.

La importancia que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945 y en 1956, así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan. En la legislación penal se ha previsto el delito de negación de asistencia económica y el delito de incumplimiento de asistencia, en el orden familiar. (Arts. 242 a 245 del Código Penal).

1.5 Autonomía del derecho de familia

Cicu, con respecto a la autonomía del derecho de familia, expone que en sus estudios para determinar el lugar que corresponde al derecho de familia, hizo una exposición sistemática de la materia; aceptando que generalmente se le trata como una parte del derecho privado disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho. Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta, dice Cicu, de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado (posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público. Interés superior, y voluntades convergentes a su satisfacción; pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones, temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan.

No obstante, Cicu es reacio a admitir que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. Si el derecho público es el del Estado y el de los demás antes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público.⁷

⁷ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 75.

1.6 División del derecho de familia

El derecho de familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo. En sentido objetivo se entiende por derecho de familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familias como tal o a cada uno de sus miembros.

CAPÍTULO II

2 De las personas

2.1 Etimología de la palabra persona

Persona es un sustantivo derivado del verbo latino persono (de per y sono, as, are), o sono, as are (sonar) y el prefijo per (reforzando el significado, sonar mucho, resonar). La palabra persona, según este origen etimológico, designaba la máscara que los actores utilizaban para caracterizarse y dar más volumen a la voz en los lugares faltos de adecuada acústica en que representaban. Más tarde, persona se transformó en sinónimo de actor, y su uso se generalizó para designar al ser humano en general, al sujeto de derecho.⁸

2.2 Concepto de persona

“Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones”. Esta definición coincide con lo que expresa el Código Civil argentino, al decir que son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. Capitant hace una definición análoga cuando dice que persona es el ente al que se reconoce capacidad para ser sujeto de derecho.

Bien se advierte que el concepto de todas esas definiciones resulta sumamente amplio, porque no se circunscribe a las personas como individuos de la especie humana, sino que incluye también las entidades que, sin tener esa condición, pueden estar afectadas de obligaciones y derechos. Las primeras son las llamadas personas físicas, naturales o de existencia visible, en tanto que las segundas, llamadas jurídicas y también morales e ideales, son las que se encuentran formadas por determinación de la ley.

⁸ Ibid. Pág. 24.

Queda una tercera categoría, que es la que se refiere a las denominadas personas por nacer; o sea, a aquellas que están concebidas en el seno materno, pero que todavía no han sido alumbradas. El tema de si la existencia de las personas se inicia en el momento de la fecundación o en el del nacimiento es muy discutido en la doctrina, pues mientras algunos autores estiman que la persona (siempre que tenga condiciones de viabilidad) surge en el parto o, mejor dicho, en el instante en que el feto es separado del claustro materno, otros sostienen que la existencia de la persona se inicia desde que se produce la concepción, criterio que se basa en el hecho de que, desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto. Orgaz, partidario de la primera tesis, afirma que el error de quienes mantienen la segunda arranca del equívoco de asimilar vida humana a persona humana, la que sólo existe desde el nacimiento.”⁹

Desde mi humilde punto de vista, persona es: Todo ente capaz de ser sujeto de derechos y contraer obligaciones.

2.3 La persona en el derecho Civil

Es necesario precisar que el estudio de la persona en el derecho Civil se contrae fundamentalmente al concepto de la misma, al hecho de su nacimiento y de su muerte, a la aptitud para ser titular de derechos y para contraer obligaciones y a ciertos aspectos de su actividad individualmente considerada.

2.4 Clasificación de las personas

a) Individual, natural o física; que es aquella que por si sola puede contraer derechos y obligaciones. El ser humano como parte de la naturaleza;

⁹ Ob. Cit. Pág. 747.

b) Jurídicas, sociales, morales, colectivas o abstractas, que son aquellas que resulta de la unión de dos o más personas con el fin de adquirir derechos y contraer obligaciones. Toda unidad orgánica que resulta de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales.

2.5 Personalidad y capacidad

a) Personalidad

Es la investidura jurídica que otorga la ley a toda persona, individual o colectiva, que le faculta para ser sujeto de derechos y obligaciones. También se le considera un atributo esencial del ser humano.

b) Teorías que determinan cuándo principia la personalidad

b.1. Tesis de la concepción

Partiendo de los datos de la fisiología y embriogenia afirma que el hombre existe desde la concepción y, por consiguiente, siendo la capacidad facultad inherente al hombre, debe serle reconocido desde el momento de la concepción.

b.2. Criterio del nacimiento

Partiendo de la imposibilidad de determinar el momento de la concepción y el hecho de que durante la concepción el feto no tiene vida independiente de la madre, esta doctrina espera el nacimiento para conceder personalidad.

b.3.- De la viabilidad

Además del hecho del nacimiento deben existir condiciones fisiológicas para seguir viviendo;

b.4.- Teoría ecléctica

Esta teoría abarca a las tres anteriores, porque deja el inicio de la personalidad con el nacimiento, le reconoce derechos desde la concepción, pero con la exigencia de que nazca vivo.

El Código Civil guatemalteco acepta la teoría ecléctica al preceptuar que la personalidad comienza con el nacimiento sin embargo al que está por nacer se le considera nacido, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

2.6 Conacencia

Tratándose del nacimiento de dos o más personas de un mismo parto, en el pasado, tubo efectos para establecer distintos derechos. Así, en el mayorazgo, era importante la prioridad del nacimiento, pues se le reconocían derechos superiores y privilegios al hijo mayor o primogénito. Sin embargo, y de acuerdo a nuestra legislación vigente, ya no tiene mayor connotación el hecho de quién haya nacido primero, puesto que “si dos o más personas nacen de un mismo parto, se considerarán iguales en los derechos civiles que dependen de la edad.” (Artículo 2. Código Civil).

2.7 Conmorencia

En el Derecho Romano se regulaban algunos criterios de sexo, edad y desarrollo físico, para establecer quién había fallecido primero en casos de muertes múltiples. Ahora bien, para los casos en que dos o más personas, por hecho accidental o premeditadamente provocados fallezcan a causa de los mismos, nuestra legislación prevé

que si dos o más personas hubiesen fallecido de modo que no se pueda probar cuál de ellas murió primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derechos entre ellas. (Artículo 3. Código Civil).

2.8 Capacidad e incapacidad Civil de las personas individuales

2.8.1 Capacidad

a) Definición de capacidad

Es un atributo de la personalidad que faculta a la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones.

b) clasificación de la capacidad

b.1.- Capacidad de goce

La capacidad de goce o de derecho, es el atributo derivado de la personalidad, en virtud del cual se es titular, como sujeto activo o pasivo, de derechos u obligaciones.

b.2.- Capacidad de ejercicio

Se le denomina, también, capacidad de obrar o de hecho y consiste en la aptitud que faculta a la persona para el ejercicio de sus derechos y obligaciones por si mismo, sin necesidad de representación. En nuestro sistema legal, para diferenciar la capacidad de goce y de ejercicio, debemos tomar en cuenta que la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad siempre que no adolezca de enfermedad mental que prive al sujeto de discernimiento. Entonces, con la capacidad de ejercicio tienen que ver el sexo, la edad, la nacionalidad, el domicilio, el parentesco y enfermedades físicas y mentales.

c) Causas modificativas de la capacidad

Derribado de lo anterior podemos afirmar, entre otras, como causa modificativas de la capacidad los cambios de edad, estado Civil, parentesco, domicilio, nacionalidad, el padecimiento de determinadas enfermedades físicas o mentales, las sentencias penales condenatorias, etc.

2.8.2 Incapacidad

a) Definición

Deficiencia superlativa que por afectar el intelecto de una persona, de forma plena, impide que la misma pueda, por si misma, ejercer sus derechos y obligaciones;

b) Clasificación

Podemos clasificar la incapacidad en relativa y absoluta.

b.1. Incapacidad relativa

Que es la que se limita a determinados actos, por dejar en libertad para realizar los restantes negocios jurídicos y puede subsanarse con la asistencia, autorización o concurso de un representante legal;

b.2. Incapacidad absoluta

Es la ineptitud total para los actos jurídicos.

c) Declaración Judicial del estado de interdicción

Es la declaración de incapacidad de una persona mayor de edad, que le limita el ejercicio para la realización de la vida Civil y privada, que puede ocasionar los efectos siguientes: que se le nombre un tutor o representante al interdicto; suspensión absoluta para el ejercicio de sus derechos civiles; suspensión de sus atribuciones según el estado Civil.

2.8.3 Regulación legal

Esta la encontramos en los Artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Código Civil ; 406, 407, 408, 409, 410 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2.3 Estado civil

a) Definición del estado civil

Es la situación en que se encuentra el ser humano, dentro de la sociedad, en relación con los diferentes derechos o facultades y obligaciones o deberes que le atañen.

Es la situación legal en que se encuentra una persona frente a los demás, con relación a el ejercicio de sus derechos y obligaciones o deberes que le corresponden.

b) Características del estado civil

b.1. Oponible «erga omnes», que puede oponerse a todas las personas;

b.2. Indivisible, que no se puede dividir;

b.3. Inalienable, que no se puede vender o comprar; imprescriptible, que no se pierde a través del tiempo;

b.4. Irrenunciable, que no se puede renunciar.

c) Medios de comprobación del estado civil

Con las certificaciones de las actas del Registro Civil se prueba el estado civil de las personas. (Art. 371 Código Civil).

d) Posesión notoria de estado

La posesión de estado es el conjunto de circunstancias de hecho que cuentan con un valor de derecho en relación con el estado civil de las personas. Situación característica por antonomasia, esta expresión se refiere a la *posesión de estado filial*, al hecho de haber sido tratado de modo constante como hijo legítimo por la familia a la cual cree el hijo estar unido legalmente. Pero existe también una *posesión de estado conyugal* derivada del hecho de vivir juntos como esposos, y no como simples concubenarios, un hombre y una mujer no casados con otra persona y considerados generalmente como consortes. En nuestra legislación civil la posesión notoria de estado, relativa a la filiación extramatrimonial la encontramos en el Artículo 223 del Código Civil.

e) Acciones del estado civil

Se conocen como acciones del estado civil todo aquel conjunto de actividades que permiten establecer las relaciones de parentesco y su objeto es el de establecer o modificar el estado civil de una persona. Entre de ellas tenemos las siguientes:

e.1. La acción o reclamación del Estado para que se establezca, modifique o extinga;

e.2. Acciones contra las actas del Registro Civil para pedir su rectificación, nulidad o cancelación;

e.3. Acciones o asesorías del Estado para mantener en la posesión o reintegrarla al que la haya perdido.

2.4 Identificación de las personas

a) El nombre

Palabra que se apropia o se da a los objetos y a sus calidades para hacerlos conocer o distinguir de otros. Jurídicamente tiene importancia en cuanto se aplica a las personas ya que el nombre constituye el principal elemento de identificación de las mismas. Con respecto a éstas, se encuentra formado por el *prenombre* que distingue al individuo dentro de la familia; y el *patronímico* o apellido familiar.

A nuestro criterio definimos el nombre como: Nombre es la identificación de la persona, se obtiene mediante el nombre, que es el medio de individualizarla en las relaciones familiares y sociales, así como en las jurídicas. Nombre es la denominación o medio que identifica a una persona individual, se componen de nombre propio y apellido de sus padres casados, o no casadas, o del que lo inscriba o institución

b) Origen y definición

Expresión de una necesidad sentida, el nombre ha sido objeto de larga y cambiante evolución hasta alcanzar las formas ahora conocidas. En épocas remotas, constaba de una sola palabra (Abraham), y no era transmisible ni significaba nexo familiar alguno. Los romanos idearon y regularon un sistema completo del nombre, que consistía en integrarlo de la siguiente manera: prenombre (nombre propio o de pila), nombre (especie de apellido común) y conombre (segundo nombre), utilizado por la escasez de prenombrados masculinos. En la época moderna, el nombre propio y los apellidos constituyen la esencia de cada sistema. Los nombres propios surgieron como denominaciones aisladas. Los apellidos, en cambio, surgieron como derivaciones de nombre propios, por referencia a ciudades o regiones, a colores, a minerales, a plantas, a características personales o por

otra clase de referencias, sin que sean escasos los apellidos de cuya derivación se desconoce el origen. El nombre ha tenido y tiene tanta importancia que ha sido y es objeto de especial regulación legal, caracterizándose por su obligatoriedad. Las disposiciones legales sobre el nombre dejan prevista la forma subsanar errores de inscripción, variaciones o cambios en los mismos, así como una cuidadosa protección en los casos de uso indebido o usurpación.

La importancia jurídica de éste está en establecer quien es el titular de los derechos o responsable de obligaciones, consta de dos partes:

A-) El nombre propio, prenombre o de bautizo. (elegido libremente)

B-) El patronímico o apellido. (este se adquiere, por el matrimonio o por adopción o filiación)

El Artículo 4 del Código Civil: La persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el registro civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres. Los hijos de padres desconocidos se inscribirán con el nombre que les dé la persona o institución que los inscriba.

b.1 Adquisición del apellido

Se puede adquirir por:

A-) Filiación: (ver Artículo 4) por costumbre se coloca primero el apellido del padre y posteriormente el de la madre.

B-) Adopción: Artículo 232 del Código Civil,: al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste usa el apellido de aquél.

C-) Matrimonio: Para la mujer únicamente (Artículo 108 Código Civil), aunque no es obligatorio por la ley el uso del apellido del esposo

b. 2 Pérdida del apellido:

El apellido se pierde por:

A-) Por extinción del derecho de filiación: tiene lugar única cuando el padre impugna la paternidad y obtiene resolución a su favor.

B-) Revocación o cesación de la adopción: La cesación (Artículo 246 Código Civil) se dá de mutuo consentimiento del adoptante y el adoptado al haber llegado a la mayoría de edad; también se puede dar la cesación por revocación (Artículo 247. Código Civil) al atentar el adoptado contra la vida y honor del adoptante, cónyuge, etc., por causar al adoptante una pérdida de sus bienes, por acusar al adoptante de algún delito, y por abandono del adoptante.

C-) Por nulidad o disolución del matrimonio: (Artículo 108 Código Civil) se dá únicamente en el caso de la mujer al perder ésta el apellido del esposo.

Doctrinas sobre la naturaleza jurídica del nombre:

A-) Doctrina francesa: Estima el nombre como una institución de carácter público.

B-) La que considera al nombre dentro del derecho subjetivo privado, como un derecho de propiedad.

C-) La que estima al nombre como un derecho de familia

D-) La que considera al nombre como un derecho de personalidad. (Esta última se adapta al espíritu de nuestra legislación) .

c) El sobrenombre y seudónimo

El sobrenombre, alias o apodo, se caracteriza, a diferencia del seudónimo, en que por regla general es impuesto a determinada personas por otra u otras en expresión que se generaliza, casi siempre con el objeto de poner de manifiesto una característica personal o cierta actividad a la cual se dedica quien recibe el sobrenombre. En términos generales, el sobrenombre o alias no tiene trascendencia jurídica salvo que con él tratase de lograr una identificación más precisa de la persona, o sea expresando el nombre y a la vez el sobrenombre.

El seudónimo (etimológicamente falso nombre) es la autodenominación distinta del nombre verdadero, del nombre legal; es «un nombre especial creado y popularizado por impulso propio» dice Puig Peña. No siempre consiste el seudónimo en uno o varios nombres y apellidos; puede consistir en simples iniciales o en designación especial que viene a ser en realidad un sobrenombre autoimpuesto. Generalmente, el seudónimo es utilizado por los hombres de letras o los artistas, y en menor grado por deportistas y políticos.

d) Escuelas que tratan lo relativo a la naturaleza jurídica del nombre

d.1) Institución de policía civil

Es la que pone énfasis en la obligatoriedad del nombre. Esta designación oficial es una medida que se toma tanto en interés de la persona como en interés de la sociedad a que pertenece. La ley lo establece que en interés de la persona en interés general y es para ella una institución de policía la forma obligatoria de la designación de las personas.

d.2) Derecho de propiedad

Esta escuela sostiene que en virtud de que el nombre pertenece a la persona a quien se le ha designado o por la ley le corresponde; no obstante que otra u otras tengan el mismo nombre, que también les pertenece, es lógico que sea considerado como un derecho de propiedad exclusivo e inviolable.

d.3) Atributo de la personalidad

Así es considerado por quienes opinan que la persona no es un concepto creado por el Derecho, sino preexistente a este, que no hace más que admitirlo, y reconocer sus calidades características.

d.4) Derecho de familia

Esta opinión adhiere el nombre a la familia que lo usa, no importando, o, dicho de otra forma, sin tener relevancia la repetición del mismo en otra u otras familias, porque la filiación es determinante para su uso exclusivo, por lo cual viene a ser «el signo interior distintivo del elemento del estado de las personas que resulta de la filiación».

e) Características

Hay caracteres absolutos y relativos.

Los caracteres absolutos son:

A-) Oponibilidad erga omnes:

El nombre puede hacerse valer en cualquier caso, en cualquier tiempo y ante cualquier persona.

B-) Inalienabilidad:

El nombre no puede ser enajenado en modo alguno, bajo ningún título, no es un derecho de propiedad.

C-) Imprescriptibilidad:

El nombre o el derecho al mismo no se puede extinguir. Ej: POR DEUDAS, AUSENCIA, ETC.

Los caracteres relativos son:

A-) Inmutabilidad:

El derecho al nombre no puede ser susceptible a ningún cambio, aunque en sentido mutable el nombre si puede ser sujeto a cambios según la ley.

B-) Irrenunciabilidad:

El derecho al nombre no se puede renunciar, ya que una persona necesita de un nombre.

Formas o vías de cambio de nombre:

A-) Consecuencial:

Tiene lugar en los casos de adopción y reconocimiento de filiación; y respecto de la mujer, en casos de matrimonio, nulidad o disolución del mismo. La viuda tiene derecho de continuar usando el apellido de casada.

B-) Judicial:

Es la que se otorga por autorización o decreto judicial, con apoyo en el Artículo 6o. del Código Civil y conforme el procedimiento establecido en los Artículos. 438 (solicitar al juez de primera instancia, por escrito, el cambio de nombre, publicación de edictos durante 30 días) y 439 (a partir de transcurridos 10 días de la última publicación de los edictos, el juez accede al cambio de nombre) del Código procesal Civil.

f) Cambio de nombre e identificación de persona

Las personas, dice el Artículo 6 del Código Civil, no puede cambiar sus nombres sin autorización judicial. La persona a quien perjudique el cambio de nombre puede oponerse a la pretensión del solicitante.

En la práctica, es corriente que una persona use un nombre propio distinto del que consta en su partida de nacimiento, o use incompleto su nombre, u omita alguno de los apellidos que le corresponden, tal y como está previsto en el Artículo 5 del Código, el cual dispone que en esos casos puede establecer su identificación por medio de declaración jurada hecha en escritura pública por la misma persona si fuere mayor de edad o por sus padres que ejercieren la patria potestad, o por cualquiera que tenga interés en la identificación.

Tanto si se trata de un caso de identificación, como de un cambio de nombre, la alteración, dispone el Artículo 7 del mismo Código se anotará al margen de la partida de nacimiento, sin que la identificación o el cambio de nombre modifique la condición civil del que la obtiene o constituya prueba alguna de filiación.

g) Regulación legal

Artículos 4, 5, 6 y 7 del Código Civil; 438, 439, 440, 441 y 442 del Código Procesal Civil y Mercantil; 18, 19 y 20 del Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

CAPÍTULO III

3. Del matrimonio

3.3 Etimología de la palabra matrimonio

“Es un criterio casi general hacer deducir la palabra matrimonio de las voces latinas *matris* y *munium* (madre y carga o gravamen), dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos.”¹⁰

“Del latín *mater* (madre), formado a partir de *patrimonium* (patrimonio), cuyo sufijo *munium* es de origen oscuro. Oficio de la madre aunque con mas propiedad debería decir carga de la madre.”¹¹

3.4 Definición

3.2.1 Definición doctrinaria

“La unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia.”¹²

Manuel Ossorio en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, define el matrimonio como: “La unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales”. Esto en cuanto al matrimonio civil. En lo que se refiere al matrimonio canónico, el mismo diccionario expresa que se trata de un sacramento propio de los legos por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia.¹³

¹⁰ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 78

¹¹ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 606.

¹² Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 79

¹³ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 608.

3.2.2 Definición legal

El Artículo 78 del Código Civil, establece: “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 si”. Como puede verse diversas definiciones existen acerca de la institución del matrimonio, por lo que no pretendo establecer una definición puntual al respecto, mas bien analizo las diversas formas en que los autores definen esa unión. Por ello, me parece de mucha trascendencia lo que señala el autor Castán Tobeñas, citado por Alfonso Brañas, al afirmar que los escritores adoptan diversas formulas para definir el matrimonio, ya sea de acuerdo a un sentido jurídico formal, un sentido sociológico o bien un sentido finalista.¹⁴ Indica el autor que en cuanto al sentido jurídico formal, se fija exclusivamente en la nota de legalidad e indica que el matrimonio es el estado de dos personas, de sexo diferente claro, cuya unión ha sido consagrada por la ley; respecto al sentido sociológico, éste gira alrededor de la nota de permanencia que debe traer aparejada la institución, pues el matrimonio es una relación mas o menos duradera, entre personas de sexo distinto, la cual se prolonga mas allá del acto de la reproducción; y en cuanto al sentido finalista o formalista, el matrimonio debe considerarse como la unión de un hombre y una mujer con el propósito de una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física.

Es común también la tendencia a considerar el matrimonio con una dualidad que responde en primer plano al vínculo conyugal establecido y en segundo término, al acto por el cual se formaliza ese vinculo, acto que debe ser solemne, mediante el cual el hombre y la mujer constituyen una unión legal para la plena comunidad de existencia.

3.3 Naturaleza jurídica del matrimonio

Se han establecido algunos criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio básicamente son tres y los analizo a continuación.

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 80.

3.3.1 El matrimonio es un contrato

La teoría que considera el matrimonio como un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas, es de origen canónico ya que se sabe que en la última fase de existencia del imperio romano la iglesia le dio carácter de obligatorio a la manifestación del matrimonio obligando también a los contrayentes a la pública celebración del acto y en presencia de testigos. Por su parte, en cuanto al matrimonio como contrato, los simpatizantes de los movimientos liberales en el aspecto propiamente jurídico han propugnado siempre por la competencia del estado en materia de matrimonio, además de defender la teoría del matrimonio civil, en el que encuentra la institución su máxima proximidad a los caracteres de un contrato.

Claro está, que la doctrina que considera el matrimonio como un contrato tiene detractores; quienes sustentan que no es posible hacer esa consideración puesto que a diferencia de los contratos el matrimonio genera obligaciones esencialmente morales y no patrimoniales y que la entrega de forma recíproca de dos personas no puede ser objeto de contratación.

3.3.2 El matrimonio es un acto jurídico mixto

Esta teoría sostiene que el simple acuerdo del hombre y la mujer es insuficiente en la realización del matrimonio, puesto que es necesario que concorra el Estado mediante el funcionario que debe autorizar el acto. Se toma en consideración el hecho de que existen actos jurídicos públicos y actos privados, en los primeros actúa el Estado; los segundos son realizados por los particulares, por lo cual al intervenir tanto el estado como los particulares, se hace del matrimonio un acto jurídico mixto.

3.3.3 El matrimonio es una institución

Se dice que el matrimonio es una institución, porque el mismo es un estado jurídico que representa una situación especial de vida, que es presidido por un conjunto de normas jurídicas que han sido anteriormente concebidas y establecidas por el Estado, al cual deben sujetarse los cónyuges; la voluntad de los cónyuges una vez manifestada en el matrimonio, queda relegada a un segundo plano pues los efectos establecidos por el Estado para esa institución se producen, podría decirse, de forma automática. El matrimonio es entonces algo creado por el Estado, que resulta inmodificable por los contrayentes y en el cual la voluntad de los contrayentes queda limitada a prestar o no su adhesión a las normas anteriormente establecidas. Esta naturaleza del matrimonio en el caso de Guatemala, es respaldada por el Código Civil que en el Artículo 78 ya transcrito, lo denomina Institución Social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente.

3.3.4 Clases de matrimonio

Básicamente se puede hablar de dos clases de matrimonio, el matrimonio civil y el matrimonio religioso. De esas dos clases de matrimonio surgen los sistemas matrimoniales, sistemas que responden a la posibilidad de admitir por el Estado, el matrimonio efectuado de una u otra manera de conformidad con las variantes detalladas a continuación.

a) Sistema religioso

En esta variante, el matrimonio solo es admitido si ha sido celebrado ante una autoridad eclesiástica, sólo al cual reconoce efectos.

b) Sistema civil

Establece la obligatoriedad del matrimonio civil, el cual debe celebrarse antes del religioso sin que éste, el religioso, tenga carácter de obligatorio; en algunos países puede también celebrarse después del religioso, pero claro está se da preponderancia al matrimonio celebrado en el orden civil.

c) Sistema mixto

En éste sistema se da pleno reconocimiento tanto al matrimonio civil como al religioso, de tal manera que uno u otro pueden surtir efectos plenamente. Dentro de esta variante se establecen dos formas distintas: un matrimonio civil facultativo, que otorga a los contrayentes la posibilidad de elegir el matrimonio ante un ministro de culto o ante un funcionario que ha sido habilitado para el efecto por el Estado. Y un matrimonio civil por necesidad, que se establece cuando se admite el matrimonio civil para los contrayentes que no profesan la religión oficial, en los países en los cuales existe una religión que ha sido establecida con ese carácter.

3.5 Requisitos para la validez del matrimonio

Diversas doctrinas se han sustentado al respecto, las cuales organizan los requisitos de acuerdo con las particulares percepciones de los autores sobre el tema. Sin embargo haremos una clasificación sencilla, atendiendo a lo que se puede extraer de lo preceptuado por el Código Civil de nuestro país.

3.5.1 Requisitos personales

Hacen referencia a las personas que intervienen en el acto matrimonial. En primer plano tenemos a los contrayentes lógicamente hombre y mujer, quienes deben ser mayores de edad, sin embargo en algunos casos puede autorizarse el matrimonio del varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años. Además los

contrayentes no deben tener impedimentos Dirimentes, es decir causas que hagan insubsistente el vínculo matrimonial establecido, ello de conformidad con el Artículo 88 del Código Civil de nuestro país. En cuanto al funcionario que puede autorizar el matrimonio de conformidad con la ley, están facultados, los Notarios, los alcaldes, o concejales en su caso, y los Ministros de Culto debidamente autorizado. También pueden comparecer testigos, aunque casi podríamos decir que estos cumplen simplemente una función ornamental.

3.4.2 Requisitos formales

En este apartado haremos referencia fundamentalmente a los elementos materiales necesarios para llevar a cabo el matrimonio y en ese sentido, los contrayentes deberán demostrar plenamente su identidad por los medios legalmente establecidos; además de conformidad con el Artículo 97 del Código Civil, la presentación de una constancia de sanidad es obligatoria para el contrayente varón y para la mujer solamente cuando lo requiera el contrayente, a menos que hayan existido ya relaciones de hecho que hagan inútil el cumplimiento de ese requisito. Por otra parte, el funcionario o ministro que celebre el matrimonio debe de extender una constancia del acto a los contrayentes y enviar los avisos correspondientes a los registros civiles respectivos dentro de los quince días hábiles siguientes a la celebración del acto solemne.

3.4.3 Requisitos solemnes del matrimonio

Conforme a la ley, el funcionario que autoriza el matrimonio debe señalar día y hora para la celebración del mismo, luego de haber cumplido con los requisitos formales correspondientes y de cerciorarse de la capacidad y aptitud de los contrayentes; en la ceremonia de celebración dará lectura a los Artículos 78 y del 108 al 112 del Código Civil; además recibirá de cada uno de los contrayentes su consentimiento expreso de tomarse respectivamente como marido y mujer y al haber ocurrido ello, los declarará unidos legalmente en matrimonio Civil.

3.5 Efectos del matrimonio

3.5.1 Efectos personales

La sólo unión legal de los cónyuges a través del matrimonio, produce efectos de orden personal entre los mismos, pero además, la institución puede producir una serie de efectos personales, tanto de los cónyuges para con sus hijos, como de éstos para con los primeros y de los primeros en relación con terceros. A estos efectos se les denominan derechos y obligaciones.

3.5.2 Derechos y obligaciones de los cónyuges

Aunque parezca una obviedad hemos de apuntar que los derechos y obligaciones recíprocos entre el marido y la mujer, se invierten según se trate de uno u otro, es decir, los derechos de la mujer son obligaciones del marido y viceversa las obligaciones de la mujer adquieren el carácter de derechos del marido, ello debido a la igualdad en que debe basarse la institución.

Los derechos y obligaciones recíprocos de los cónyuges, de conformidad con lo analizado de lo que al respecto establece el Código Civil, podemos individualizarlos de la forma siguiente:

- a) Vivir juntos (es notoriamente un derecho).
- b) Procrear, alimentar y educar a sus hijos (procrear es en todo caso un derecho, mientras alimentar y educar a los hijos es una obligación generada por el ejercicio del derecho de procreación).
- c) Auxilio recíproco entre cónyuges (es un derecho y una obligación de uno respecto del otro cónyuge viceversa).

Existen algunos derechos y obligaciones que se establecen solo respecto de uno de los cónyuges respecto del otro, por ejemplo:

a) La obligación del marido de proteger y brindar asistencia a su esposa y de suministrarle lo necesario según sus posibilidades económicas, para el sostenimiento del hogar.

b) El derecho de la mujer para agregar a su propio apellido, el apellido de su marido y de conservarlo siempre a menos que el matrimonio sea disuelto por nulidad o por divorcio.

c) El derecho y la obligación de la mujer de atender y cuidar a sus hijos durante la minoría de edad, y encargarse de los quehaceres domésticos.

d) obligación de la mujer de contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión oficio o comercio, y de cubrir todos los gastos con los ingresos que reciba, si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere además de bienes propios (el desempeñar un empleo, ejercer una profesión, oficio, industria o comercio puede ser en algunos casos no una obligación sino un derecho al que puede acceder la mujer).

3.5.3 Efectos patrimoniales

El patrimonio de los cónyuges, cualquiera que sea el régimen que adopten, genera una serie de efectos ya sea tanto en relación con los propios contrayentes como con los hijos y con terceras personas de esa cuenta la ley ha previsto una serie de disposiciones para regular lo relativo al patrimonio; los regímenes que pueden adoptar los esposos serán objeto de análisis en los siguientes párrafos.

3.5.4 Regímenes económicos del matrimonio

En los distintos Códigos Civiles emitidos en la historia de la legislación guatemalteca, diversos criterios se han observado, respecto de los regímenes matrimoniales, sin embargo analizaremos sólo los que dispone actualmente el Código en vigencia, el cual reconoce las mismas clases de sistemas económicos del matrimonio que el de 1933, y los denomina regímenes de comunidad absoluta de bienes, separación absoluta de bienes y comunidad de gananciales, éste último cumple con la función de régimen subsidiario a falta de manifestación expresa y consensuada de los cónyuges a ese respecto.

3.6.5 Régimen de comunidad absoluta

De conformidad con éste régimen, todos los bienes que son aportados por los cónyuges al matrimonio y los que adquieran durante la permanencia del mismo, pasan a formar parte de un solo patrimonio que pertenecerá a ambos contrayentes. Los patrimonios de cada uno de los cónyuges forman una masa común, se establece una especie de transmisión automática a manera de sucesión universal de los bienes del marido hacia la mujer y viceversa.

3.6.6 Régimen de separación absoluta

Este régimen fundamentalmente consiste en que cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que le pertenecen y será dueño, como lo era antes del matrimonio, de los frutos y productos de los mismos.

Esta clase de sistema económico del matrimonio ha sido objeto de alabanzas y de ataques cruentos ya que por una parte, se considera que con la separación absoluta, evita que el matrimonio sea buscado como una fuente de enriquecimiento personal de uno de los cónyuges respecto del otro a la vez que reconoce la capacidad jurídica de la mujer al mantener la propiedad y administración de sus propios bienes,

pero por otra parte, se considera que la unidad que debe ser una característica básica del matrimonio se ve desvirtuada con este régimen, ya que la separación de patrimonios puede ocasionar daños a la convivencia puesto que la desigualdad en el caudal de los cónyuges origina diferencias que pueden ocasionar incluso la finalización del vínculo matrimonial.

3.6.7 Comunidad de gananciales

Cada uno de los cónyuges de acuerdo con esta modalidad de régimen, conserva la propiedad de los bienes que tenía antes del matrimonio y de los que adquiriera durante el mismo a título gratuito o con el valor de unos y otros, pero harán suyos por la mitad al disolverse el vínculo conyugal los bienes siguientes:

- a) Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes.
- b) Los que compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges.
- c) Los que adquiriera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.

"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... con posterioridad a las nupcias."¹⁵

En esta modalidad de régimen, existe a la par de los patrimonios propios y exclusivos de los cónyuges, un patrimonio conyugal común, que está formado por, los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos

¹⁵ Ob. Cit. Pág. 115.

respectivos, los que 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, como fue indicado anteriormente.

3.5.8 Capitulaciones matrimoniales

Conforme al Código Civil vigente, las capitulaciones matrimoniales son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio. Manifiesta el jurista guatemalteco, Alfonso Brañas, que las capitulaciones matrimoniales no son expresamente ni convenio ni contrato, aunque debe tenerse presente que la palabra pacto utilizada en el Artículo 117 del Código Civil, es empleada como sinónimo de contrato.

El Código en referencia establece la obligatoriedad de las capitulaciones matrimoniales en los casos siguientes: a) cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a dos mil quetzales; b) en el caso de que alguno de ellos ejerciere profesión, arte u oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de doscientos quetzales al mes; c) si alguno tuviere en administración bienes de menores o incapacitados que estén bajo su patria potestad, tutela o guarda; y c) en el caso en que la mujer fuere guatemalteca y el marido extranjero o guatemalteco naturalizado. Ello de conformidad con el Artículo 118.

3.7 Modificación y disolución del matrimonio

Uno de los aspectos que justifican la realización de este trabajo, es el hecho de que en la sociedad guatemalteca actual, lamentablemente la institución social del matrimonio, subsiste cada vez por menos tiempo; diversas causas provocan que luego de transcurrido algún lapso los cónyuges vean extinguidas las razones que los motivaron a unir sus vidas, por ello, este apartado reviste mucha importancia ya que constituye una de las bases en que se fundamenta mi trabajo de tesis. La legislación guatemalteca otorga la categoría de institución social al matrimonio pues la unión de un

hombre y una mujer por medio del mismo, persigue un animo de permanencia, con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre si. Sin embargo, aunque los legisladores han establecido las normas civiles relativas al matrimonio con el objeto de que éste sea permanente y estable, esa permanencia y estabilidad no depende de la voluntad del legislador, ya que debido a circunstancias variadas de orden personal de los cónyuges en relación con ambos, con la familia de uno y otro o en relación con la misma sociedad, provocan "que la armonía conyugal desaparezca y de paso a un franco o velado antagonismo entre los cónyuges, que al acentuarse, crea una situación insoportable para uno o para ambos; o bien, que circunstancias determinadas impidan la consecución de importantes fines del matrimonio."¹⁶

El problema de la disolución del matrimonio ha sido estudiado desde tiempos remotos, así, desde las primeras etapas de la sociedad formalmente organizada, el matrimonio podía disolverse incluso mediante el repudio de uno de los cónyuges; luego, en el devenir histórico de la sociedad y debido a las ideas de carácter cristiano que han dado siempre mucha importancia a los principios de orden moral, se rechaza de plano el divorcio y se admitía únicamente la separación de cuerpos que no implicaba precisamente la disolución del vinculo matrimonial.

La Revolución Francesa y su influencia en todos los ámbitos de la vida las sociedades modernas, provocaron una abierta pugna entre autoridades estatales y eclesiásticas, y a causa de ello el problema de la conveniencia o no, de la disolución del matrimonio se ha ido resolviendo en cada país de acuerdo con las ideas religiosas dominantes y las condiciones sociales reinantes.

La disolución del matrimonio en todo caso, es aun en nuestros días motivo de polémica, debido a que si se considera al matrimonio como la base sobre la que se edifica la sociedad misma, lógico es pensar que en la medida que los matrimonios fracasen, en esa medida se daña la familia y la propia sociedad. Sin embargo es en la

¹⁶ Ob. Cit. Pág. 118.

familia donde las secuelas de la separación o el divorcio son más notorias, sobre todo si existe descendencia, pues los hijos aunque no comprenden la magnitud del problema sí sufren en carne propia la desaparición del vínculo familiar al cual se han acostumbrado y que les ha proveído principios y valores humanos.

Cuando la vida conyugal en común, es imposible para los cónyuges, estos han de optar por la solución que más adecuada les parezca, que en todo caso deberá ser la separación o el divorcio.

3.7. Separación

3.7.1 Definición

Es la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, que puede establecerse por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial.

3.7.2. Separación de hecho

Cuando uno de los cónyuges abandona el hogar por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto de cesar la vida común, sin mediar resolución Judicial.

3.7.5 Separación por mutuo acuerdo entre los cónyuges

Debe determinarse por la voluntad de ambos cónyuges y no podrá tener lugar sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

3.7.6 Por voluntad de uno de los cónyuges por causa determinada

Esta variante se establece al ser declarada judicialmente y modifica el matrimonio, haciendo desaparecer la vida en común y el ánimo de permanencia.

3.7.5 Causas determinadas para la separación

He de aclarar para principiar, que las causas determinadas para la separación, son comunes y aplicables al divorcio. De conformidad con lo que establece el Código Civil en el Artículo 155, son causas comunes para obtener la separación o el divorcio las enumeradas a continuación: La infidelidad de cualquiera de los cónyuges; los malos tratamientos de obra, riñas, y disputas continuas, injurias graves y ofensas al honor, y en general, la conducta que haga insoportables la vida en común; el atentado de uno de los cónyuges contra el otro o de los hijos; La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o ausencia inmotivada por más de un año; 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; la incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos; la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que esta legalmente obligado; los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes; la denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro; la condena de uno de los cónyuges en sentencia firme por delito común sancionado con pena mayor a cinco años de prisión; enfermedad grave, incurable, contagiosa y perjudicial al otro cónyuge o su descendencia; impotencia absoluta o relativa, incurable y posterior al matrimonio; enfermedad mental incurable que pueda dar lugar a la declaración de interdicción; la separación de personas declarada en sentencia firme.

3.7.6 Efectos propios de la separación

Constituyen efectos propios de la separación, la subsistencia del vínculo conyugal, así como el derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro, además del derecho que la mujer tiene de continuar usando el apellido del marido.

3.8 Divorcio

3.8.1 Definición

Es la institución mediante la cual se extingue el vínculo matrimonial legítimamente establecido y que otorga a los cónyuges la libertad de contraer nuevo matrimonio.

3.8.2 Clasificación

a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges

Se establece cuando interviene la voluntad de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, fijando ellos mismos las bases de su divorcio y la actuación del juez se limita a observar que no se contravenga la ley.

b) Por voluntad de uno de los cónyuges

Es el que se decreta a partir de la existencia y comprobación de las causales determinadas por la ley para la disolución del matrimonio.

3.8.3 Efectos propios del divorcio

Es efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.

3.8.4 Efectos comunes de la separación y el divorcio

Se consideran efectos civiles comunes de la separación y el divorcio, en primer lugar la liquidación del patrimonio conyugal, así como el derecho de alimentación a favor del Cónyuge inculpable, además de la suspensión o pérdida de la patria potestad

cuando exista petición de la parte interesada, todo ello de conformidad con el Artículo 159 del Código Civil.

3.8.5 Diferencias entre separación y divorcio

La separación sólo modifica el matrimonio, y el divorcio lo disuelve.

En la separación se produce solamente la interrupción o suspensión de la vida conyugal, y en el divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevas nupcias.

CAPÍTULO IV

4. De la filiación

4.1 Definición del concepto de filiación

Pueden precisarse dos conceptos de la filiación: uno genérico, sin mayor derivaciones para el derecho, según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que ésta sea, entre una o varias personas y un progenitor determinado; el otro, jurídico propiamente dicho, según el cual la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo.

Planiol y Ripert expresan: “Puede definirse la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y de maternidad según que se considera en relación con el padre o con la madre.”¹⁷ Para otros tratadistas la filiación constituye un estado jurídico, a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, que, afirma, son hechos jurídicos. Por lo que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derecho y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre con el estado de minoridad o de

¹⁷ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 133.

mayoría de edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón.

Se considera que la filiación no es en si un estado jurídico, sino el camino, el medio para que surja un estado jurídico familiar, el de hijo, que necesariamente ha de tener características de permanencia, de estabilidad, una vez transcurridos los plazos legales en que podría ser impugnado.

Consideramos que la filiación de acuerdo con las definiciones anteriores puede ser exponerse así: Es la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores.

4.1.1 Clases de filiación

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

Razones que enmarcan en las antiguas organizaciones sociales y consecuentemente familiares, hicieron que el derecho deslindara distintas clases de filiación, que necesariamente varían según la ley de cada país.

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

- a) Filiación legítima
- b) Filiación legitimada
- c) Filiación ilegítima
- d) Filiación adoptiva

4.1.2 Impugnación de la paternidad

La acción del marido negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge, deberá intentarse judicialmente dentro de 60 días, contados desde la fecha del nacimiento, si está presente; desde el día en que regresó a la residencia de su cónyuge, si estaba ausente; o desde el día en que descubrió el hecho, si se le ocultó el nacimiento. Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, dentro de los 60 días de haber fallecido el presunto padre. Los herederos del marido podrán asimismo impugnar la filiación, si el hijo fuere póstumo, o si el presunto padre hubiese fallecido antes del plazo señalado en el Artículo 204 del Código Civil.

a) Investigación de la Paternidad y Maternidad

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente perfectamente conocida. La paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa sólo se presume, para determinar quien es el padre primero se investiga quien es la madre, porque es a través de ella, que se llega con ciertos elementos a determinar quien es el padre, se exceptúa el caso cuando el hijo aparece en el acta de nacimiento como de madre desconocida y existe el reconocimiento expreso del padre o a través del juicio de investigación el juez la declara.

4.1.3 Regulación legal

Del Artículo 199 al 228, 229 y 234 del Código Civil; 435 al 437 del Código Procesal Civil y Mercantil.

4.1.4 Filiación matrimonial

Respecto a las expresiones filiación y paternidad, existe el problema de determinar si estos dos términos son correlativos o tienen cada uno substantividad de

concepto y contenido, pero para algunos autores se fijan sólo en el término filiación, como si alrededor de la condición de hijos debiera construirse toda la teoría del estado Civil, y que otros, por el contrario, se fijan sólo en la adquisición de la paternidad, según el criterio denominado clásico, de ahí las expresiones consignadas en las leyes, como la investigación de la paternidad, prueba de la paternidad, y por último, la tendencia a ver los dos términos en una relación sumada, como la del Código español que tiene el epígrafe de la paternidad y filiación, el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre; en una punta de la relación paternofilial están los padres y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación; ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas.

La inmensa mayoría de países, respondiendo a la orientación cristiana dominante en el concepto del mismo, fijan en el matrimonio la base para la creación y el desarrollo de la familia. Por lo tanto, la ley desarrolla en primer lugar las disposiciones concernientes a la paternidad y filiación matrimonial, según adelante se verá.

4.1.5 Filiación extramatrimonial

Por filiación natural se entiende que es el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Necesariamente, no basta la existencia del vínculo sanguíneo o familiar; ese vínculo debe constar fehacientemente, es decir, en el registro Civil, ya por voluntad de los interesados, ya mediante resolución judicial.

4.2 Legitimación de la filiación

La legitimación es aquella figura jurídica por cuyo medio un hijo no matrimonial adquiere la calidad de hijo de matrimonio, en virtud de posterior unión conyugal de los padres, tipificándose, entonces, la denominada legitimación por subsiguiente matrimonio.

El objeto de la legitimación consiste en que el hijo adquiriera todos los derechos de los hijos nacidos, o en su caso concebidos, dentro del matrimonio.

No obstante que la legitimación por subsiguiente matrimonio viene a constituir la figura principal sobre la base de que el reconocimiento del hijo conste fehacientemente con anterioridad a las nupcias de los padres, las legislaciones que se ocupan de la materia incluyen generalmente algunas modalidades respecto a los efectos de un reconocimiento posterior.

En el país, la Constitución Política de la República de 1945 dispuso que no se reconocían desigualdades legales entre los hijos, y que todos, incluyendo los adoptivos, tenían los mismos derechos (Artículo 76 primera parte). Precepto similar contiene el Artículo 90 de la Constitución de 1956. En tenor semejante, la de 1965 disponía que todos los hijos son iguales ante la ley y tienen idénticos derechos (Artículo 86 segunda parte). Consecuentemente, el Código Civil preceptúa, en el Artículo 209, que los hijos procreados fuera de matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio. Por lo tanto, ha dejado de tener relevancia en Guatemala el problema de la legitimación por subsiguiente matrimonio, en cuanto a uno de sus principales efectos.

4.3 Definición de parentesco

Para Bossert y Zannoni "El parentesco puede definirse como el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción."¹⁸

4.3.1 Clasificación del parentesco

a) Parentesco por consanguinidad

Es el parentesco que vincula o liga a las personas que descienden unas de otras, es decir a los padres e hijos, o bien a las que descienden de un antepasado común.

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 15.

b) Parentesco por afinidad

Es el que vincula o une a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.

c) Parentesco Civil o por adopción

Es el que existe entre el o los adoptantes y el adoptado.

4.3.2 Proximidad del parentesco

Se establece la proximidad del parentesco teniendo en cuenta las generaciones que median entre las personas que forman parte de la familia consanguínea. A cada generación le es asignado un grado. El parentesco se computa con el objeto de establecer la mayor o menor proximidad sobre la base de la cantidad de grados o generaciones que separan a unos miembros de la familia respecto de otros.

Definiremos a continuación los elementos, líneas y grados que permiten establecer la proximidad del parentesco.

a) Grado

Es el vínculo entre dos personas, que esta formado por la generación, es decir el vínculo o relación determinados por la generación biológica, lo cual determina que entre ascendientes y descendientes, haya tantos grados como generaciones.

b) Línea

Es la sucesión de grados procedentes de un ascendiente común que puede presentar dos variantes de la forma siguiente:

b.1) Línea recta

Es la relación jurídica que se establece entre personas que descienden unas de otras, sin límite de grado y puede ser ascendente o descendente.

b.2) Línea colateral o transversal

Es la relación jurídica existente entre personas que descienden de un progenitor común hasta el cuarto grado; y que puede ser considerada igual o desigual.

CAPÍTULO V

5. Conveniencia de que los padres puedan reconocer a los hijos procreados con mujer casada con otra persona

5.1 Formas en que podría concretarse la inscripción de hijos procreados por un hombre con mujer casada.

En los siguientes subtemas, emito mi opinión respecto de la forma en que personalmente considero podría darse una solución viable a la dificultad que implica el reconocimiento de un padre respecto del hijo que ha procreado con una mujer que mantiene el vínculo legal del matrimonio aunque de hecho se haya separado del esposo; las opciones que presento, estoy consciente, encaran grandes dificultades para su realización, dificultades que van desde sendas reformas al Código Civil, en lo referente a la presunción de paternidad y cuestiones relativas a la inscripción de los hijos, hasta la atribución de funciones a los juzgados de familia para calificar previo a la inscripción, la veracidad de las pruebas de paternidad de un sujeto determinado respecto del hijo que ha procreado con una mujer casada con otra persona.

5.2 Declaración de filiación ante un juez de familia

Una opción a tan complicado tema podría ser la posibilidad de que el padre biológico del menor accionara ante un juez de familia para que éste, previo pruebas que se le presenten, otorgue la paternidad a un sujeto que está declarando de forma expresa y bajo juramento, que es el padre de un hijo procreado con una mujer casada con otra persona.

Las pruebas que el presunto padre podría presentar serían: a) El hecho de haber mantenido una relación de pareja con la madre del presunto hijo en el periodo de la concepción, lo cual podría ser probado mediante la declaración de testigos que les constara dicha relación; b) Declaración jurada hecha ante un notario por los presuntos

padres podría ser otra prueba suficiente para otorgar la paternidad. Respecto a ello, "La solución tradicional del derecho según la cual padre era quien había mantenido relaciones sexuales con la madre a la época de la concepción, sigue siendo válida."¹⁹

Claro está que cualquier solución que se presente encara algunas dificultades, en éste caso, se requeriría de reformas al Código Civil, de manera que los hijos concebidos durante la subsistencia del vínculo matrimonial, no necesariamente sean considerados como hijos del esposo de una mujer, sobre todo cuando el vínculo matrimonial ha perdido eficacia al separarse de cuerpos los cónyuges.

5.2.1 Pruebas biológicas como requisito de los registros civiles para inscribir hijos de un hombre soltero con una mujer casada

5.2.2 Demostración de la paternidad mediante pruebas biológicas

En el campo de la genética, la ciencia médica en estrecha relación con la ingeniería, ha alcanzado increíbles avances.

Al inicio, las pruebas genéticas solían tener importancia en las impugnaciones de paternidad debido a que sus resultados eran casi exclusivamente para acreditar imposibilidad de relación biológica entre el supuesto padre y el hijo, de consiguiente esas pruebas ayudaban a desvirtuar la paternidad, pero no eran en absoluto útiles para demostrarla la paternidad de un supuesto padre con respecto al hijo. Sin embargo en los tiempos actuales un mayor conocimiento del material genético y su aplicación en los seres humanos, ha posibilitado ampliamente la demostración de la paternidad de un hijo con respecto a su supuesto padre.

Aunque es necesario advertir que las pruebas biológicas han sido utilizadas en el campo de la medicina primordialmente con fines propios de esa ciencia, también es

¹⁹ Di Lella, Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas**. Pág. 15.

preciso apuntar que las ciencias jurídicas se pueden beneficiar de ellas, como en el caso de estudio, con el fin de establecer la filiación paternal.

Obviamente los juristas no pueden sentar cátedra respecto de conocimientos medico-biológicos, pero tampoco pueden ignorarlos ya que es totalmente válido auxiliarse de otras ciencias para facilitar la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos.

Existen una variedad extensa de pruebas biológicas, sin embargo hago a continuación un análisis de las que considero más importantes y cuya realización es posible en nuestro medio, ya sea realizándolas directamente en el país o enviando las muestras al extranjero para su posterior análisis en Guatemala. Hay que aclarar que la desventaja de las pruebas biológicas es su costo económico muy elevado para su realización.

5.2.3 Pruebas hematológicas

Luego de arduas investigaciones científicas, en el año 1952, Jean Dausset descubre los primeros antígenos de histocompatibilidad cuyo sistema se denomina H. L. A. "decimos que una partícula es antigénica cuando no puede ser introducida en un individuo que no la tiene, ya que desencadena reacciones inmunológicas de rechazo y la formación de anticuerpos."²⁰

En sus inicios, el H.L.A. (Human Lincocit Antigen), a decir del autor Pedro Di Lella, de ninguna manera tenía por objeto la identificación genética con fines jurídicos, la finalidad era muy otra. Estaba dirigida a la búsqueda y conocimiento que permitieran evitar los rechazos de transplantes orgánicos en seres humanos. Sin embargo, actualmente se aplica en las investigaciones de filiaciones.

²⁰ **Ibid.** Pág. 17.

La importancia de la prueba radica en el hecho de que en el sexto par cromosómico de todas las células nucleadas del ser humano existe un conjunto de partículas antigénicas codificadas al que se denomina genotipo y que esta dividido en dos partes, cada una de las cuales se denomina haplotipo y que es invariable.

En principio los haplotipos de cada individuo tienen que coincidir uno con el de su madre y otro con el de su padre. Según la frecuencia con que el haplotipo paterno pueda darse en el fenotipo, (fenotipo es la denominación que se da a las posibilidades matemáticas de combinación de genes) será en todo caso más o menos alta la posibilidad de que un sujeto sea o no el padre biológico de un menor.

5.2.4 Prueba de ácido desoxirribonucleico (A.D.N.)

El ADN consiste en un estudio molecular para producir perfiles genéticos, posteriormente se hace una confrontación para determinar si una persona es o no el padre biológico de un menor de edad en su caso. Se apoya en la existencia de secuencias de ADN denominadas RFLP o *riplips* (polimorfismos longitudinales del fragmento de restricción) esas regiones contienen secuencias que se repiten con una frecuencia que varía de una persona a otra. Cada RFLP puede indentificarse mediante una sonda especial que reconoce y se enlaza (se hibrida) con cualquier fragmento que teóricamente posea la secuencia preindicada: se basa en la regla inviolable de la naturaleza de que una base T en una hebra de ADN siempre se une a una base A de la hebra opuesta y que la base G siempre se une a la base C.²¹

El análisis del ADN no es uno solo, si bien la creencia común lleva a creer ello, realmente existen varias formas de hacerlo, sin embargo como en este estudio no pretendo hacer un análisis exhaustivo de cuestiones médicas, me limito a lo que he detallado en el párrafo precedente.

²¹ *Ibid.* Pág. 23.

5.2.5 El principio de la verdad biológica

Escribe Pedro Di Lella: Se ha abierto paso en el derecho un concepto que a poco andar ha ido arraigándose fuertemente; es el de privilegiar la verdad biológica real por sobre la relación formal.

En mi opinión, el hecho de que una mujer este casada con una determinada persona, (hombre por supuesto) no implica que los hijos de esta deban ser necesariamente hijos de su cónyuge, sobre todo si el vínculo matrimonial subsiste sólo de forma legal y la mujer en referencia ha sostenido relaciones de pareja con un hombre distinto de aquel con quien contrajo matrimonio.

El problema en realidad es muy complejo, de acuerdo con la legislación civil vigente, la madre puede efectuar la inscripción del niño ella sola sin estar obligada a divulgar el nombre de la persona con la que lo procreó, pero si lo hace de esa manera estará creando una desprotección paternal para su hijo y si la persona con la que engendró está en disposición de reconocer al menor para garantizarle, no solo la protección paternal sino los medios económicos para su desarrollo, tropieza con el obstáculo que el Código Civil le prohíbe tajantemente hacer dicho reconocimiento, en virtud que la ley pretende tutelar la institución del matrimonio como garantía para el bienestar de los hijos; cabe preguntarse entonces, ¿Que es lo mejor para un hijo?. ¿Que la ley proteja el matrimonio de la madre aun cuando este ya no tenga ninguna razón de ser, o que permita al padre natural reconocerlo para brindarle la protección tan necesaria para el bienestar de cualquier hijo menor de edad?. Yo creo que desde el punto de vista de la justicia, lo último sería lo más adecuado.

No pretendo encauzar a las generaciones actuales hacia rumbos de libertinaje sexual y desordenes de procreación, sin embargo mi opinión es que el matrimonio no es una garantía de bienestar familiar para los hijos, sobre todo cuando el vínculo subsiste sólo por una disposición de la ley. El matrimonio no es necesariamente la única base sobre la que se construye una familia, por lo cual me permito afirmar que los

conceptos de filiación y paternidad no están subyugados al matrimonio; es más, considero que no necesariamente la relación paternidad-filiación debe buscarse dentro del matrimonio. Pues si consideramos que paternidad implica procreación por parte de un hombre la filiación debería atribuirse realmente al hombre que produjo la procreación y no a la figura legal de padre dentro del vínculo del matrimonio.

La posibilidad de que los padres biológicos puedan reconocer a sus hijos sería factible, insisto, mediante la realización de pruebas que demuestren el vínculo consanguíneo del hijo con su padre y que se le atribuya la paternidad a quien biológica y realmente corresponda. Ello se lograría si como requisito para reconocer a un hijo, en el caso que la madre este casada con otra persona, los registros civiles exigieran al padre biológico, la realización de pruebas de sangre o exámenes de ácido desoxirribonucleico –ADN- (las que someramente hemos analizado), previo a efectuar la inscripción correspondiente. Esto sería más conveniente y quizá menos complicado que requerir la impugnación del *padre legal* del menor como lo establece actualmente el Artículo 215 de Código Civil. A continuación transcribo el último párrafo de dicho Artículo el cual estipula:

No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable.

Si tomamos en cuenta que la separación de la cónyuge se dio por considerar insoportable la vida en común con su esposo, es obvio que ella no quiera otorgarle la paternidad de un hijo que ha procreado con otra persona al que legalmente es su esposo, como tampoco el esposo estaría en la disposición de reconocer a un hijo que su esposa ha procreado con otro hombre.

Se trata en este caso de garantizar que los menores nacidos en las condiciones que se han descrito no queden desprotegidos, sin embargo, la legislación vigente no solo hace prácticamente imposible el trámite para reconocer a los hijos procreados por

un hombre con una mujer casada con otra persona sino que a la vez indirectamente propicia la paternidad irresponsable.

CONCLUSIONES

1. En la actualidad, es muy frecuente que una mujer casada se separe de su esposo sin romper legalmente el vínculo matrimonial y luego forme otra pareja procreando hijos con un hombre que no es su esposo, creando con ello dificultades para los menores de edad debido a que el padre biológico se ve imposibilitado de hacer el reconocimiento respectivo por la prohibición expresa contenida en le segundo párrafo del Artículo 215 del Código Civil de nuestro país.
2. Es contradictorio el hecho que la legislación guatemalteca atribuya la paternidad de un hijo al esposo de la madre, del cual ella está separada, en la mayoría de los casos, desde muchos años atrás.
3. La posibilidad de que los padres de hijos procreados con mujer casada con otra persona, puedan reconocerlos sin necesidad de que haya impugnación de parte del esposo de la madre, beneficiaría en gran manera a los menores de edad nacidos en esas condiciones.
4. La prohibición de que el padre reconozca a los hijos procreados con mujer casada con otra persona trae como consecuencia serios perjuicios para el bienestar de los menores de edad, ya que indirectamente fomenta la paternidad irresponsable y causa serios daños, tanto psicológicos como económicos a los menores nacidos en esas circunstancias.
5. La ley Civil guatemalteca le da prioridad a la institución del matrimonio, como base de la familia, y con ello desvirtúa el principio de la verdad biológica en perjuicio de la filiación.

RECOMENDACIONES

1. Que el estado intervenga introduciendo reformas profundas al Código Civil, de manera que no exista prohibición de que un padre pueda reconocer a los hijos que haya procreado con una mujer casada con otra persona, sí existen suficientes elementos probatorios que demuestren la filiación biológica del hijo. Con ello se evitaría que las madres de los menores hagan solas el reconocimiento con las respectivas consecuencias en perjuicio de los menores.
2. Que el registro civil exija la presentación de pruebas de sangre o exámenes de ácido desoxirribonucleico ADN para que el padre biológico pueda hacer el reconocimiento de los menores de edad, aunque insisto, existe la desventaja en el costo elevado de esos exámenes ya que a la fecha no es posible realizarlos en el país.
3. Otra posibilidad para que los padres puedan reconocer a los hijos procreados con una mujer casada con otra persona podría ser que los registros civiles admitieran como prueba de la filiación, la declaración voluntaria expresa hecha por el padre y la madre ante juez de familia o bien mediante declaración jurada, ante notario.
4. Para establecer la paternidad de un hijo es necesario priorizar la consanguinidad propiamente dicha y no el vinculo legal existente, es decir, es más oportuno tutelar la filiación real del menor de edad y no la institución del matrimonio sobre todo cuando éste no funciona.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. 2t., 2vols.; 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1989.

AGUIRRE GODOY, Mario. **La prueba en el proceso civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1965.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de familia**. 3ª. ed.; Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires, 1991.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 3t.; Ed. Depalma; Buenos Aires, 1989.

DI LELLA, Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas**. Ed. De Palma; Buenos Aires, 1997.

HERRERA, Flavio. **Curso de derecho romano**. 2t., Guatemala: Ed. Imprenta Universitaria, 1957.

JOSSERAND, Luis. **Derecho civil**. 2t., 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Imprenta C. C. Dapal, 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 27ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal Civil**. 10ma. ed. Ed. Porrúa, S. A. Av. República de Argentina, México 1990.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Arazandi, 1974.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. 2t., México D. F.; Ed. Porrúa, S. A., 1978.

Legislación:

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

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

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

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

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 106, 1964.