

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

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL  
EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL VIGENTE  
GUATEMALTECO

TESIS

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

**VILMA ARACELY RAMIREZ ROSALES**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, noviembre de 2007

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

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL  
EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL VIGENTE  
GUATEMALTECO



**VILMA ARACELY RAMIREZ ROSALES**

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

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

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. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

***Primera Fase:***

Presidente:	Lic. José Luis de León Melgar
Vocal:	Licda. Irma Mejicanos Jol
Secretaria:	Licda. Edith Marilena Pérez Ordóñez

***Segunda Fase:***

Presidente:	Lic. Leonel Armando López Mayorga
Vocal:	Lic. Elmer Antonio Álvarez
Secretario:	Lic. Héctor René Granados Figueroa

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. El Derecho Romano.....	1
1.1. Definición del Derecho Romano.....	1
1.2. Del derecho general como regla de conducta social.....	3
1.3. Utilidad de conocer el Derecho Romano.....	4
1.4. Motivos para estudiar la legislación romana.....	4
1.5. Noción y fuentes del derecho según los jurisconsultos romanos.	5
1.6. La influencia de la moral en la formación de sus tres grandes preceptos.....	6
1.7. División del Derecho Romano.....	6
1.8. División del derecho en <i>Scriptum</i> y <i>non Scriptum</i> .....	7
1.9. Períodos del Derecho Romano.....	7
1.9.1. Primer período.....	9
1.9.1.1. De la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas.....	9
1.9.1.2. Organización social y política.....	9
1.9.1.3 <i>Los comitia curiata</i> .....	11
1.9.1.4. Reformas de Servio Tulio, los comicios por centurias.....	12
1.9.1.5. La república, los tribunos, <i>concilium plebis</i> y los comicios por tribus.....	13
1.9.1.6. Estado del derecho antes de la ley de las XII Tablas.....	14
1.9.2. Segundo período.....	15
1.9.2.1. La Ley de las XII Tablas.....	15
1.9.2.2. De la Ley de las XII Tablas al fin de la república.....	16

	Pág.
1.9.3. Tercer período.....	17
1.9.3.1. Del nacimiento del imperio a la muerte de Alejandro Severo.....	17
1.9.4. Cuarto período.....	18
1.9.4.1. De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano.....	18
1.10. La familia dentro de la sociedad romana.....	18
1.10.1. El paterfamilias.....	19
1.10.2. Parentesco, línea y grado.....	20
1.10.3. Fundamentos de la familia moderna.....	21
1.10.4. La patria potestad.....	21
1.11. Las relaciones de potestad en Roma.....	24
1.11.1. Adquisición de la patria potestad.....	26
1.10.2. Extinción de la patria potestad y emancipación.....	29
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. El matrimonio, la separación y el divorcio en el Derecho Romano.....	31
2.1. Matrimonio.....	33
2.1.1. Clases.....	37
2.1.1.1. Matrimonio <i>cum manu</i> .....	37
2.1.1.2. <i>Matrimonio sine manu</i> .....	37
2.2. Celebración del matrimonio y adquisición de la <i>manus</i> sobre la mujer.....	37
2.3. Legislación matrimonial de Augusto.....	39
2.4. La disolución del matrimonio.....	39
2.5. Los esponsales.....	41
2.6. Concubinato.....	42
2.7. Régimen de bienes en el matrimonio.....	45
2.7.1. Relaciones patrimoniales entre cónyuges.....	45
2.7.1.1. Regimenes históricos.....	45

	Pág.
2.7.1.1.1. Régimen de absorción de bienes.....	45
2.7.1.1.2. Régimen de separación de bienes.....	46
2.7.1.1.3. Régimen dotal.....	47
2.7.1.1.3.1. Constitución de la dote..	48
2.7.1.1.4. La dote durante el matrimonio...	49
2.7.1.1.3. 5. Restitución de la dote.....	49
2.8. La tutela en el matrimonio y el divorcio.....	51
2.9. La curatela.....	52
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. Nociones generales del matrimonio, la separación y el divorcio en Guatemala.....	55
3.1. Familia y matrimonio.....	59
3.2. Antecedentes históricos.....	60
3.3. Perspectivas críticas del matrimonio, la separación y el divorcio en Guatemala.....	63
3.3.1. Derechos socioeconómicos.....	68
3.3.2. Marco legal aplicable.....	71
3.3.3. Otras consideraciones legales de importancia.....	77
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. Análisis comparativo de la naturaleza, principios y fundamentos entre el Derecho Canónico y el Derecho Civil con respecto al Matrimonio: a partir del Concilio de Trento y en el Derecho Civil de Guatemala.....	79
4.1. La familia.....	82
4.1.1. Definición.....	82
4.1.2. Derecho de familia.....	82
4.1.3 Su ubicación en la sistemática jurídica.....	83
4.1.4. Tesis de Antonio Cicu.....	83
4.2. Matrimonio.....	83
4.2.1. Definición.....	83
4.2.2. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	83

	Pág.
4.2.3. Clasificación del matrimonio.....	84
4.2.4. Requisitos legales para contraer matrimonio.....	85
4.2.4. Deberes y derechos que nacen del matrimonio:.....	85
4.2.5. Capitulaciones matrimoniales y esponsales.....	86
4.2.6. Regulación legal del matrimonio.....	86
4.2.7. Regimenes económicos aceptados por el código civil.....	86
4.3. Separación.....	87
4.3.1. Definición.....	87
4.3.2. Clasificación.....	88
4.3.3. Causas determinadas para la separación o divorcio Artículo 155.....	88
4.3.4. Efectos.....	89
4.4. Divorcio.....	90
4.4.1. Definición.....	90
4.4.2. Clasificación.....	90
4.4.3. Causas determinadas para el divorcio Artículo 155.....	90
4.4.4. Efectos.....	91
4.5. Diferencias entre separación y divorcio.....	91
4.5.1. Regulación legal.....	92
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

## INTRODUCCIÓN

El Artículo 78 del Código Civil, Decreto Ley número 106, preceptúa: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”. Así también el Artículo 79 del mismo cuerpo legal preceptúa: “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige éste Código para su validez”. Al analizar lo anteriormente escrito, surgen distintas dudas, pudiendo mencionar las siguientes: ¿En el Derecho Romano era el matrimonio una institución social? ¿Existía la igualdad de derechos entre los cónyuges? ¿Tenía el matrimonio los mismos fines que en la actualidad? Por lo anterior, existe la necesidad de realizar un estudio que abarque la complejidad del matrimonio a través del derecho comparado, estudiando su evolución y determinando el concepto propio del matrimonio. Dentro del campo de estudio es importante la inclusión de otras instituciones que por su importancia complementan el referido concepto como los son: los esponsales, la aptitud para contraer matrimonio, sus impedimentos, la ilicitud del acto, la dispensa judicial, la celebración del matrimonio, los deberes y derechos que nacen de él, sus regímenes económicos, la representación conyugal, la insubsistencia y nulidad del mismo, la separación y el divorcio y los efectos derivados de éstos, así como otros sub temas que indiscutiblemente deberán ser tratados por su relación a ésta institución.



El hombre se haya dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver sus facultades naturales, sin embargo para vivir en sociedad, ésa libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de los otros; de ahí nace la necesidad de reglas que garanticen a cada ciudadano, en idéntica forma, el ejercicio de sus actividades, por lo que se tratará dentro del primer capítulo de la tesis encontrar los inicios del derecho en Roma.

Se abarca posteriormente la concepción espiritualista de la jurisprudencia clásica, donde predomina el elemento subjetivo o *consensus*, que debe ser continuado y constante, ya que se interrumpe la relación matrimonial cuando cesa la recíproca intención de ser marido y mujer. Sin embargo los juristas se refieren a hechos o circunstancias, lo que prueba claramente la existencia de una relación matrimonial. Así, para la iniciación del matrimonio se fijan especialmente en el acompañamiento de la mujer a la casa del marido, *deductio in domun*.

La finalidad del matrimonio de procrear hijos resulta también en numerosos textos, que se refieren a las declaraciones que las mujeres deben prestar ante los censores y otros magistrados, para probar que estaban unidas en válido y legítimo matrimonio. En definitiva, la convivencia matrimonial se basa en la concepción del *domicilium matrimonii* como hogar y casa.

Estas concepciones sobre la estabilidad conyugal hacen que los casos de divorcio sean muy raros en los primeros tiempos de Roma. Al final de la República, las nuevas formas sociales y corrupción de las antiguas costumbres, hacen que los divorcios sean muy frecuentes. En la concepción clásica del matrimonio, la cesación de voluntad era suficiente para la ruptura del vínculo matrimonial, los juristas hablan de *divortium* o de *repudium* para referirse a la manifestación externa de cualesquiera de los cónyuges, o de ambos en consuno, en orden a poner fin al estado conyugal. La comunicación del repudio se considera suficiente, con lo cual se realizará un estudio de las instituciones mencionadas primeramente.

Se contempla la evolución que el matrimonio, la separación y el divorcio han tenido hasta nuestros días y aún más importante, en nuestra legislación y actual sociedad guatemalteca. En el curso histórico del Derecho Romano se distinguen tres regímenes matrimoniales de bienes: un régimen de absorción propio del matrimonio que se acompaña de la *manus*, un régimen de separación en el matrimonio libre y el régimen dotal.

La noción sociológica del matrimonio describe como elementos sustanciales del mismo, la unión estable de un hombre y una mujer de la que comúnmente se genera la prole, legitimada socialmente. El principio de legitimidad distingue cabalmente la unión matrimonial de otras uniones de hecho.

La legitimación social ha sido muy diversa a lo largo de la historia, según las diferentes culturas y civilizaciones. Desde el reconocimiento de cualquier unión como matrimonio, por la simple notificación o publicidad de la misma, hasta la minuciosa reglamentación de quiénes pueden contraer matrimonio, de las formalidades que han de observarse, de las características de la relación matrimonial y de sus efectos.

El principio de legitimidad se realiza actualmente a través del derecho. Para que la unión de un hombre y una mujer alcance la condición de matrimonio no es suficiente el mero acuerdo de las partes, sino que es necesaria la acomodación de esa aceptación a una compleja y amplia reglamentación jurídica impuesta socialmente. Todo lo anterior servirá de base para poder realizar un estudio profundo dentro de la presente investigación y así poder llevar a cabo una actividad conclusiva del mismo y poder con ello realizar las recomendaciones necesarias en base a la problemática planteada.

La presente tesis contiene cuatro capítulos: Capítulo I, el Derecho Romano: Definición, derecho general como regla de conducta social, utilidad, motivos para estudiar su legislación, noción y fuentes, su influencia, división, períodos, la familia y las relaciones de potestad. Capítulo II, el matrimonio, la separación y el divorcio en el Derecho Romano: Clases de matrimonio, celebración, legislación de Augusto,

disolución, los esponsales, concubinato, régimen de bienes, la tutela en el matrimonio y el divorcio y la curatela. Capítulo III, nociones generales del matrimonio, la separación y el divorcio en Guatemala: Familia y matrimonio, antecedentes históricos y perspectivas críticas en Guatemala. Capítulo IV, análisis comparativo de la naturaleza, principios y fundamentos entre el Derecho Canónico y el Derecho Civil con respecto al Matrimonio a partir del Concilio de Trento y en el Derecho Civil de Guatemala: La familia, matrimonio, separación, divorcio, diferencias entre separación y divorcio.

## CAPÍTULO I

### 1. El Derecho Romano

#### 1.1. Definición del Derecho Romano

El Derecho Romano es: “un conjunto formado por las disposiciones jurídicas y el sistema legal desarrollado en roma desde la primera compilación de leyes, conocida como la Ley de las XII Tablas, en el año 450 a.c., hasta la muerte de Justiniano I, soberano del imperio bizantino, en el año 565 d.c., de forma concreta”<sup>1</sup>, se utiliza para designar la compilación de la ley conocida como *corpus iuris civilis*, también llamado Código de Justiniano, realizado bajo los auspicios del mismo y que fue la base del Derecho Civil de muchas naciones europeas continentales.

Antes de las XII Tablas, el derecho en Roma tenía un carácter religioso y su interpretación la realizaban sacerdotes que eran miembros de la clase patricia. “Las protestas y agitaciones de la clase plebeya condujeron a que la ley consuetudinaria existente se escribiera añadiendo algunos principios que no formaban parte de la costumbre. La norma contenida en las doce tablas, tras ser escrita, fue sometida a una asamblea popular y aceptada”<sup>2</sup>. Este Código contiene reglas simples, ajustadas a una comunidad agrícola, establece la igualdad ante la ley de los patricios y los plebeyos y fue erigido en la fuente de todo el derecho público y privado romano. El

---

<sup>1</sup> García Garrido, M.J. **Derecho privado romano: I, Instituciones. II Casos y decisiones jurisprudenciales**, pág. 23.

<sup>2</sup> Laurand, L., **Manual de los estudios griegos y latinos**, pág. 12.

sistema legal instaurado por este Código y el conjunto de reglas que se desarrollaron a su alrededor era aplicado en exclusiva a los ciudadanos romanos y se conocía como el *ius civile*.

La expansión territorial por la cuenca mediterránea obligó a los romanos a elaborar un sistema legal nuevo. Cada territorio conquistado contaba con su propio sistema, “por lo que se requería un cuerpo de leyes que fuese aplicable tanto a los ciudadanos romanos como al resto, más o menos entre el 367 a.c. y el 137 d.c. este nuevo sistema se desarrolló a partir de los edictos del pretor, que definía e interpretaba la ley para los casos particulares; el pretor de los extranjeros administraba justicia en Roma, en todas las controversias donde alguna de las partes no era un ciudadano romano, y el pretor provincial establecía sus edictos en materias de interés comercial tras los edictos del pretor de los extranjeros de Roma. Durante los últimos años de la república de Roma las reglas de este nuevo sistema solían aplicarse a los conflictos entre ciudadanos romanos, este nuevo sistema legal se conocía como el *ius gentium*; la ampliación de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio romano hizo que la distinción entre *ius civile* y *ius gentium* quedara obsoleta y la ley de la ciudad, o *ius civile* de Roma, se convirtiera en la ley de todo el imperio; las diversidades provinciales fueron eliminadas por la legislación del senado y del emperador y por la interpretación de los jurisconsultos. El hito más importante en el desarrollo del sistema romano en este período es el derecho, concedido por el primer emperador romano Augusto y sus sucesores a algunos eminentes juristas, de elaborar responsabilidades u opiniones, en los casos que se presentaban en un proceso ante los tribunales, entre los más famosos juristas romanos de esta época estaban Gayo, Papiniano, Julio Paulo y Ulpiano, los tres últimos citados desempeñaron el cargo de praefectus praetoria, similar a un ministro de justicia del imperio romano”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> D'ors, A., **Derecho privado romano**, pág. 76.

## 1.2. Del derecho general como regla de conducta social

El hombre se haya dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver sus facultades naturales. Pero para vivir en sociedad, esa libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de los otros. De ahí nace la necesidad de reglas que garanticen a cada ciudadano, en idéntica forma, el ejercicio de sus actividades.

La palabra derecho proviene, en efecto de *dirigere*, e implica una regla de conducta, considerado de esta manera, el derecho es: “El conjunto de reglas que rigen las relaciones sociales”<sup>4</sup>. El hombre civilizado encuentra en su conciencia y en su razón, la noción de lo justo y de lo injusto. Este es el derecho natural, muy criticada esta expresión, pues el hombre en su estado de naturaleza, tiene una concepción muy imperfecta de lo justo; Solo en las sociedades muy avanzadas, la idea de lo justo se puede entender más claramente. Por eso el derecho natural resulta insuficiente para gobernar las relaciones sociales, es necesario para ello, que existan reglas claras y concretas, formuladas en textos. Para esto son investidos para que formulen estas reglas algunos hombres y mujeres, para que se encarguen de editarlas y publicarlas en mandatos llamados leyes.

El conjunto de leyes forma el derecho positivo y, el derecho positivo es la regla social obligatoria, cuya observancia está prescrita y sancionada en los diversos pueblos. Este derecho es esencialmente variable, a veces toma siglos para llegar a perfeccionarse.

Otra idea del derecho se desprende con distinta significación; es el derecho que tienen los hombres de actuar libremente y sin menoscabo de la libertad de otros, ni perturbando el orden social, de ejercitar sus prerrogativas civiles, derecho subjetivo, cuyo respeto debe garantizar la ley. Estos son, unos en el orden político y consisten en el derecho que tienen los ciudadanos a participar en el gobierno del Estado; y

---

<sup>4</sup> D'ors, Alvaro y Otros, **El digesto de justiniano, versión castellana**, pág. 123.

otros en el orden privado; como los derechos de familia, derechos reales y el derecho de crédito.

### 1.3. Utilidad de conocer el Derecho Romano

El Derecho Romano es el conjunto de principios de derecho que rigió la sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, hasta la muerte del emperador Justiniano. El estudio del Derecho Romano no ha cesado ni siquiera luego de que fueran adoptados los Códigos napoleónicos en el sistema legal, aunque pareciera innecesario el estudio de estas leyes ya caducas, los jurisconsultos, tratadistas, abogados, estudiantes y por la necesidad que tenemos de conocer la historia de la fuente principal del derecho que nos ocupa, por esto debemos estudiar el Derecho Romano.

### 1.4. Motivos para estudiar la legislación romana:

- Por utilidad histórica: El derecho francés tiene dos orígenes: el Derecho Romano y la costumbre. Del Derecho Romano fueron extraídas grandes partes de diversos Códigos civiles, y sin un conocimiento previo de este derecho, no puede un abogado o jurisconsulto emplearse a fondo, sin ser más que un práctico, y, nunca llegando así a elevar su oficio a los niveles de ciencia y arte.
- El Derecho Romano debe ser estudiado como un modelo; sus jurisconsultos se distinguieron por una lógica notable y una gran firmeza de análisis y de deducción. El Derecho Romano es un poderoso auxiliar para el estudio del derecho que nos ocupa, este constituye el fondo de la mayoría de las legislaciones de América y Europa; Alemania tiene como

fuentes de su derecho al derecho germánico y al Derecho Romano; España, el Derecho Romano y el canónico e Italia al Derecho Romano.

- El Derecho Romano es indispensable para el estudio de la historia y la literatura romanas. Los ciudadanos comunes en Roma tenían conocimiento del derecho, para estudiar la historia romana es necesario conocer su derecho, pues, los textos traducidos son difíciles de comprender, porque se hayan impregnados de la esencia del Derecho Romano.

#### 1.5. Noción y fuentes del derecho según los jurisconsultos romanos:

Aunque en los primeros siglos este derecho estuvo subordinado a la religión, no por ello dejó de conservar su dominio propio. Los romanos tenían diferentes expresiones para designar a las instituciones de origen divino y aquellas que pertenecían a los hombres: “*Fas* es el derecho sagrado, *Lex divina*, *Jus* es la obra humana, *Lex humana*, luego al debilitarse esta distinción, la palabra *Jus* se aplica a todo el derecho. El *Jus* fue en principio para los romanos; un conjunto de reglas fijadas por la autoridad, las cuales estaba el ciudadano obligado a obedecer”<sup>5</sup>.

Los romanos confundieron muchas veces el derecho con la moral. Ulpiano la definía según Celso; como: “El arte de lo que es bueno y de lo que es justo”<sup>6</sup>, pero no es misión del legislador consagrar como regla de derecho todo lo que es bueno. Los preceptos morales a veces escapan a la sanción de la ley positiva, fijan más bien los deberes del hombre consigo mismo que sus relaciones con otros semejantes.

---

<sup>5</sup> D’ors, Alvaro y Otros. **Ob. Cit.**, pág. 135.

<sup>6</sup> **Ibid.**



## 1.6. La influencia de la moral en la formación de sus tres grandes preceptos

- Primer precepto: Vivir honestamente,
- Segundo precepto: Dar a cada cual lo suyo; y
- Tercer precepto: No dañar a nadie.

Sólo los dos últimos se refieren en verdad al derecho, aunque en la práctica, los romanos tenían bien definidos los dominios del derecho y de la moral.

Del *Jus* deriva *Justitia*: Calidad del hombre justo, y según Ulpiano: “Voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo”<sup>7</sup> y; *Jurisprudencia*: Ciencia del derecho, según Ulpiano: “Conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto. Aquí es manifiesto el recuerdo de la antigua unión de la religión con el derecho profano”<sup>8</sup>.

## 1.7. División del Derecho Romano

Este se divide en dos grandes partes: Público y privado.

*Jus Publicum*: Comprende el gobierno del Estado; la organización de las magistraturas; la del culto y el sacerdocio, llamada *Jus Sacrum* y asimismo regula las relaciones de los individuos con los poderes del Estado.

*Jus Privatum*: Tiene por objeto, las relaciones entre particulares, esta se divide en: Derecho Natural, Derecho de Gentes y Derecho Civil.

---

<sup>7</sup> N. Pónssa, Muigens, **Reglas de ulpiano: Traducción y notas**, pág. 43.

<sup>8</sup> **Ibid**, pág. 45.

*Jus Naturale*: Esta noción la tomo Cicerón de los estoicos y fue luego desarrollada por los jurisconsultos del imperio. Esta considera que el derecho emana de la voluntad divina.

*Jus Gentium*: Parte del derecho público, *jus publicis*, que regía las relaciones del Estado romano con los otros Estados, ejemplo: declaraciones de guerras, tratados de paz o de alianzas.

*Jus Civile*: Eran las instituciones propias de los ciudadanos romanos, en las cuales en un principio, no participaban los extranjeros, *jus proprium Romanorum*. A medida en que el imperio fue creciendo y que su influencia tocó a otras muchas naciones vecinas, sus instituciones fueron siendo aplicadas a los extranjeros y pasaron del *Jus civile* al *Jus gentium*.

#### 1.8. División del derecho en *Scriptum* y *non Scriptum*

*Jus scriptum*: Tiene un autor determinado y ha sido promulgado por el legislador. Sus fuentes son: Las decisiones votadas por el pueblo en comicios, a propuesta de un magistrado o senador; Los plebiscitos o decisiones de la plebe en la *concilia plebis*, a propuesta de un tribuno; Las constituciones imperiales; los edictos de los magistrados; las respuestas o reglas de derecho esparcidas en cada pueblo y las Prudentes, o dictámenes de los jurisconsultos.

*Jus non scriptum*: Formado por el uso y la tradición, su origen es la costumbre, consuetudinario.

#### 1.9. Períodos del Derecho Romano

Se llama Derecho Romano: A las reglas sociales pactadas tras larga lucha entre los diferentes grupos que constituyan la ciudad de Roma. El primero de estos,

llamado los patricios, *Patricii*, estuvo compuesto por las tres diferentes etnias que fundaron la ciudad a orillas del Tiber, estos fueron; los Latinos, los Sabinos y los Etruscos.

El primer grupo, el de los Patricios, recibía como legado una serie de privilegios por motivos raciales y étnicos que les eran reconocidos desde el mismo nacimiento de las personas por ser miembros de las tres razas fundadoras. El segundo llamado los Clientes, era un clan protegido por los jefes patricios, que compartía derechos y deberes mutuos con sus protectores, cuales derechos y deberes eran regidos por la ley. Por otro lado estaban los plebeyos, *la plebis*, gueto de baja casta compuesto casi en su totalidad por extranjeros y ciudadanos de naciones conquistadas llegadas a Roma en diferentes épocas, que fue logrando sobre la base de su fuerza numérica que le fueran reconocidas las prerrogativas negadas desde un principio por los jefes patricios, consiguiendo, tras una espera de más doscientos años, el nombramiento de algunos magistrados de origen plebeyo para defender sus intereses frente al Estado. Luego, más tarde esta clase logró ocupar otras altas posiciones en el gobierno del Estado.

La historia del Derecho Romano se puede dividir en cuatro períodos diferentes de acuerdo a los cambios políticos que registró la historia de Roma; estas etapas son: “La primera o de la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas, la segunda o de la Ley de las XII Tablas al fin de la república; la tercera o del advenimiento del imperio a la muerte de Alejandro Severo, y la cuarta o de la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano”<sup>9</sup>.

En su primera etapa el Derecho Romano estaba todavía en su infancia, sólo comprendía las costumbres de los pueblos de la península itálica que fundaron la ciudad de Roma.

---

<sup>9</sup> García González, C. Rascón, **Ley de las XII tablas: Estudio preliminar, traducción .y observaciones**, págs. 76-78.

En el período segundo, gracias a la interpretación de los Pontífices y de los Jurisconsultos romanos, el Derecho Romano tomó carácter nacional.

El tercer período está significado por el apogeo del Derecho Romano, gracias a la mayor permanencia de esta etapa de la vida de Roma y cuando, por contacto con otras legislaciones extranjeras y estudiado y aplicado en la práctica por brillantes ingenios de la Jurisprudencia, alcanzó su mayor grado de perfección.

Es en el cuarto y último período, en los tiempos del Bajo Imperio cuando empezó su real decadencia, aunque es en este período cuando comenzó su codificación.

#### 1.9.1. Primer período

En la formación del Derecho Romano se distinguen cuatro períodos, que inician con la fundación de Roma y terminan en el reinado de Justiniano.

##### 1.9.1.1. De la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas

Aún resulta oscuro para los historiadores el origen de Roma, según los poetas legendarios; tres pueblos formaron a Roma, uno de origen latino, rumnenses, cuyo jefe era Rómulo; otro de raza Sabina, los titienses, con su jefe Tacio; Y los de raza etrusca, los luceres cuyo jefe tenía el título de Lucumo. Estos se reunieron en la orilla izquierda del Tíber y fundaron a Roma.

##### 1.9.1.2. Organización social y política

Cada tribu estaba dividida en diez curias que comprendía cada una un cierto número de gentes, la curia era una división artificial, las *Gens* eran un grupo natural

formado sobre la base del parentesco. Cada *Gens* comprendía el conjunto de personas descendientes por línea de varones de un autor común. A la muerte de estos, sus hijos se convierten en jefes de familias distintas. Estas familias conservan el distintivo de su común origen. Cada familia está puesta bajo la autoridad de un jefe *paterfamilia*. Estos *patres* y sus descendientes, componen las gentes de las treinta curias primitivas, y forman la clase de los patricios. *Patricii*, constituyendo una nobleza de raza y sólo ellos podían participar en el gobierno del Estado, gozando de todos los privilegios del ciudadano romano.

Los clientes eran personas que estaban agrupadas bajo la protección del jefe, que era su patrón, creando derechos y deberes. El patrón debía a sus clientes socorro y asistencia, los defendía en justicia y les daba tierras para que las cultivaran; por su parte el cliente debía a su patrono abnegación, asistiéndole con su persona, siguiéndole a la guerra y aportando de su fortuna, para pagar por su rescate en caso de cautiverio, para dotar a sus hijas o para pagar las multas a que el patrón fuese condenado. Eran órdenes recíprocas enérgicamente sancionadas; de no cumplirlas alguna de las partes era declarado *sacer* y podía ser muerto impunemente.

El origen de la clientela y su desarrollo es fruto todavía hoy de conjeturas. Estos debieron ser los libertos y sus descendientes, luego los extranjeros llegados a Roma por derecho de asilo que se ponían bajo la protección de un jefe patricio y luego las comunidades conquistadas que fueron trasladadas a Roma en su totalidad o en parte y que acrecentaron el número de las clientelas.

Según los autores antiguos, al principio en Roma sólo existían dos clases: Los patricios y los clientes y luego vino a sumarse una nueva clase de personas; los plebeyos o la plebe, *plebis*, quienes ocupaban un rango inferior en la ciudad, no tenían participación en el gobierno y no podían acceder a las funciones públicas y no podían casarse legítimamente con los patricios. El origen de la plebe es desconocido, estos pudieron haber sido antiguos clientes independizados de sus

jefes, al extinguirse la *gens* de su patrón, o, que hayan sido las mareadas de extranjeros venidos de los pueblos conquistados que fueran demasiado para poder engrosar las filas de la clientela. Los vencidos de condición inferior aumentaron la muchedumbre de plebeyos, quienes no tardaron entonces en hacer que sus reclamos fueran escuchados, creando así la eterna lucha de clases entre patricios y plebeyos.

La forma de gobierno es monárquica, pero no una monarquía absoluta, el rey era una especie de jefe de una república aristocrática, la soberanía reside en las curias, quienes ejercen el poder en las asambleas o comicios, las *comitia curiata*. El rey es elegido de forma vitalicia y es conferido de autoridad suprema; era a la vez jefe del ejército, sumo sacerdote y magistrado judicial, tanto para lo civil como para lo criminal. A su muerte y mientras es elegido un nuevo rey, el poder es ejercido por un *Inter rex* tomado del senado.

El senado estaba compuesto, al principio por los *patres* o *seniors*, es decir los de más edad entre los jefes de familias patricias. Hubo probablemente en los primeros tiempos cien senadores. Bajo Tarquino el antiguo ese número llegó a trescientos. El senado formaba un consejo para asesorar al rey.

### 1.9.1.3 *Los comitia curiata*

Eran los miembros de las treinta curias, patricios y clientes, constituyó la forma más antigua de poder legislativo. Sus decisiones se convertían en leyes, *leges curiatae*, elegían e investían a los monarcas, e instituían sobre la paz y la guerra, la composición de las familias y la transmisión de los bienes; la adrogación y el testamento.

Estos se reunían en Roma en el foro llamado *comitium*. “Sólo el rey tenía derecho a convocarlos y a someterles proyectos. La unidad del voto era la curia, dentro de cada curia se vota por cabeza para tener la opinión de la curia, dieciséis

curias pronunciándose en el mismo sentido formaban la mayoría. Pero la ley solamente es perfecta cuando ha recibido la sanción del senado, la *suctoritas patrum*<sup>10</sup>. El problema con esta organización era que sólo los patricios sufrían la carga de los impuestos y del servicio militar, aunque sólo ellos participaban en la vida política y social. La plebe permanecía extrañada de las cargas públicas así como de la administración de la ciudad.

Tarquino quiso eliminar esta desigualdad, creando tribus solamente compuestas por plebeyos, pero no lo pudo lograr y sólo pudo aumentar el número de los miembros de treinta curias haciendo entrar en ellas a algún número de familias plebeyas que eran llamadas *minoces gentes*.

#### 1.9.1.4. Reformas de Servio Tulio, los comicios por centurias

Servio Tulio establece: “Una nueva división del pueblo, formada ya no por el origen del ciudadano, sino por sus medios de fortuna, abarcando el conjunto de la población, así fueron los plebeyos llamados a concurrir junto a los patricios, al servicio militar, al pago de impuestos y también a la confección de las leyes en asambleas llamadas comicios por centurias. En el año 166 d.c., Servio Tulio divide a Roma en cuatro regiones o tribus urbanas y a la campiña en un cierto número de tribus rústicas sin distinción de orígenes, esta división es sólo geográfica y administrativa y comprende tanto a plebeyos como a patricios”<sup>11</sup>.

Se estableció el censo. Todo jefe de familia debió ser inscrito en la tribu donde tenía domicilio. Debía declarar bajo juramento: El nombre y edad de su mujer y la de sus hijos, el monto de su fortuna, incluyendo sus esclavos. El que no cumplía esta obligación, *incensus*, era castigado con la esclavitud y se le confiscaban sus bienes.

---

<sup>10</sup> Di Pietro, Alfredo, **Derecho privado romano**, págs. 46 y 47.

<sup>11</sup> Espinosa Fernández, y Muñoz Jiménez, M<sup>a</sup> R., **Cultura clásica**, pág. 239.

Estas declaraciones eran inscritas en un registro donde a cada jefe de familia se le reservaba un capítulo, *capuz*, y eran renovadas cada cinco años.

Conocida a través del censo la fortuna de cada ciudadano, Servio Tulio estableció las bases para la repartición de la población, desde el punto de vista del servicio militar y del pago de los impuestos. Fueron divididos los ciudadanos en cinco clases; los que tenían un patrimonio que alcanzaba a 100,000 ases, comprendían la primera clase; los de 75,000 ases la segunda; 50,000 los de la tercera; los de 25,000 los de la cuarta y los de 11,000 la quinta clase. Estas clases son divididas en centurias. Teniendo un número igual de centurias júniores, de 16 a 40 años, y *seniores*, de 46 a 60 años.

La primera clase tiene 80 centurias; 20 la segunda; 20 la tercera; 20 la cuarta y 30 la quinta. Estas 170 centurias componían el ejército regular.

Con estas reformas, Servio Tulio aseguró el reclutamiento en el ejército, distribuyó la carga de los impuestos de todos los ciudadanos de acuerdo a su fortuna y sustituyó la preponderancia en el estado de los que por raza podían acceder a él, poniéndolo en manos de la aristocracia, por medio de la fortuna de los ciudadanos.

#### 1.9.1.5. La república, los tribunos, *concilium plebis* y los comicios por tribus

Al caer la monarquía en el 245 d.c., el rey fue sustituido por dos magistrados patricios, elegidos por un año, y con iguales poderes, los cónsules. La autoridad religiosa es separada de los poderes civiles y confiada a un gran pontífice. Esto apenas favoreció a los plebeyos quienes continuaron excluidos de toda magistratura. Siguiendo una existencia de lo más calamitosa. Estos tenían que tomar dinero a crédito, y como no podían pagar, estando sometidos a la pobreza extrema se marcharon de Roma hacia el monte Aventino, es así como logran que los patricios le concedan ciertas concesiones; logran tener dos protectores de sus intereses; los



tribuna pelvis, quienes eran plebeyos. Estos fueron declarados inviolables y tenían derecho al veto que podían oponer en Roma dentro de un radio de una milla en torno de Roma, a las decisiones de los magistrados, cónsules y el senado.

De ahí nace la costumbre de convocar a la plebe en asambleas llamadas plebiscitos, que aunque no tenían fuerza obligatoria, más que para ella misma. Los patricios nunca asistieron a estos concilia pelvis. Esta forma dio inicio a una tercera especie de comicios, los comicios por tribus, *comitia tributa*, con preponderancia de los plebeyos, que contaban con mayoría de número a su favor. Así fue obtenida otra importante concesión por los plebeyos, con una ley fija llamada la ley de las XII Tablas.

#### 1.9.1.6. Estado del derecho antes de la ley de las XII Tablas

En el transcurso de los tres primeros siglos de Roma, el derecho privado tiene su fuente única en los usos que estaban en vigor entre los fundadores de la ciudad y que han pasado por tradición, de las poblaciones primitivas a la nación nueva. Estas son las costumbres de los antepasados, *mores majorum*.

El pueblo tomaba algunas decisiones en los comicios por curias y por centurias, y parece que fueron votadas algunas leyes en esas asambleas. Pero bajo la monarquía nada de esto sucedió, sólo a partir de la república es que aparecen leyes relativas al derecho público y criminal, nada puede decirse sobre el derecho privado, no hay documentos que puedan avalar su existencia. El jurisconsulto Pomponio refiere que Rómulo y sus sucesores hicieron votar ciertas leyes por las curias; que bajo Tarquino el soberbio, un cierto personaje llamado *Papirio*, las pública en una compilación llamada *Jus civile patrianum*, la cual no ha llegado a nuestros tiempos, y las leyes reales *leges regiae* que quedaron en desuso después de la caída de los reyes. El derecho privado sólo tiene por fuente en este período; la costumbre. Después de muchas luchas de la plebe, los tribunos se hicieron los intérpretes de

ellos, y luego de diez años de espera, los patricios cedieron y se pusieron de acuerdo con el senado y ordenaron la redacción y promulgación de una ley aplicable a los dos ordenes: La ley de las XII Tablas.

## 1.9.2. Segundo período

### 1.9.2.1. La Ley de las XII Tablas

Los romanos quisieron asesorarse en el estudio de una legislación célebre entonces, la de Grecia, y para ello, enviaron en el año 301 d.c., a tres patricios a Grecia, en donde estaban en vigor las leyes de Solón y de Licurgo. Estos regresaron al cabo de un año, trayendo consigo las leyes griegas. Hermodoro, desterrado de Efeso les ayudó en la tarea de confeccionar de la ley de las XII Tablas.

Al año siguiente, las magistraturas fueron suspendidas de común acuerdo, y todos los poderes fueron confiados a diez magistrados patricios, elegidos en los comicios por centurias, los dicenviros, quienes eran los encargados de hacer la ley. Al cabo de un año, publicaron sus trabajos, escritos sobre diez tablas, y luego en el 304 d.c., nombraron otros disenviros que añadieron dos tablas más para completar doce. Después los magistrados quisieron quedarse ilegalmente en el poder, y fueron derrocados reestableciéndose los cónsules, los tribunos y todas las antiguas magistraturas.

La ley dicenviral fue grabada sobre tablas de bronce y expuesta en el foro; Aunque no se sabe hoy día cual fue la suerte de estas, el texto todavía es familiar a los jurisconsultos del fin de la república y de los primeros siglos del imperio. Del contenido auténtico de las XII Tablas, sólo han llegado al presente algunos fragmentos, conservados en los tratados de algunos jurisconsultos que comentaron la ley, sobre todo Gayo del que han sido insertados dieciocho extractos en el Digesto de Justiniano. Desde el siglo XVII, se ha intentado reconstruir la Ley de las XII

Tablas, se ha logrado en gran parte por lo menos conservar el significado de estas, mas ese trabajo no descansa sobre ninguna base seria pues en modo alguno se ha probado que cada tabla formara un todo completo y que el contenido haya sido determinado de otra manera que por el azar de la escritura.

La Ley Dicenviral, tenía un carácter esencialmente romano, y que ella no es, como a veces se ha querido pretender decir, una copia simple de las leyes griegas.

La Ley de las XII Tablas reglamenta a la vez el derecho público y el derecho privado. Los romanos la consideran como la propia fuente de su derecho. Es la ley por excelencia y todo lo que deriva de ella es calificado de *legitimum*, las leyes posteriores no hicieron más que desarrollar el derecho de las XII Tablas y jamás hasta Justiniano, ninguna de sus disposiciones fue abrogada. Aunque imperfecta, esta ley realizó un verdadero progreso. Había en lo sucesivo una ley pública, aplicable a todos los ciudadanos.

#### 1.9.2.2. De la Ley de las XII Tablas al fin de la república

En este período los plebeyos obtienen lentamente lo que habían esperado fin de la ley de los dicenviros: La igualdad con los patricios, en derecho público como en derecho privado. Desde el año 309 d.c., el tribuno Canuleyo obtiene, tras largos debates, el voto de la Ley Canuleia, que permitió el matrimonio legitimo entre patricios y plebeyos. Esto resultó ser la mezcla completa de razas y la fusión de dos ordenes. Así los patricios aceptan por fin que los plebeyos alcancen las más altas magistraturas, luego de compartir con ellos en los campos de batalla, no tenía más que aceptar que estos también tenían derechos, así de esta forma, algunos plebeyos llegaron al consulado.

El año 307 d.c., se crean los cuestores encargados del tesoro público y los censores encargados de los censos, guardianes de las costumbres públicas y privadas, en el año 387 d.c., se crea el pretor, quien administra la justicia y en el

mismo año se crean los ediles curiales encargados de la alta policía de la ciudad. Desde el 333 d.c., los plebeyos pudieron ser cuestores y el número de estos magistrados fue elevado a cuatro. Ese mismo año, por esfuerzos de los tribunos Licinio Stolo y Lucio Sexto, los plebeyos llegaron al consulado. Luego de esto las otras magistraturas también les fueron abiertas, y llegan a la dictadura en el año 398 d.c., a la censura en el 403 d.c., a la pretura en el 417 d.c., y por último, los plebeyos en 454 d.c., se colocan entre los pontífices y los augures, y en 500 d.c., uno de ellos, Tiberio Coruncarioi, es elevado a gran pontífice.

Por estos cambios se modificó la composición del senado, según una ley Ovinia, de fecha incierta. Al poco tiempo, los plebeyos eran mayoría en el senado. Por otra parte, la Ley Hortensia del 468 d.c., dio fuerza legal a los plebiscitos, votados en los *concilia plebis*, y en lo sucesivo serían obligatorios para todos los ciudadanos.

### 1.9.3. Tercer período

#### 1.9.3.1. Del nacimiento del imperio a la muerte de Alejandro Severo

A comienzos del siglo VIII, la Constitución Republicana de Roma fue sustituida por una monarquía, quedando Octavio como único señor, luego de la batalla de Actium, tomó los títulos de Imperator y Augustus, se hizo conceder del pueblo y del senado, del año 726 d.c., al 741 d.c.: El poder proconsular que le invistió el mando de todos los ejércitos del imperio; la potestad tributicia, que hacía su persona inviolable y le daba derecho al veto sobre todos los magistrados; la potestad censorial que le permitía completar el senado y el poderío religioso. Ninguna de las antiguas magistraturas fue suprimida.

#### 1.9.4. Cuarto período

##### 1.9.4.1. De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano

Después de la muerte de Alejandro Severo comienza el período del bajo imperio que se extiende hasta el reinado de Justiniano. Esta es la etapa donde las guerras internas por el trono, y las invasiones de los bárbaros, consumen poco a poco en desorganización a la sociedad romana. La llegada al trono de una infinidad de emperadores carentes de talento para gobernar da comienzo a la caída de la ya muy corrompida sociedad romana. Con la firmeza de algunos como Constantino, quién sanciona al cristianismo como religión oficial, se logra por un tiempo frenar el proceso de disolución del imperio, pero no duran mucho los bárbaros para volver a invadir la península itálica. Luego de la muerte de Teodocio, el imperio se divide en dos partes; el occidente y el oriente. El imperio de occidente desaparece en el 476 d.c. invadido por los bárbaros. El de oriente, situado en lo que es hoy Turquía, llamado Nueva Roma vuelve a encontrar con Justiniano alguna prosperidad, pero Italia cae al fin en manos de los bárbaros y luego de la muerte de Justiniano, el imperio de oriente no es más que un imperio griego.

#### 1.10. La familia dentro de la sociedad romana

Esta entidad formada por un grupo de personas unidas por un derecho de relación especial o por el derecho común del parentesco, sometido a la potestad del paterfamilias y por cosas y bienes de cambio, *pecunia*.

Ulpiano describe a la familia, en sentido estricto, *propio iure*, como un núcleo o conjunto de personas que están sometidas a la única potestad del paterfamilias por razones naturales o jurídicas, la concepción originaria es la que considera el fundamento de la familia en la potestad o parentesco civil, *agnatio*, que predomina

sobre el vínculo de sangre y filiación o parentesco natural, *cognatio*, pertenecen a la familia todos los sometidos a la potestad del paterfamilias por haber nacido dentro del grupo y los que se han incorporado a él por actos jurídicos o religiosos.

#### 1.10.1. El paterfamilias

El centro de toda *domus* romana es el paterfamilias, quien es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos y muchas veces, posee mediante la *manus* un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas. Además es el juez dentro de la *domus*, y el sacerdote de la religión del hogar. Como una especie de monarca doméstico, puede imponer, inclusive, la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el terrible *ius vitae necisque*. Así, la antigua familia romana es como una pequeña monarquía. Los esclavos, los hijos o la esposa o la *nuera in manu*, se adquieren sólo para el patrimonio del paterfamilias, en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, etc. Como consecuencia de lo anterior, los delitos cometidos por quienes se encuentren bajo la autoridad del paterfamilias, es decir, por los *alieni iuris* y los esclavos, crean, por parte de éste, el deber de indemnizar a la víctima o a su familia.

La familia natural o *cognaticia* prevalece sobre la familia *agnaticia*, durante la evolución histórica que va de la primitiva economía agrícola y familiar a la economía de la expansión imperial y del comercio; aunque ambas concepciones aparecen unidas en las ideas de Ulpiano.

La liberalización progresiva de los vínculos de potestad se produce, sobre todo, por el comercio, participación de los sometidos, y por la emancipación de la mujer, de los hijos y de los esclavos; esta lenta transformación se inicia en los comienzos de la época imperial, culminada con las reformas de Justiniano, la unidad familiar se refleja en la comunidad de cultos religiosos, especialmente el culto a los días y a los

antepasados difuntos, *sacrae familiaria*. En las invocaciones religiosas aparecen unidas *domus* y familia, *domus familiaeque meae*.

En lo económico, la familia se presenta como una entidad independiente, formada por el huerto familiar o fundo, los esclavos, los animales de tiro y carga, y los aperos de labranza, todo ello integra el patrimonio agrario, *mancipium*, más antiguo. En época clásica pecunia adquiere mayor importancia porque en la nueva economía monetaria los bienes de cambio sustituyen a la *res mancips* de la antigua economía agraria.

La familia se considera, como la base y fundamento de la organización política, familia y *gens* se han considerado tradicionalmente como las células básicas de la organización política. Las gentes estaban formadas por varias familias que tenían en común el *nomen* gentilicio; para pertenecer a las asambleas populares y tener derecho a voto, era necesario estar incluido en el *census populi* como paterfamilias.

#### 1.10.2. Parentesco, línea y grado

Para los efectos hereditarios, los juristas consideran necesario determinar la proximidad del parentesco.

Se distinguen las líneas de los grados; y dentro de las líneas, la recta y la colateral.

La línea recta que une con los descendientes, hijo y nieto, se llama descendente y la que une con los ascendientes, padres y abuelos, se llama ascendente.

La línea colateral es la que une a los parientes con un ascendiente común, al que hay que remontarse para determinar el parentesco.

Los grados hacen referencia al número de generaciones o engendramientos que existen entre dos personas de la misma familia.

#### 1.10.3. Fundamentos de la familia moderna

Del latín *familia*, “En sentido muy amplio la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere, esta noción por su propia vaguedad y su amplitud no tiene efectos jurídicos. La palabra familia tiene una connotación más restringida a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos que viven bajo el mismo techo. En este sentido se puede hablar de la familia doméstica en oposición a la familia gentilicia. Como una huella de la antigua *gens* romana, el concepto de la familia doméstica se amplía de manera que puedan quedar comprometidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de éstos aunque no vivan en esa casa”<sup>12</sup>.

#### 1.10.4. La patria potestad

Es la relación paternofilial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos, la potestad sobre los hijos era, en el Derecho Romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos; hoy, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo, en caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá

---

<sup>12</sup> Espinosa Fernández, y Muñoz Jiménez, M<sup>a</sup> R., **Ob. Cit.**, pág. 236.



acudir al juez, quien atribuirá a uno solo la facultad de decidir, si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se hallan separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro que fije el juez.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen, se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

En el contenido de la patria potestad se pueden apreciar cinco aspectos, pues significa que es:

- Personal: En este aspecto deben los padres velar por sus hijos: Cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo potestad y respetarles siempre.
- Patrimonial: Los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, en casi todos los países ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, pero éstos deben contribuir al levantamiento de las cargas familiares cuando sea preciso.
- Representación: En los asuntos personales y patrimoniales el hijo no emancipado no puede actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan, no pueden representar los padres al hijo cuando exista

conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial.

- Tutela: La tutela es la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallan privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada, a los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación. La tutela es de ejercicio permanente y habitual: No se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela, se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: El tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: El juez. El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar con carácter excepcional, es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados. Pueden haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes y su representación. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la paternofilial. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.
- Guarda de hecho: Esta figura, sin constitución de tutela, cuyas formalidades en la vida real sólo se han venido cumpliendo cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos discapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia, autorizando al juez para pedir informes en relación con la persona y bienes del seudo-pupilo y establecer

medidas de control y vigilancia del pseudo-tutor. Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

#### 1.11. Las relaciones de potestad en Roma

El paterfamilias tiene un poder pleno e ilimitado sobre todos los miembros de la familia que se manifiesta en formas diversas:

- *Patria potestas*: Poder del padre sobre los hijos y las esposas de éstos *in manu*;
- *Manus*: Poder sobre la mujer que entra en la familia, las hijas y la mujer *in manu*;
- *Dominica potestas*: Poder sobre los esclavos.

El poder absoluto y pleno del padre, *patria potestas*, comprende los siguientes derechos:

- *Ius vitae et necis*: "Derecho de vida y muerte. Este derecho tan inhumano, que sólo se concibe en una sociedad primitiva, tiene limitaciones. se considera obligatoria la consulta con los parientes en una especie de tribunal y el censor tenía la facultad de vetar mediante nota censoria. progresivamente se transforma en un derecho a la corrección paterna. Trajano, obliga al padre que sometió al hijo a malos tratos a emanciparlo, y Adriano condenó a la deportación. Una constitución de Valentiniano I en el 365 d.c., atribuye a los jueces los castigos para las faltas más graves y castiga con la pena capital la

muerte de los recién nacidos. Constantino lo castiga como parricida y Justiniano declara que este derecho de vida y muerte ya no exista”<sup>13</sup>.

- *Ius venditi*: Derecho de vender como esclavo al hijo de familia en territorio extranjero, tiene limitaciones, el hijo no podía venderse como esclavo en territorio romano, pero si podía ser entregado *in causa mancipii*. Las XII Tablas establecían que si un padre vendía tres veces a su hijo perdía la potestad sobre él. El derecho de vender a los hijos resurge con la crisis económica del Siglo III. Dioclesiano y Constantino la prohíben, éste último y Valentiniano I, ordenan la devolución a sus padres de los hijos vendidos y, en algunos casos, la obligación de restituir al comprador los gastos ocasionados en la alimentación de los hijos. Justiniano establece que el derecho de venta podría aplicarse sólo a los recién nacidos, en casos de extrema necesidad del padre y siempre con la facultad de poder recuperar la libertad del vendido mediante el pago de un rescate.
- *Ius noxae dandi*: Derecho del padre de entregar el hijo de familia al perjudicado por un acto ilícito cometido por el hijo, con la finalidad de librarse de la responsabilidad contraída, el deber de piedad del padre hacia el hijo que inspira la legislación de Justiniano hace que este emperador declare abolido este derecho.
- *Ius exponendi*: Derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido. Esta práctica es combatida por los autores cristianos y condenada por los emperadores.

La guarda legal, era una figura jurídica que contempla la posibilidad de que una persona, denominada guardador, garantice la protección de la vida y los bienes de un menor. El moderno derecho ha ampliado de forma notable las situaciones de protección del menor, con acusado protagonismo de los poderes públicos. “Las

---

<sup>13</sup> Holgado, A. y Morcillo, C., **Latín C.O.U.**, pág. 332.

instituciones de guarda legal desbordan el viejo marco civil de la patria potestad, tutela y curatela, si bien conservando tales denominaciones pueden ser ejercidas, además de por las personas físicas, por personas jurídicas administrativas o por otras creadas al efecto, el sujeto destinatario de esta actividad es un menor, no necesariamente abandonado, pues también puede tratarse de los que se encuentren en condiciones de riesgo físico, psíquico o educativo, o en situación de desamparo; para ello el ordenamiento sitúa el principio de obrar en interés del menor por encima de cualquier otro derecho o interés que entre en colisión con aquel principio”<sup>14</sup>.

La actividad pública, bajo control judicial y del ministerio fiscal, debe entenderse subsidiaria de la actuación de la familia, por lo cual en sus actuaciones deberán estar sometidas a criterios de estricta legalidad y sus poderes y funciones deberán interpretarse en coordinación estricta con los derechos fundamentales y libertades públicas de los padres, tutores o guardadores y procurando la colaboración del menor y de la familia. Su carácter de administración tuitiva no puede entenderse como actuación directa, sino en todo caso subsidiaria, y por ello sólo será constitutiva de la acción familiar por resolución expresa y motivada en la forma conveniente del juez. La orientación de la guarda legal presupone que los menores que sean objeto de ella serán, siempre que sea posible, integrados en la familia natural; de no ser esto posible o siendo inconveniente para el menor integrarse en otra familia y en casos extremos se mantendrán en establecimientos públicos.

#### 1.11.1. Adquisición de la patria potestad

Por el nacimiento en *justas nupcias*, con una ciudadana libre, entran bajo la potestad del padre de familia. Éste aceptaba al hijo como suyo en una ceremonia de carácter religioso que suponía la entrada del hijo en el culto gentilicio, el hijo legítimo nacido del *iustum matrimonium*, adquiere la condición del padre desde la concepción. El ilegítimo sigue la de la madre en el momento del nacimiento, conforme a la regla:

---

<sup>14</sup> Holgado, A. y Morcillo, C., **Ob. Cit.**, pág. 323.

“*mater semper certa est*, se presume que el hijo es del padre si el parto se ha producido después de los seis meses o los 182 días de celebrado el matrimonio y siempre que se realice dentro de los diez meses que siguen a la disolución por la muerte del padre o por divorcio”<sup>15</sup>. La presunción de paternidad admite prueba en contrario, como en el supuesto de ausencia prolongada del marido.

Por arrogación, *adrogatio*; consistía en una antigua ceremonia realizada con la finalidad de proporcionar una familia y una descendencia al que carecía de ella, el acto en el que el arrogado padre de familia se somete a la potestad de otro padre y se hace hijo de familia de éste, se realiza dentro de los comicios curiados presididos por el pontífice máximo, después de interrogar a arrogante y arrogado, el pontífice propone al pueblo, reunido por curias, que el arrogado sea declarado hijo legítimo del arrogante y que pase bajo la patria potestad de él, más tarde, el acto se realizaba ante 30 lictores que representaban a las antiguas 30 curias, en el derecho postclásico, la arrogación se realizaba *per rescriptum principis* o por declaración delante del pretor en Roma o del gobernador en las provincias; el acto de la arrogación tenía importantes consecuencias para la situación personal y patrimonial del arrogado:

- Situación personal: Desaparece la familia del arrogado y su mujer e hijos pasan bajo la potestad del arrogante en calidad de nietos, la desaparición de la familia requiere una ceremonia previa, por la que el arrogado renunciaba a sus cultos para participar en los del arrogante.
- El patrimonio del arrogado pasa en bloque al arrogante, *successio per universitatem*: Sucesión universal entre vivos, semejante a la herencia *mortis causa*, como consecuencia, se extinguen las deudas del arrogado; pero el pretor, para evitar que los acreedores se vieran defraudados, les concedió distintas acciones: Contra el arrogado, una acción útil con la ficción de que no

---

<sup>15</sup> Laurand, L., **Manual de los estudios griegos y latinos**, pág. 456.

hubo pérdida de estado, *capitis deminutio*; contra el arrogante, la acción de peculio o la in *integrum restitutio*, en derecho postclásico la arrogación tiene una nueva regulación para facultar al que no tiene familia y que pueda hacerse con ella, se extiende a personas que no tenían acceso a los comicios, como son las mujeres y los impúberes y para evitar fraudes, se requieren determinadas condiciones:

- Se exige que el que adopta tenga más de sesenta años y no tenga hijos naturales o adoptivos;
- Una promesa del arrogante de restituir los bienes del arrogado a éste o a su familia, en los casos de muerte de uno de ellos o de emancipación del arrogado.

Por adopción, *adoptio*: La adopción o el acto de adquirir la patria potestad sobre un hijo de familia sometido a la potestad paterna suponía importantes dificultades, la patria potestad en época romana era irrenunciable y sólo terminaba con la muerte o la incapacidad civil del padre, tampoco se admite transferencia de un derecho personal. En la república si un padre vendía 3 veces a su hijo, éste quedaba libre y el adoptante adquiría la patria potestad mediante un acto ante el magistrado, rompiendo los vínculos con la familia originaria, adquiere la condición de hijo en la familia adoptante, tiene derecho a nombre gentilicio y a la herencia. La herencia fue utilizada con fines hereditarios. La adopción testamentaria fue utilizada con finalidades políticas para preparar la sucesión de los emperadores.

En el derecho postclásico se introducen importantes reformas. La adopción debe suplir o imitar a la filiación natural. Se introducen formas más simples y directas: acuerdo entre el padre natural y el adoptivo, o declaraciones del padre ante el gobernador de provincia. Se autoriza a las mujeres para que puedan adoptar, pero que el adoptante tenga al menos 18 años más que el adoptado.

Justiniano distingue dos formas de adopción:

- Adopción plena: Es la realizada por el abuelo paterno que no tiene descendientes en potestad. Tiene todos los efectos de la adopción romana.
- Adopción menos plena: La efectuada por un extraño que no supone ni el sometimiento a la patria potestad de éste, ni la separación de la familia originaria, ni la pérdida de sus derechos hereditarios. Su finalidad es atribuir derechos sucesorios *ab intestato* a la herencia del adoptante. Con ello, Justiniano pretende evitar el peligro de que el adoptado, que ha roto con su familia originaria, sea emancipado por el adoptante y pierda todos sus derechos hereditarios.

#### 1.10.2. Extinción de la patria potestad y emancipación

Patria potestad: Se extingue por la muerte del paterfamilias, pasando los hijos a ser padres y a tener sus propias familias. Cuando el padre pierde la ciudadanía romana, por caer en esclavitud, o por adquirir otra ciudadanía, *capitis deminutio* máxima o mínima, también se extingue este derecho y los hijos se hacen *sui iuris*.

En el caso de que el padre de familia sea hecho cautivo durante la guerra, la patria potestad, como otros derechos personales, permanecen en suspenso. Si retorna y cesa el cautiverio, la readquiere en virtud del derecho de postliminio.

También se extingue cuando el padre es arrogado o da al hijo en adopción, o cuando entrega a la hija *in manu* o al hijo *in mancipio*. En cuanto a los efectos, el emancipado conserva sus derechos sucesorios y hace suyos el *peculio* y los bienes adventicios. Esta nueva consideración de la emancipación como acto que favorece al emancipado hace que se pueda revocar por ingratitud, lo mismo que las donaciones.



Se establecen determinadas excepciones a favor de los hijos que alcanzan altos cargos públicos o religiosos, a los que se libera de la potestad paterna.

Emancipación: La emancipación es el acto solemne por el que el padre de familia libera al hijo de su potestad para hacerle *sui iuris*. Parece que originalmente tuvo un carácter penal, para excluir de la familia y de los cultos a un hijo considerado indigno. En derecho clásico es un acto en favor del hijo, al concederle plena emancipación para disponer de su propio patrimonio. Para emancipar al hijo se utiliza también el recurso de la triple venta, autorizada por las XII Tablas. La emancipación es siempre un acto libre y voluntario del padre, que el hijo no puede exigir.

En el derecho postclásico y bizantino, la prevalencia del vínculo de parentesco natural o cognaticio sobre el agnaticio, hace que la emancipación tenga un régimen y efectos diferentes. Ante todo, se simplifican las formalidades del acto y éste puede hacerse por simple declaración ante el magistrado. En el caso de ausentes, se admite una emancipación por escrito.

## CAPÍTULO II

### 2. El matrimonio, la separación y el divorcio en el Derecho Romano

El matrimonio es un hecho o dato de la vida social, consistente en la convivencia estable, incondicionada, indefinida y excluyente entre un hombre y una mujer con apariencia honorable, *honor matrimonii*, derivada, en especial, de su publicidad.

Se considera por los prudentes como un hecho social, que para tener relevancia jurídica debe ser conforme al derecho, *iustum matrimonium o iustae nuptiae*, o a la ley, *legitimum matrimonium*.

En la antigua familia patriarcal, aunque la mujer estaba sometida a la *manus* del marido, gozaba de la más alta consideración social como la digna compañera de su esposo. Desde los tiempos primitivos la mujer, *uxor*, formaba con el marido, *vir maritus*, una comunidad de bienes y de cultos, en una plena unión de voluntades.

La doctrina romana distingue dos elementos en la concepción romana del matrimonio:

- Subjetivo o intencional, *consensus o affectio*;
- Objetivo y material, la convivencia, reflejada en la consideración social de unión estable y permanente.

En la concepción espiritualista de la jurisprudencia clásica, predomina el elemento subjetivo o *consensus*, que debe ser continuado y constante, ya que se interrumpe la relación matrimonial cuando cesa la recíproca intención de ser marido y mujer. Sin embargo, los juristas se refieren a hechos o circunstancias, lo que prueba claramente la existencia de una relación matrimonial. Así, para la iniciación del matrimonio, se fijan especialmente en el acompañamiento de la mujer a la casa del marido, *deductio in domun*.

La finalidad del matrimonio de procrear hijos resulta también en numerosos textos, que se refieren a las declaraciones que las mujeres deben prestar ante los censores y otros magistrados, para probar que estaban unidas en válido y legítimo matrimonio. En definitiva, la convivencia matrimonial se basa en la concepción del *domicilium matrimonii* como hogar y casa.

Estas concepciones sobre la estabilidad conyugal hacen que los casos de divorcio sean muy raros en los primeros tiempos de Roma. Al final de la República, las nuevas formas sociales y corrupción de las antiguas costumbres, hacen que los divorcios sean muy frecuentes. En la concepción clásica del matrimonio, la cesación de voluntad era suficiente para la ruptura del vínculo matrimonial, los juristas hablan de *divortium* o de *repudium* para referirse a la manifestación externa de cualesquiera de los cónyuges, o de ambos en consuno, en orden a poner fin al estado conyugal. La comunicación del repudio se considera suficiente.

El divorcio, al igual que el matrimonio, es un hecho social. Puede manifestarse expresamente la voluntad de no perseverar en el matrimonio, ya sea verbalmente, por escrito o por medio de un nuncio, como tácitamente, por medio de cualquier conducta incompatible con la vida marital común, por ejemplo, abandonar la casa.

Augusto, en la ley *Iulia de adulteriis*, trata de combatir las causas de divorcio. El repudio debía participarse por medio de un impreso y ante siete testigos ciudadanos romanos púberes. La *lex Iulia et Papia* prohíbe a los libertos divorciarse del propio

patrono, con castigo de la pérdida del *connubio*. Una Constitución de Alejandro Severo declara nulo los pactos de no divorciarse y la cláusula que penalizase al autor del repudio o divorcio.

Una nueva unión matrimonial con una mujer con la que se tiene el derecho de *connubio* tiene por efecto la disolución del matrimonio anterior. El nuevo matrimonio no está sometido en derecho clásico a ninguna formalidad ni condicionamiento. En el caso de la viuda, rige el principio del antiguo derecho y debe esperar un plazo de 10 meses para volverse a casar. Este plazo no se exige en el caso de la mujer divorciada y ello podría ocasionar dudas y controversias sobre la paternidad, por lo que se imponen determinadas medidas de control para evitar engaños y fraudes.

## 2.1. Matrimonio

El jurista romano no quiere penetrar en las interioridades de la *domus* y de la familia. Se conforma con signos externos y de ahí su concepción de la convivencia profundamente humana y social. El matrimonio es un estado, una situación socialmente reconocida. Esto explica la vinculación entre matrimonio y derecho, por una parte, y matrimonio y religión, por otra, no sea en Derecho Romano tan viva como hoy día. Lo esencial es la ética social en que se basa el matrimonio como situación de hecho. Por eso los romanos se fijan en el *honor maritalis* y en la *affectio*, para sopesar si en un caso dado existe o no matrimonio.

Una definición, atribuida a Modestino, resume eficazmente la concepción realista del matrimonio romano: “El matrimonio es la unión de varón y mujer consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Quesada Sánchez, Antonio José, **Notas para una polémica: ¿admite nuestra constitución el matrimonio entre personas del mismo sexo?**, pág. 103.

Por tanto, el matrimonio es la unión de dos personas de distinto sexo con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio es una situación necesaria, una convivencia efectiva: El matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos, *honor matrimonii*, otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en casa de éste y dando así comienzo a la vida en común. No hay matrimonio si la ausente es la mujer.

El matrimonio romano es una institución del *ius civile* y, como tal, propia de los ciudadanos romanos. Matrimonio legítimo lo era únicamente el contraído por ciudadanos romanos y sólo los hijos habidos en tal matrimonio estaban sometidos a la *patria potestas* del padre y sólo ellos podían ser *sui heredes*.

Es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia. No se trata de una creación técnica del Derecho Romano, sino de una institución natural que el ordenamiento regula en interés de la sociedad.

Son caracteres del matrimonio según la concepción corriente en los países civilizados:

- Constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos si los hubiere, y
- Resultar de un acto jurídico bilateral celebrado en un concreto momento: La boda. Este acto se halla regulado, con carácter solemne, por la ley como creador exclusivo del vínculo reconocido por el estado.

Hay en la disciplina del matrimonio, muy influida por el aporte del cristianismo a la cultura jurídica, un doble aspecto:

- El de la celebración como acto, intercambio de consentimientos en forma legal, por causa del cual nace el estado de cónyuge; y
- El del estado civil creado, situación de duración indefinida producida por la manifestación de tal voluntad.

El matrimonio requiere aptitud nupcial absoluta y relativa, cada contrayente debe ser apto para casarse y debe poder casarse con la otra parte. En el primer aspecto exige ser mayor de edad y tener libertad para casarse. La exigencia de edad puede dispensarse a quienes tengan edad núbil, que se suele establecer en los 14 años. En el segundo aspecto es impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como la existencia de un próximo parentesco entre los contrayentes. Estos impedimentos son coincidentes en la práctica en todos los sistemas matrimoniales, si bien en cada uno de éstos podemos encontrar impedimentos especiales que responden a los fines de la sociedad civil o religiosa en que se enmarcan.

Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes. Dicha manifestación puede hacerse por medio de un representante, matrimonio por poder, pero siempre que el poder se otorgue para contraer con persona concreta, de modo que el representante se limita a ser portavoz de una voluntad ajena plenamente formada.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo, para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil, sea la practicada por el juez en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio: El acta o certificación correspondiente.

Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta su hogar; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

Sin perjuicio de la posibilidad lógica de que entre ellos se de una especialización de funciones e incluso una división del trabajo, que varía en función de que la mujer y el marido trabajen fuera del hogar, ambos o uno solo de ellos, los cónyuges deben prestar su concurso económico destinado al levantamiento de las cargas familiares, conforme a un criterio de proporcionalidad para con sus respectivos ingresos y recursos patrimoniales dentro de las reglas específicas del régimen económico matrimonial que rija entre ellos.

A ambos compete por igual el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o incapacitados y las funciones específicas de alimentarlos, cuidarlos y educarlos conforme a su capacidad y recursos económicos, obrando en todo caso y en primer término en interés del hijo.

El *corpus iuris civilis* nos trasmite dos definiciones de matrimonio; una en las instituciones y otra en el digesto. Para una el matrimonio no es un acto jurídico en el que emitan los contrayentes la manifestación de su voluntad sino una mera situación de convivencia entre dos personas de distinto sexo. Para otros, ya los juristas clásicos consideraron el consenso de los contrayentes como el único elemento

esencial en orden a la existencia del matrimonio el cual viene así a parecerse a un contrato de sociedad, surgiendo y persistiendo por voluntad de los cónyuges.

### 2.1.1. Clases

#### 2.1.1.1. Matrimonio *cum manu*

La mujer entraba en la familia del marido por acto de sumisión. Se realizaba una ceremonia llamada *conventio in manu* pero tenía en cuenta la voluntad de la mujer y no solamente la de su padre o tutor. La *conventio in manu* se llevaba a cabo comiendo trigo. Este acto se llamaba *confarreatio*.

Esta sumisión también se realiza a través de una venta simbólica llamada *coemptio* o por el *usus* donde el marido tenía que usar a la mujer prolongadamente durante un año.

#### 2.1.1.2. Matrimonio *sine manu*

El hombre tenía hijos con la mujer sin ser su esposa. Esta mujer era extraña para la familia de su marido. Esta relación era de origen plebeyo pero poco a poco comienza a asimilarse al matrimonio patricio por la aportación que hacía la mujer al hombre para casarse.

### 2.2. Celebración del matrimonio y adquisición de la *manus* sobre la mujer

Siendo el matrimonio romano una situación de hecho, no se puede hablar de una celebración del matrimonio. Lo que hay es una porción de actos sociales, que inician la convivencia conyugal. El más notable de esos actos es la *deductio in*



*domun mariti*, es decir, el acto de llevar el novio a casa de la novia, lo cual se suele realizar en comitiva. También es muy importante la constitución de la dote, que indica palmariamente la existencia del *honor matrimonii*. Pero estos actos no son imprescindibles.

Tampoco hay que confundir los actos que tienden a hacer adquirir al marido *manus* sobre la mujer con la celebración del matrimonio. En principio la regla general era la de la adquisición de la *manus* sobre la mujer, pero en época avanzada se pasa al *matrimonio sine manu*.

Existen tres formas de adquisición de la *manus* sobre la mujer:

- *Confarreatio*: Esta es una forma de carácter sacro de adquisición de la *manus* y que, probablemente, se reservaba a los patricios. La ceremonia consistía en la ofrenda a Júpiter de un pan de espelta, *panis farreus*, que se cocía conjuntamente en presencia de dos sacerdotes y diez testigos.
- *Coemptio*: Esta es una aplicación de la *mancipatio* al derecho de familia. Esta *mancipatio* es una compraventa ficticia, que con una cláusula adecuada provoca el traspaso de la potestad que el paterfamilias tiene sobre la mujer a la *manus* del marido.
- *Manus*: La *manus* sobre la mujer se puede adquirir también mediante *usus*, es decir, por su ejercicio continuado a lo largo de un año. Este ejercicio continuado de la *manus* sobre la mujer durante el año provoca su adquisición. De todos modos, se podía evitar esta consecuencia ausentándose la mujer durante tres noches consecutivas de la casa del marido, *usurpatio trinoctii*. En tal caso no hay pues adquisición de la *manus* por *usus*.

### 2.3. Legislación matrimonial de Augusto

Augusto se encontró con un grave problema demográfico, explica Fodar: “Así trató de solucionarlo con una legislación matrimonial. Esta labor legislativa se encuadra, pues, dentro del marco de toda una política demográfica”<sup>17</sup>.

Las leyes matrimoniales de Augusto son, fundamentalmente, la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, y la *lex Papia Poppaea nuptialis*.

Las leyes de Augusto, indica el autor citado establecen: “Una obligación general de contraer matrimonio para todos los romanos comprendidos entre los veinticinco y los sesenta años y para las romanas entre veinte y cincuenta años. Disuelto el matrimonio por divorcio, toca al hombre casarse inmediatamente; a la mujer según sea divorciada o viuda, se le conceden, respectivamente, plazos de dieciocho meses y de dos años.

Además, la *lex Papia Poppaea* desea que estos matrimonios sean fecundos: No menos de tres hijos para el matrimonio de ingenuos, y cuatro para el matrimonio de libertos. Ni siquiera la viudedad o el divorcio eximían de estas obligaciones. A los que cumplían se les otorgaba determinadas ventajas: Es causa de exención de determinados numerales; la mujer quedaba exenta de tutela; etc.”<sup>18</sup>.

### 2.4. La disolución del matrimonio

El matrimonio se disuelve por una de las causas siguientes:

- Muerte de uno de los cónyuges.
- *Capitis deminutio máxima*: Si el ciudadano cae prisionero del enemigo se convierte en esclavo, lo que provoca una disolución del matrimonio. Ahora

---

<sup>17</sup> Fodar Benlloch, E., **Estudios de derecho de familia**, págs. 186-187.

<sup>18</sup> Fodar Benlloch, E., **Ob. Cit.**, pág. 188.

bien, si escapa del cautiverio y vuelve a Roma, recupera todos sus derechos con excepción de la posesión y el matrimonio. Aquí lo que sucede es una nueva situación de hecho con honor *matrimonii* y *affectio maritalis*; es decir, se trata ya de un nuevo matrimonio. Evidentemente, la mujer del romano cautivo podía iniciar un nuevo matrimonio con otro, sin esperar a que el marido volviera o no.

- *Capitis deminutio media*: El caso típico es el de la *deportatio*, que conlleva la pérdida de la ciudadanía romana. Así se extingue también el matrimonio.
- *Capitis deminutio mínima*: La adopción del yerno o de la nuera implica la disolución del matrimonio, ya que los cónyuges mediante este acto se convierten en hermanos.

El caso más importante de disolución del matrimonio lo constituye el divorcio. La propia naturaleza del matrimonio romano implicaba su disolución por cese de la *affectio maritalis*, es decir, el matrimonio se disolvía cuando terminaba la intención de ser marido y mujer. El divorcio en el Derecho Romano clásico no requiere forma alguna; lo que hay es que la conciencia social hubiera desaprobado un divorcio infundado. Finalmente los cónyuges podían excluir de antemano la posibilidad del divorcio.

En derecho justiniano, el divorcio se produce mediante declaración oral o escrita, comunicada al otro cónyuge en presencia de testigos. Por otra parte, aparece un régimen de justas causas que da lugar a los siguientes tipos de divorcio:

- *Divortium ex iusta causa*: Existe una justa causa que da base al divorcio, adulterio de la mujer. Son justa causa: La maquinación o conjura contra el emperador; el adulterio declarado de la mujer; las malas costumbres de la mujer; el alejamiento de la casa del marido; las insidias al otro cónyuge; la falsa acusación de adulterio por parte del marido; el lenocinio atentado por el

marido; el comercio asiduo del marido con otra mujer dentro o fuera del hogar conyugal.

- *Divortium bona gratia*: Por causa que no deriva de culpa de ninguno de los cónyuges, impotencia sobrevenida, cautiverio de guerra, etc.
- *Divortium sine causa*: Divorcio arbitrario que arranca de uno de los cónyuges sin base en una justa causa.
- *Divortium communi consensu*: No hay *iusta causa* pero sí acuerdo entre los cónyuges para disolver el matrimonio.

## 2.5. Los esponsales

Los esponsales son una promesa recíproca de futuro matrimonio. El nombre *sponsalia* procede de la forma *sponsio*, promesa formal, que servía para su conclusión. Es posible que en un principio esta promesa se realizara entre el padre de la novia y el futuro contrayente, pero, en todo caso, el papel de la novia no debió ser simplemente pasivo. En todo caso, sabemos que las comunidades latinas mantuvieron ese régimen hasta el año 90 a. c.

En la época clásica no era ya necesaria una forma especial para los esponsales. Además, en todo momento se podía romper el compromiso.

En cambio, en el derecho posclásico los rescriptos introducen la práctica de las *arrahae sponsaliciae*, que son cantidades que los prometidos intercambian entre ellos. La parte que rompe la promesa de esponsales debe restituir dobladas las arras de la otra parte y él mismo pierde las que entregó.

Los esponsales se disuelven por la muerte, por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio, por el mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios, *repudium*. Promesa formal de contraer un futuro matrimonio; por lo general esta promesa se enmarca dentro de un acuerdo jurídico más amplio, capitulaciones matrimoniales, donde se contempla, entre otros muchos y variados temas, el régimen económico que regirá el futuro matrimonio y las aportaciones patrimoniales que efectuarán a la futura economía familiar los parientes de uno y otro esposo. Los esponsales tuvieron una gran importancia en la edad media por intervenir en la política matrimonial de las casas reales y nobiliarias europeas, y desde la baja edad media y el renacimiento también fueron un procedimiento fundamental para la alta burguesía, así como para las relaciones de una clase con la otra de las contempladas. La celebración de esponsales, salvo en el derecho canónico medieval: Esponsales de presente, no obligan a los que los contraen a casarse entre sí, ni generan ningún vínculo que de lugar a impedimento matrimonial; tan sólo obligan a resarcir al incumplidor, en todo caso, de los gastos efectuados con ocasión del matrimonio proyectado y a indemnizar, cuando proceda, por las obligaciones contraídas con idéntico fin. La acción que surge de la negativa a contraer matrimonio caduca al año de la manifestación de la misma.

## 2.6. Concubinato

El concubinato es una unión estable entre un hombre y una mujer pero que carece de *affectio maritalis* y de honor *matrimonii*. La prole nacida de tal unión no tiene la consideración de legítima y, sobre todo, no cae bajo la *patria potestas* del paterfamilias.

Las leyes matrimoniales de Augusto prohíben el matrimonio con mujeres tachadas y declaró ilícita la unión extraconyugal con mujeres de baja condición social.

Posteriormente, Justiniano otorga trato favorable al concubinato, elevándolo a la categoría de matrimonio morganático, de condición inferior, para ir equiparándolo al matrimonio legítimo. Abolidas las prohibiciones de Augusto, el concubinato es ahora la unión estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*. A la vez, se desarrolló un nuevo procedimiento de legitimación, por carta de gracia, *per rescriptum principis*, para los casos en que no fuera posible contraer matrimonio.

En sentido amplio, el concubinato es la cohabitación de un hombre y una mujer sin la ratificación del matrimonio. En su sentido restringido, el concubinato es una forma de poligamia en la cual la relación matrimonial principal se complementa con una o más relaciones sexuales<sup>19</sup>.

El concubinato era una práctica legal y socialmente admitida en muchas culturas de la antigüedad, incluida la hebrea; sin embargo, a las concubinas se les negaba por regla general la protección a la que tenía derecho la esposa legal. Los antiguos germanos también aceptaban esta práctica como una forma inferior de matrimonio. En el Derecho Romano, el matrimonio se definía de forma explícita como monógamo; se toleraba el concubinato, pero la consideración social de la concubina era inferior a la de la esposa legal. Aun así, se le reconocían ciertos derechos, como el deber del padre de mantener a sus hijos y su probable legitimidad en caso de celebrarse el matrimonio entre ambos. El concubinato ha sido una práctica admitida en el Islam; en los harenes, las concubinas carecían de consideración legal, pero sus hijos poseían algunos derechos patrimoniales.

En el Derecho Romano la convivencia sexual entre esclavos es permitida por los señores. Esta figura podía tener efectos jurídicos después de la *manumissio*.

Dice Guillermo Floris Margadant, que: “Los escritos de Séneca, Tertuliano y otros demuestran que los romanos del principado se casaban y divorciaban muy

---

<sup>19</sup> Mellado, Francisco de P, **Enciclopedia Moderna. Diccionario Universal de Literatura, Ciencias, Artes, Agricultura, Industria, y Comercio**, pág. 234.

frecuentemente", y agrega el autor: "La tan alabada definición de Modestino del matrimonio, como una *coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comuni catio*, no era, en tiempos de este jurisconsulto, sino nostálgico recuerdo de siglos pasados"<sup>20</sup>.

Al respecto que los romanos de aquellos tiempos vivieron una etapa de moral devaluada, lo que se manifiesta no sólo en la vida conyugal, sino en general, en las costumbres, cuya recuperación se inicia con el cristianismo de Constantino.

Dice Floris Margadant, que:

"Cuando Justiniano sube al trono, se encuentra cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

- Por mutuo consentimiento.
- Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio, típica ilustración de una disposición legal *minus quam perfecta*.
- *Bona gratia*, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí basado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio, impotencia, cautividad prolongada, o inmoral, voto de castidad.

Indica el mismo autor: "Justiniano limitó los casos de procedencia del divorcio, y más tarde, en la Edad Media, el derecho canónico continuó con éxito la lucha contra el divorcio declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables el *divortium quoad torum*

---

<sup>20</sup> Floris Margadant, Guillermo, **El derecho privado romano**, pág. 212.

*et mensam, non quoad vinculum*, divorcio en cuanto a la cama y a la mesa, pero no en cuanto al vínculo”<sup>21</sup>.

## 2.7. Régimen de bienes en el matrimonio

### 2.7.1. Relaciones patrimoniales entre cónyuges

El régimen de bienes del matrimonio romano se encuentra todo él dominado por la concepción fundamental de la *manus*. Los romanos llaman *manus* al poder marital, y cuando esta se adquiere no significa que ésta tenga capacidad patrimonial. En realidad, lo corriente era que se hiciera una aportación al matrimonio, llamada dote para compensar a la mujer de la pérdida de sus derechos sucesorios en la familia de origen. Por otra parte, la pérdida de derechos sucesorios en su familia de origen se veía compensada con la adquisición del derecho a suceder en la familia del marido.

#### 2.7.1.1. Regímenes históricos

En el curso histórico del Derecho Romano se distinguen tres regímenes matrimoniales de bienes: un régimen de absorción propio del matrimonio que se acompaña de la *manus*; un régimen de separación en el matrimonio libre; y el régimen dotal<sup>22</sup>.

##### 2.7.1.1.1. Régimen de absorción de bienes

Si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la *manus* sobre la mujer, los bienes de ésta, pasan a engrosar al patrimonio del marido. De igual modo, se

---

<sup>21</sup> Floris Margadant, Guillermo, **Ob. Cit.**, pág. 213.

<sup>22</sup> Mellado, Francisco de P, **Enciclopedia moderna. diccionario universal de literatura, ciencias, artes, agricultura, industria, y comercio**, pág. 256.



hacen del marido los bienes que por cualquier título adquiriera la mujer durante el matrimonio.

#### 2.7.1.1.2. Régimen de separación de bienes

Tratándose del matrimonio libre, conserva la cantidad de los bienes llevados al matrimonio, así como hace suyos los adquiridos durante él por herencia, legado, donación, etc. Tales bienes pueden ser administrados por la propia mujer, la cual, dispone de ellos con entera libertad. Cabe que los confíe en administración a su marido, hablándose entonces de bienes extradotales o parafernales.

En cuanto a los bienes parafernales, el marido actúa como simple mandatario, debiendo atenerse en todo a las instrucciones dadas por la mujer. Si hace un uso no autorizado por ésta, queda responsable de la pérdida que pueda acaecer. Disuelto el matrimonio, el marido se ve obligado a restituir los bienes parafernales. Dispone la mujer, a tal respecto, de la *rei vindicatio*, o de la *condictio*, si los bienes fueron entregados al marido de suerte que éste adquiriese la propiedad, o de la acción correspondiente a la particular relación contractual que haya mediado entre una y otro.

En cuanto a los bienes parafernales, el marido actúa como simple mandatario, debiendo atenerse en todo a las instrucciones dadas por la mujer. Si hace un uso no autorizado por ésta, queda responsable de la pérdida que pueda acaecer. Disuelto el matrimonio, el marido se ve obligado a restituir los bienes parafernales. Dispone la mujer, a tal respecto, de la *rei vindicatio*, o de la *condictio*, si los bienes fueron entregados al marido de suerte que éste adquiriese la propiedad, o de la acción correspondiente a la particular relación contractual que haya mediado entre una y otro.

### 2.7.1.1.3. Régimen dotal

Éste necesita de una explicación más amplia.

“Dote es el conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer o un tercero en su nombre, entrega al marido para ayudar a sostener las cargas matrimoniales”<sup>23</sup>.

Aunque la dote surge, probablemente, en el matrimonio con *manus*, como una compensación anticipada a la mujer de la pérdida de sus derechos sucesorios en la familia de origen, muy pronto se extiende al matrimonio sin *manus*, donde toma el carácter de una ayuda para sostener las cargas matrimoniales. De todos modos, hay una unidad de régimen y en las fuentes cuando se habla de dote no se suele especificar si se trata de matrimonio *sine manu* o *cum manu*.

El marido se hace propietario de la dote. En el matrimonio con *manus* es evidente puesto que la mujer al estar sometida a la *manus* carece de capacidad patrimonial. Ahora bien, la misma regla se aplica al matrimonio *sine manu*, pasando, por tanto, también la propiedad de los bienes dótale al marido. Lo que hay es que se trata de una propiedad funcional, es decir la dote tiene una función que cumplir en la familia, y la propiedad del marido sobre la dote sólo se mantiene mientras exista esa función. Cuando desaparece esa función hay que restituir la dote a la mujer o a sus herederos. Cuando el divorcio se puso a la orden del día, entró en la práctica la costumbre de que el marido prometiese al constituyente, mediante convención estipulatoria, la restitución de la dote, para el caso de que se disolviera el matrimonio. De tal promesa estipulatoria nacía la *actio ex stipulatu*.

En los primeros tiempos, la constitución de dote era un deber moral, o mejor aún, una cuestión de honor para los parientes de la mujer. De un deber jurídico, de una obligación legal de dotar, no puede hablarse hasta la época posclásica, y quizás hasta Justiniano.

---

<sup>23</sup> Nash, Mary, **Mujer, familia y trabajo en España**, pág. 34.

En el derecho justiniano tal obligación recae sobre el padre y, en casos excepcionales, sobre la madre.

Se distinguen la dote profecticia y la dote adventicia. La dote profecticia es la constituida por el paterfamilias de la mujer. La dote adventicia, en cambio, es la constituida por cualquier otra persona (hermano, tío, etc.), incluida la mujer misma.

#### 2.7.1.1.3.1. Constitución de la dote

En el derecho clásico hay tres formas de constitución de la dote: *dotis datio*, *dotis promissio*, *dotis dictio*.

- *Dotis datio*: Esta es la forma de constitución real, y se cumple a través de los oportunos y acostumbrados modos de transmisión. Consiste en una transmisión de la propiedad de los bienes dótiles, utilizando para ello la forma adecuada: *mancipatio* o *in iure cessio*, para las *res Mancipi*; *traditio*, para las *res nec Mancipi*. La transmisión de la propiedad tenía lugar automáticamente, aunque no se hubiera celebrado aún el matrimonio. Pero si éste no llegaba a celebrarse el marido debía restituir los bienes dótiles, para evitar un enriquecimiento injustificado a costa de la mujer. Para reclamar la restitución disponía de una *condictio*.
- *Dotis promissio*: Esta forma parte de las constituciones obligatorias. La *dotis promissio* es una promesa de dote hecha en forma de *stipulatio*, que obligaba a transmitir los bienes dótiles. Esta dote suele constituirse al igual que la *dotis datio* antes del matrimonio, aunque también puede constituirse después.
- *Dotis dictio*: La *dotis dictio* es la constitución obligatoria típica, y se sustancia en una declaración solemne del constituyente, que sólo puede ser la mujer misma, si es *sui iuris*, o el padre, o el abuelo paterno, o un deudor de la mujer

que intervenga por mandato de ésta. Era una promesa unilateral de constitución de la dote. Este tipo de constitución de la dote no puede darse una vez celebrado el matrimonio; sólo puede constituirse antes del matrimonio.

En el derecho posclásico caen en desuso los negocios formales, *mancipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio*. Por ello, Teodosio II y Valentiniano III permiten la constitución de la dote con una promesa simple, *pollicitatio dotis*, que no tenía ni las formalidades de la *dotis dictio*, ni la de la *promissio dotis*. Con Justiniano estas promesas de dote no formales alcanzan carácter general.

#### 2.7.1.1.4. La dote durante el matrimonio

La dote, jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido, o al que ejerce sobre él, si es *filius*, la *patria potestas*. Conferida en propiedad al marido o a su paterfamilias, se entiende siempre que es al primero de éstos a quien se otorga, y con miras a una finalidad que se explica por razón del matrimonio. La dote, en cuanto capital debe ser conservada intacta por el marido, que hace suyos los frutos. El marido no pasa de ser un mero usufructuario, al modo que lo es el padre de los bienes de los hijos.

#### 2.7.1.1.3. 5. Restitución de la dote

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

En el derecho clásico, la *actio ex stipulatu* sólo permite reclamar la taxativamente lo convenido, salvo que se haya estipulado la restitución de todo aquello que se deba según ley. Respondía al supuesto de que las partes hubieran previsto ya de antemano la posibilidad de disolución del matrimonio, y hubieran celebrado a tal efecto una *stipulatio*, o promesa formal de restitución de la dote.

La *actio rei uxoriae* aparece para los casos en que las partes no hayan estipulado nada previamente. Consiste en una obligación legal de restituir, con independencia de cualquier convención, que se introdujo a comienzos del siglo VII de Roma. Esta acción contenía la cláusula *quod melius aequius erit*, lo que sea mejor y más equitativo, es decir, que era una acción basada en la equidad y en la buena fe, y que dejaba un margen al arbitrio judicial.

La diferencia entre la *actio rei uxoriae* y la *actio ex stipulatu* estriba en el contenido de la restitución; así, mientras que la *actio ex stipulatu* tendía pura y simplemente a la restitución de la dote, la *actio rei uxoriae* permitía una porción de matizaciones a la hora de determinar el contenido de la restitución. Aquí hay que distinguir tres casos:

- *Retentio propter liberos*: Cuando el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer, el marido tiene derecho a retener  $1/5$  por cada hijo; si se disuelve por divorcio, y siempre que éste se deba a culpa de la mujer o del padre bajo cuya potestad se encuentra, puede retener  $1/6$  por cada hijo, sin que nunca excedan de  $3/6$ .
- *Retentio propter more*: Por las inmoralidades graves, *graviores mores*, se retiene  $1/6$ , y  $1/8$  por las leves, *leviores mores*. Es inmoralidad grave el adulterio; leve, todo lo demás.
- Si el matrimonio se disolvía por muerte del marido, los herederos de éste tenían que restituir la dote, sin poder hacer las correspondientes retenciones.

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

El marido deja de ser considerado propietario de la dote durante el matrimonio, pasando a ser un mero usufructuario *ex lege*.

En cuanto a la restitución de la dote, Justiniano refunde las dos acciones *ex stipulatu* y *la actio rei uxoriae* en una sola.

## 2.8. La tutela en el matrimonio y el divorcio

Es la guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos, o cuyos progenitores se hallen privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no estén sometidos a la patria potestad prorrogada. A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin cumplir el trámite de la previa incapacitación.

La tutela es de ejercicio permanente y habitual: No se nombra tutor para ejecutar un acto o un negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto tutelado. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata, el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila, el juez.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo buscan la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar de forma excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las

personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados.

Pueden existir varios tutores, con la misma competencia, el padre y la madre del alienado, o con competencias diferentes. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes y su representación, si además de su vínculo con el pupilo se prueba que éste no pueda hacerlo por sí mismo, en calidad de representante legal. Es administrador legal del patrimonio, aunque para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar su tutela

## 2.9. La curatela

Es como la tutela, es la carga pública establecida para proteger a las personas que no pueden protegerse por si mismas aunque cuenten con la mayoría de edad pero diferente de al tutela por las personas que se le aplica.

El tutor se da a la persona, el curador se da para los bienes, esto significa que el curador esta investido con el mismo poder que el tutor, pero el no autoriza la *autocratis interposito* esta remplazada por un simple *conseus* que da a la persona en *curatela cunado* es un acto jurídico. Este *consensus* no tiene nada de solemne por lo que puede darse antes o después del negocio por lo que en este caso solo sirve como ratificación de los bienes de la persona física y si la persona se encuentra enferma este debe de ver por lo posible por la pronta recuperación de éste.

La curatela se emplea básicamente cuando la persona esta incapacitada mental mente. Es insana físicamente a rango de no poder tomar decisiones.

Pero si en algún momento la persona por instantes recupera la conciencia en esos momentos de lucidez el curador permanece con el título pero pierde sus funciones.

También se emplea en los menores de 25 años los cuales pueden perder su independencia si después de cumplir la mayoría de edad se le determina que no puede cuidarse entonces el curador se hace de cargo de el hasta que el pueda hacerlo.

El curador pierde el derecho por una mala manutención del menor, por una mala administración de los bienes del menor, por alguna manifestación jurídica en la cual se falle contra el o bien si el declina por fe propia.





## CAPÍTULO III

### 3. Nociones generales del matrimonio, la separación y el divorcio en Guatemala

La noción sociológica del matrimonio describe, como elementos sustanciales del mismo, la unión estable de un hombre y una mujer, de la que comúnmente se genera la prole, legitimada socialmente. El principio de legitimidad distingue cabalmente la unión matrimonial de otras uniones de hecho.

La legitimación social ha sido muy diversa a lo largo de la historia, según las diferentes culturas y civilizaciones. Desde el reconocimiento de cualquier unión como matrimonio, por la simple notificación o publicidad de la misma, hasta la minuciosa reglamentación de quiénes pueden contraer matrimonio, de las formalidades que han de observarse, de las características de la relación matrimonial y de sus efectos.

El principio de legitimidad se realiza actualmente a través del derecho. Para que la unión de un hombre y una mujer alcance la condición de matrimonio no es suficiente el mero acuerdo de las partes, sino que es necesaria la acomodación de esa aceptación a una compleja y amplia reglamentación jurídica impuesta socialmente. Esta regulación abarca principalmente:

- La celebración o pacto conyugal.
- La sociedad conyugal.

- Los efectos derivados de la relación conyugal.

Sin embargo, hay que advertir un cambio de mentalidad que ha pasado de reprobar las uniones de hecho a reconocerles efectos jurídicos, y tiene fiel reflejo también en las legislaciones modernas y se advierte la tendencia a difuminar las diferencias entre las uniones legales y las uniones de hecho.

La competencia del Estado en materia matrimonial es una cuestión admitida en la actualidad con carácter general. El divorcio está igualmente incorporado en todas las legislaciones, salvo escasas excepciones.

Las reformas legislativas han consistido en la progresiva sustitución del divorcio versus sanción, divorcio por culpa, por el divorcio-remedio, que se basa en la imposibilidad de la convivencia matrimonial. Se admite, así, con mayor profusión el divorcio consensual o voluntario como lo denomina nuestra legislación.

Lo más significativo, sin embargo, es el reconocimiento de efectos civiles a las uniones de hecho o matrimonios no registrados. Algunos datos sociológicos justifican esta atención:

- El alarmante descenso del número de matrimonios en los países occidentales.
- El constante incremento del número de divorcios.
- La disminución constante y progresiva de la tasa de natalidad, así como la progresiva implantación de la despenalización del aborto.

Se inicia un regreso a la concepción romana del matrimonio, entendida como una unión basada en la convivencia y en la *affectio maritalis*, hoy considerada como relación amorosa entre los cónyuges. Esta vuelta a los presupuestos romanos y su consideración como hecho social plantea al derecho un nuevo reto: La sustitución del

matrimonio-contrato por la idea del matrimonio como hecho social productor de efectos jurídicos.

Convertido el consentimiento en la causa eficiente del matrimonio, se excluyen del proceso de formación del mismo la convivencia, la cópula conyugal y el amor.

La solución canónica medieval supuso una quiebra importante respecto a la concepción romana del matrimonio. Concebido como una situación de hecho, el matrimonio romano se asienta en un elemento material, la *affectio maritalis*, es decir, la intención de vivir como marido y mujer, que sería calificado también como consentimiento continuado.

La necesidad de la concurrencia de los dos elementos en el matrimonio produce una consecuencia inmediata: La imposibilidad de la existencia de un matrimonio sin convivencia. La quiebra de la convivencia conyugal supondría la cesación del matrimonio por desaparición de un elemento básico del mismo. Pero, además de esta consecuencia, la concepción romana del matrimonio nos permite extraer otra consecuencia no menos importante y que nos aproxima a un tema de evidente actualidad: No toda convivencia es matrimonial, ni debería ser interpretada como tal. Afirmación que permite distinguir el matrimonio del concubinato.

La progresiva concesión y reconocimiento del *ius connubii* a todas las personas no hizo desaparecer la institución del concubinato, si bien ha cambiado de nombre para evitar su significación peyorativa, recibiendo en la actualidad el nombre de uniones de hecho o, incluso, el de matrimonio no registrado.

La solución canónica medieval dio un vuelco total a esta situación, al centrar la causa eficiente del matrimonio en el consentimiento, convirtiendo la convivencia en un efecto, derecho-deber, del contrato matrimonio y perdiendo, así, la condición de elemento esencial en la constitución del matrimonio.

El *consensus* matrimonial, a diferencia del consentimiento romano, pasa a ser inicial e irreversible, desapareciendo las características de la continuidad, consentimiento continuado. Esto significa que, una vez prestado, no puede ser revocado. Este último aspecto será matizado al vincular la indisolubilidad absoluta a la consumación, permitiendo la disolución del matrimonio rato y no consumado.

La posterior formalización obligatoria del matrimonio, que se establece en el Concilio de Trento, decimonoveno concilio ecuménico de la Iglesia católica apostólica y romana, que tuvo lugar, a lo largo de tres etapas, entre 1545 y 1563, permite a la doctrina profundizar en los dos momentos del matrimonio: “El matrimonio *in fieri* o pacto conyugal y el matrimonio *in facto esse* o sociedad conyugal. Centrada la constitución del matrimonio en el primer momento y considerado el segundo como un efecto del mismo”.

Constituida la relación jurídico-matrimonial es irrelevante, a efectos de validez y firmeza del contrato matrimonial, la posterior instauración de la convivencia conyugal. Ni siquiera tendrá relevancia a los efectos de su posible disolución. Los incumplimientos de las obligaciones conyugales, el fracaso de la convivencia o cualquier otra circunstancia sobrevenida al pacto conyugal resultan irrelevantes a efectos de su validez y vigencia.

La crisis de esta influencia del matrimonio canónico respecto a las legislaciones civiles se va a centrar en su disolución. Junto a los procedimientos de nulidad y separación en la legislación canónica, las legislaciones civiles han incorporado progresivamente el divorcio.

Superado el divorcio-sanción, cuyo objetivo fundamental consistía en determinar la culpabilidad de uno de los cónyuges, a partir de los años setenta ha prosperado la tesis de la interpretación del divorcio como un remedio a una situación insostenible e irreparable. Ante un matrimonio roto, en el que no existe la convivencia

o no es posible restaurarla, sin pretender inculpar a alguno de los contrayentes como responsable de esta situación, se alza como solución, como remedio, el divorcio.

Esta revalorización de la convivencia matrimonial coincide con una corriente de opinión favorable a la homologación de las uniones de hecho al matrimonio. La legislación española, en numerosas disposiciones legales, ha introducido la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho.

A partir del Concilio Vaticano II se ha producido una lenta evolución legislativa y una apresurada evolución jurisprudencial. La doctrina conciliar puso el acento en la dimensión comunitaria del matrimonio. No obstante, la gran innovación legislativa se encuentra en la novedosa regulación de los supuestos legales de incapacidad.

El éxito jurisprudencia de estos nuevos capítulos de nulidad se basa en el redescubrimiento de la dimensión tipo convivencia del matrimonio, de tal manera que, si se demuestra que la convivencia es imposible, el matrimonio es nulo. Es evidente que, por la propia naturaleza del matrimonio canónico, el legislador sitúa esa imposibilidad en el momento de contraer matrimonio, pero lo que exige al contrayente es una capacidad actual para contraer compromisos futuros.

El legislador canónico, ha rectificado y ha valorado adecuadamente la dimensión comunitaria del matrimonio y la relevancia jurídica y social de la convivencia conyugal.

### 3.1. Familia y matrimonio

Familia y matrimonio son dos conceptos que comúnmente se nos presentan como derivado uno del otro, ¿es esto real? ¿Se casa la gente con la única finalidad formar una familia?, en la Guatemala independiente, ¿podemos definir a la familia como piedra angular de la sociedad? Analizando la evolución tanto del concepto

como la práctica de matrimonio, puede conocerse el puente que conduce a las respuestas de las interrogantes planteadas y con un poco de suerte a otras interrogantes referentes a la vida cotidiana y de la repercusión social e ideológica de nuestra época.

La evolución en las prácticas matrimoniales comparte de la evolución misma de una sociedad con ideales de modernidad, presentarán su cambio más significativo no tanto en los ritos, en un primer momento, sino en las instituciones que respaldan y validan la unión entre un hombre y una mujer, para formar una familia.

El desarrollo debe encaminarse al análisis de leyes, tanto religiosas como civiles que validan el matrimonio, sin dejar de lado en impacto social que esto representa en una época de importantes acontecimientos políticos, económicos y sociales en Guatemala.

### 3.2. Antecedentes históricos

La génesis de la humanidad se sustentó en el dogma de fe en la creación divina en la que la unión de un hombre y una mujer serán el principio de la raza humana, por tanto se ha tomado a esta unión de manera equivocada, como el primer ejemplo de matrimonio. En el Libro del Génesis se lee lo siguiente: “entonces Jehová hizo caer en un sueño profundo sobre Adán, y mientras éste dormía tomó una de sus costillas...” con este y otros argumentos, la Iglesia se adjudicó la premisa del matrimonio; sin embargo el Derecho Romano ya había redactado leyes referentes al matrimonio, si bien con característica distintas al las que conocemos hoy en día, son ejemplo de un funcionamiento social que consideraba necesario legislar las uniones entre hombres y mujeres.

El ordenamiento jurídico de una sociedad democrática y avanzada como la nuestra debe proteger, en cualquier relación jurídica, a aquella parte que se encuentre en la posición más débil. Así, en el proceso penal, al imputado frente al

Ministerio Público, *pro reo*; en la relación laboral, al trabajador frente al empresario, *pro operario*; en una relación médica, al paciente frente al hospital, *pro paciente*, etc. Siendo el momento de analizar la institución matrimonial desde esta perspectiva.

El matrimonio es sobre todo y ante todo una institución social, y no sólo jurídica, con una marcada dimensión religiosa, ética, moral y psicológica, porque afecta a lo más íntimo de la persona. El concepto de matrimonio, *matrimonium*, no fue creado por los juristas, como sí lo fueron, en cambio, los conceptos de contrato, estipulación, dolo, testamento, propiedad o posesión y otros muchos. El matrimonio interesa, pues, a los juristas sólo en la medida en que de él deriven relaciones de justicia. Por eso, una excesiva juridificación del matrimonio más que enriquecerlo lo empobrece, ya que la perspectiva jurídica del matrimonio es siempre parcial, limitada; de entrada porque el posible amor que une a los cónyuges trasciende a todas luces el derecho y en nuestro sistema jurídico se encuentra por demás tratado de esa forma. El amor, móvil de tantas acciones genuinamente humanas, es, en realidad, un concepto meta jurídico. Pobre servicio se prestaría a la sociedad si la contemplación jurídica del matrimonio desvirtuara su auténtica naturaleza, presente en todas las civilizaciones, a saber: Que la propagación del género humano se desarrolle en el marco social más adecuado; Guatemala no se encuentra al margen al respecto, pues se ha tomado al matrimonio desde el punto de vista jurídico únicamente como objeto de estudio y no como lo que es, la continuación de la raza humana, y en nuestro caso de la soberanía estatal.

El Derecho Romano analizó el matrimonio desde la posición del *pater familias*. Las personas nacidas en justas nupcias quedaban sometidas exclusivamente a su patria *potestas*, institución típicamente romana, *ius proprium civium Romanorum*. Ésta permitía al *pater familias* adquirir un poder absoluto sobre sus hijos, que ponía al cuidado de su esposa y madre de éstos, *matrimonium, de mater*, para así poder dedicarse él a la administración de los bienes familiares, *patrimonium, de pater*.



Llama la atención, a primera vista, que los juristas romanos, creadores ellos, del término contrato y conscientes de que el matrimonio nacía del consentimiento, *nuptias non concubitus sed consensus facit*, no contractualizarán el matrimonio, como sí, en cambio, otras relaciones bilaterales, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato o la fiducia. La preponderancia del padre en la familia romana impedía ver en el matrimonio una relación jurídica bilateral en sentido estricto. Lo jurídico era propiamente la *patria potestas* o la *manus*, poder marital, pero no el matrimonio, que no originaba propiamente un vínculo jurídico inter partes, sino un vínculo social con efectos jurídicos; de ahí que, en Roma, no hubiera diferencia entre separación y divorcio.

La contractualización del matrimonio, *contractus matrimonii*, ya en la Edad Media, Pedro Lombardo, Tomás de Aquino, o Henry Bracton en la tradición del common law, supuso un gran avance en la comprensión de la institución matrimonial por cuanto creó entre los cónyuges un vínculo jurídico estable y no sólo un vínculo social con ciertos efectos jurídicos. Canonistas y moralistas comenzaron entonces a interesarse por el matrimonio desde su igual posición conyugal, *vir et uxor pares sunt*, y centraron su atención en el estudio de la cópula sexual, en cuanto generadora de derechos y obligaciones, débito conyugal. El matrimonio por antonomasia pasó a ser el matrimonio canónico, indisoluble *ratione materiae*, es decir, por configurarse los cónyuges como una carne (Génesis 1, 27; 2, 24. Mateo 19, 5).

La necesidad de la forma *ad validitatem* proclamada por el Concilio de Trento en el año 1563 otorgó al matrimonio el carácter público que siempre conservó el matrimonio romano. Siglos después, en la tradición del common law, continuaba considerándose el matrimonio un contrato. Con rotundidad lo afirma William Blackstone, en sus famosos *Commentaries on the Law of England* (1765-1769)<sup>24</sup>, con los que se iniciaron en el derecho, entre otros muchos, los juristas

---

<sup>24</sup> Blackstone, Sir William, *Commentaries on the laws of England*, pág. 124.

norteamericanos: "Our law considers marriage in no other light than as a civil contract"<sup>25</sup>.

La revolucionaria Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 secularizó el matrimonio en el Artículo 7: "La loi ne considère le mariage que comme contrat civil", y abrió las puertas al divorcio civil por mutuo consentimiento, Ley de divorcio de 9 de octubre de 1792. El Código Civil de 1804 recogió esta concepción del contrato civil así como el divorcio por mutuo consentimiento, aunque bastante mitigado con respecto a la Ley de 1792. Apostó el Código Francés por una familia patriarcal, inspirada sin duda en el Derecho Romano. La influencia mundial de este Código hizo que paulatinamente calaran estas doctrinas en muchos otros ordenamientos jurídicos europeos, americanos y asiáticos.

La plena equiparación entre los hijos legítimos, matrimoniales, y los ilegítimos, no matrimoniales, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, fue utilizada políticamente para defender que el matrimonio no debía ser el único entorno reconocido por el derecho para la procreación. Alejado de su fin primario, el matrimonio se fue transformando paulatinamente en un mero contrato de convivencia entre un hombre y una mujer con una *affectio maritalis* y un proyecto común de vida unilateralmente renunciabile.

### 3.3. Perspectivas críticas del matrimonio, la separación y el divorcio en Guatemala

Al llevarse a cabo la conquista y colonización de Guatemala, se confrontó la existencia de dos grupos sociales distintos: Los españoles y los indígenas. El reto era formar una sola sociedad y para conseguirlo los españoles se propusieron llevar a los indígenas a la cultura occidental y unificarlos jurídicamente, tal como lo indicaban las Leyes Protectoras.

---

<sup>25</sup>McLellan, David, **Contract marriage: The way forward or dead end?** *Journal of law and society*, Vol. 23, No. 2, págs. 234-246

Según las Leyes Protectoras, los indígenas eran por igual súbditos del rey, no formaban clase aparte, no debía existir discriminación entre peninsulares y aborígenes. Asimismo estas leyes permitían y recomendaban el matrimonio entre españoles e indígenas. Esto dio origen a la formación de los mestizos, también llamados ladinos, que vinieron a constituir parte importante de la sociedad guatemalteca en formación.

Para buscar la unificación social la religión católica jugó un papel principal, la mayoría de los pueblos indígenas adoptaron el catolicismo. También jugó un papel importante las Cofradías que eran una forma de supervivencia de su antigua organización prehispánica.

Durante esta época la vida de los habitantes de Guatemala era muy sencilla, no existía el alumbrado ni los espectáculos como los que existen actualmente por lo que la gente acostumbrada a acostarse muy temprano y levantarse de madrugada para realizar sus actividades diarias. La alimentación era en general, sana, abundante y muy barata.

Las principales festividades eran de tipo religioso; otras se hacían para celebrar la venida de un nuevo Capitán General, la subida al trono de un nuevo rey, etc. Los matrimonios los arreglaban los padres de familia sin contar con los novios. Se acostumbraba en muchos casos que los jóvenes de alta sociedad tomaran el hábito religioso, ya que era un privilegio en esa época.

Las casas eran bastante amplias y el mobiliario sencillo. La gente no acostumbraba viajar debido a las enormes dificultades y peligros y quienes lo hacían dejaban su testamento hecho. No existían hoteles a lo largo de los caminos, por lo que los viajeros se hospedaban en casas de sacerdotes o en monasterios.

En la Guatemala actual, la Constitución señala que el Estado debe garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio.

De igual manera, señala expresamente que el Estado debe promover la igualdad de derechos de los cónyuges y la paternidad responsable.

El Código Civil coincide con este principio al establecer que ambos cónyuges gozan de igualdad de derechos y obligaciones dentro del matrimonio. Sin embargo, el Código Civil vigente desde 1963 dispone, en contradicción con el principio de igualdad de derechos y obligaciones entre cónyuges, que la representación conyugal corresponde solo al marido.

Durante el matrimonio, la mujer tiene el derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o divorcio.

Ambos cónyuges fijarán de común acuerdo su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación, establecimiento de los hijos y la economía familiar.

El Código Civil establece el deber del esposo de proteger y asistir a la mujer, estando obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar y en igual forma corresponde el deber para la esposa si el marido estuviere imposibilitado para hacerlo.

La mujer tiene, especialmente, el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la minoría de edad y dirigir los quehaceres domésticos, con la ayuda del esposo.

El Código Civil señala también que la mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, siempre y cuando estas

actividades no perjudiquen el interés y cuidado de los hijos y demás atenciones del hogar.

En cualquier caso, el marido podrá oponerse a que la mujer trabaje fuera del hogar, toda vez que él suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo.

El régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los contrayentes antes o durante la celebración del matrimonio. Los cónyuges pueden elegir los siguientes regímenes económicos: Comunidad absoluta, separación absoluta y comunidad de gananciales. A falta de capitulaciones sobre los bienes, la ley entiende que el matrimonio fue contraído bajo el régimen de comunidad de gananciales.

Las mujeres no pueden contraer matrimonio antes de transcurridos trescientos días contados desde la disolución del matrimonio anterior, para evitar problemas de filiación en los casos en que una mujer pudiera estar embarazada.

La edad mínima requerida para contraer matrimonio, sin necesidad de consentimiento de los padres, es 18 años. La poligamia no está permitida en Guatemala. El Código Penal sanciona a quien contrajera segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior. Igual sanción recibirá el soltero que contraiga matrimonio con persona casada, con conocimiento previo de su condición civil.

Hasta marzo de 1996, el Código Penal de Guatemala tipificaba el delito de adulterio como aquel delito cometido por la mujer casada que yacía con un hombre que no era su marido, y por quien yacía con ella sabiendo que era casada. La pena para este delito era de 6 meses a 3 años de prisión. Pero, para los hombres el mismo delito se denominaba concubinatio y solo se daba cuando el hombre llevaba al hogar conyugal a la persona con la que engañaba a su cónyuge; y la pena era de 1 año de prisión.

Un grupo de mujeres y organizaciones guatemaltecas lograron la derogatoria de tales normas, a través de una acción de inconstitucionalidad promovida ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

La Constitución Política reconoce la legalidad de las uniones de hecho. El Código Civil las define como la unión de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, siempre que exista hogar y que se haya mantenido la vida en común ininterrumpidamente por más de tres años, ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación, educación de los hijos y auxilio recíproco.

Las uniones de hecho tienen efectos legales toda vez que sean declaradas por los interesados ante una autoridad local. Esta declaración es inscrita en el Registro Civil y tiene los mismos efectos que la certificación matrimonial.

La unión de hecho, inscrita en el Registro Civil, produce los siguientes efectos: Se presume que los hijos nacidos durante el período en que dure la unión son hijos del varón con el que la madre estuvo unida; los bienes adquiridos durante la unión de hecho se reputan como comunes; cualquiera de ellos puede pedir la liquidación de los mismos y la adjudicación de los bienes que le correspondan.

Por último, el hombre y la mujer en unión de hecho están sujetos a los deberes y derechos de los cónyuges durante el matrimonio. La unión de hecho puede cesar por mutuo acuerdo de los interesados o por cualquiera de las causales de divorcio señaladas en el Código Civil.

Se reconocen derechos hereditarios recíprocos entre el varón y la mujer cuya unión de hecho haya sido debidamente registrada. En este tipo de uniones, rige también la prohibición de que las mujeres contraigan matrimonio antes de transcurridos trescientos días contados a partir de la muerte de su pareja o la disolución de la unión.

El Código Civil establece las figuras de la separación, que modifica el matrimonio, y el divorcio, que lo disuelve. Tanto la separación como el divorcio pueden declararse por acuerdo de los cónyuges o por voluntad de uno de ellos, mediante causa determinada por ley.

Son causas legales para la separación o el divorcio, entre otras, las siguientes: Infidelidad, maltrato, injuria grave y toda conducta que haga insoportable la vida en común; atentado contra la vida del cónyuge; alumbramiento de un hijo concebido antes del matrimonio, sin conocimiento previo del marido sobre el embarazo; enfermedad grave, incurable y contagiosa que pueda perjudicar al otro cónyuge o a la descendencia; e impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que sea incurable y posterior al matrimonio.

Son efectos civiles de la separación y el divorcio: La liquidación del patrimonio conyugal y el derecho de alimentos, que se otorga a la mujer que haya obtenido la separación o el divorcio por culpa del marido, siempre y cuando observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio. La custodia de los hijos se asigna como efecto de la separación o el divorcio. El cónyuge culpable de esta situación queda suspendido o pierde la patria potestad, si hay petición expresa de la parte interesada.

El Código Civil establece además que, desde el momento en que se presenta la solicitud de separación o divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para la salvaguarda de sus personas y de sus bienes, hasta que se dé la sentencia definitiva. El juez determina la custodia provisional de los hijos hasta la resolución definitiva del divorcio, pudiendo ser otorgada al padre, a la madre o a un tutor.

### 3.3.1. Derechos socioeconómicos

La Constitución Política de Guatemala garantiza el derecho inherente de la persona humana a la propiedad privada, señalando que toda persona puede disponer libremente de sus bienes.

Sin embargo, en el Código Civil existían restricciones legales específicas para las mujeres en lo que se refiere al derecho de administración de la propiedad conyugal. El varón es el encargado de la administración regular de los bienes matrimoniales; pudiendo la mujer oponerse a los actos del marido cuando estos vayan en perjuicio del patrimonio común.

Anteriormente la mujer sólo adquiriría la representación conyugal y la administración del patrimonio común cuando el marido es declarado interdicto, abandona el hogar o se declara su ausencia, o cuando es condenado a prisión y por el tiempo que ésta dure, actualmente ambos poseen los mismos derechos.

El Código Civil establece que, para la enajenación y el gravamen de bienes inmuebles de la comunidad conyugal, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, de lo contrario, el acto se considera nulo.

Respecto a la herencia de propiedades, el Código Civil no establece limitaciones legales para las mujeres. Señala que, en caso de una sucesión en la que no exista testamento, la ley regula ésta considerando solo los vínculos de parentesco y no el sexo de las personas.

En los derechos laborales, el trabajo es objeto de protección por parte del Estado, y es definido como un derecho de la persona y una obligación social.

La protección a la mujer trabajadora y la regulación de las condiciones en las que presta sus servicios son derechos sociales mínimos que deben ser promovidos por la legislación laboral.

La Constitución señala específicamente la igualdad de salario para el mismo trabajo prestado en iguales condiciones y la prohibición de discriminar entre mujeres solteras y casadas.



El gobierno de Guatemala ha suscrito convenios internacionales adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativos a los derechos de las mujeres trabajadoras; por ejemplo, el Convenio 100 sobre la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un trabajo del mismo valor; el Convenio 111 sobre la Discriminación en el Empleo; y el Convenio 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares.

El Código de Trabajo regula la no discriminación por razón de sexo, responsabilidad familiar, estado civil o embarazo, y la protección a la madre trabajadora, a quien no se debe exigir ningún trabajo que requiera esfuerzo y ponga en peligro el embarazo. Establece también el derecho a un descanso forzoso retribuido con el 100% de su salario, de treinta días anteriores al parto y cuarenta y cinco días posteriores al mismo. Gozan del mismo derecho las trabajadoras que adopten a un menor de edad.

En época de lactancia, la mujer trabajadora goza del derecho a dos descansos, dentro de la jornada de trabajo, para amamantar a su hijo.

En el marco constitucional se establece que es deber del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna. La educación impartida por el Estado es gratuita.

La Constitución Política señala que el Estado debe proveer y promover becas y créditos educativos; además, establece que la enseñanza deberá impartirse en forma bilingüe en las zonas donde la población sea predominantemente indígena.

Las instancias para la mujer, en Guatemala, la instancia gubernamental encargada de la formulación de políticas de género y promoción de la mujer es la Oficina Nacional de la Mujer (ONAM), adscrita al Ministerio de Trabajo. Sin embargo, el presupuesto que se le asigna es escaso y el rango administrativo que se le otorga es bajo.

Tal situación ha imposibilitado que esta instancia logre sus fines en la medida adecuada. Existe una propuesta para crear otra instancia con el nombre de Instituto Nacional de la Mujer (INAM), proyecto que actualmente se encuentra en espera de su aprobación en el Congreso de la República.

Además, existe la Defensoría de la Mujer de la Procuraduría de Derechos Humanos, la cual comprende, entre sus funciones principales, la realización de talleres con autoridades locales del interior de la República, a fin de capacitarlas sobre el tema de los derechos humanos de las mujeres, la realización de estudios estadísticos sobre la situación de la mujer en Guatemala y la atención directa a mujeres víctimas de la violencia. En el área del derecho penal, la Fiscalía de la Mujer tiene a su cargo la investigación y el ejercicio de la acción penal en todos los delitos que involucren a una o varias mujeres y que estén relacionados con su condición de mujer.

Entre los delitos que serán de conocimiento de esta fiscalía están: El aborto, los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y contra el pudor, y los delitos contra el orden jurídico familiar y contra el estado civil.

### 3.3.2. Marco legal aplicable

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto completo figura en las páginas siguientes. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".

Regula en su Artículo 16: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Por su parte el Código Civil, regula:

Artículo 15: Son personas Jurídicas: 1. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, La Universidad de San Carlos y las demás instituciones de Derecho Público, creadas o reconocidas por la ley;

Sobre la personalidad de las asociaciones civiles, en el Artículo 18: Las instituciones, los establecimientos de asistencia social y demás entidades de interés público, regulan su capacidad civil por las leyes que las hayan creado o reconocido, y las asociaciones por las reglas de su institución, cuando no hubieren sido creadas por el Estado. La personalidad jurídica de las asociaciones civiles es efecto del acto de su inscripción en el registro del municipio donde se constituyan. El acto de su inscripción no convalida las disposiciones de sus estatutos que adolezcan de nulidad o que sean anulables. La acción correspondiente podrá ejercitarse por quien tenga interés en el asunto o por la Procuraduría General de la Nación.

El Organismo Ejecutivo deberá emitir en un plazo no mayor de tres meses después de la entrada en vigencia de la presente ley, el reglamento que norme y establezca los requisitos de inscripción ante el Registro Civil, reformado por el Artículo 53 del Decreto Número 114-97 del Congreso de la República.

En el Artículo 41: La vecindad es la circunscripción municipal en que una persona reside y se rige por las mismas leyes que el domicilio. La vecindad confiere iguales derechos e impone las mismas obligaciones locales a guatemaltecos y extranjeros.

En el título II, de la Familia, Capítulo I, del Matrimonio, párrafo tercero, sobre la celebración del matrimonio en Guatemala, quienes pueden autorizar el matrimonio civil en el Artículo 92: El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión.

También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde.

Debiendo observar las siguientes formalidades según el Artículo 93: Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes que hará constar en acta: Nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona.

La constancia del acto según el Artículo 100: Una vez efectuado el matrimonio, el funcionario que lo autorice entregará inmediatamente constancia del acto a los contrayentes, razonará las cédulas de vecindad y demás documentos de Identificación que se le presenten, y enviará aviso a la Oficina de Registro de Cédula

de Vecindad respectiva, dentro de los 15 días siguientes a la celebración de dicho acto, para que se hagan las anotaciones correspondientes.

Las actas del matrimonio regula el Artículo 101: Las actas de matrimonio serán asentadas en un libro especial que deberán llevar las municipalidades.

Los notarios harán constar el matrimonio en acta notarial que deberá ser protocolizada, y los ministros de los cultos, en libros debidamente autorizados por el Ministerio de Gobernación.

En relación a la copia del acta, regula el Artículo 102: Dentro de los quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, el alcalde que lo haya autorizado deberá enviar al Registro Civil que corresponda, copia certificada del acta y los notarios y ministros de los cultos aviso circunstanciado. La falta de cumplimiento, de esta obligación será sancionada, en cada caso, con multa de uno a cinco quetzales, que Impondrá el juez local a favor de la Municipalidad.

Al respecto regula el Artículo 103; Todos los días y horas son hábiles para la celebración del matrimonio. Las diligencias constancias, certificaciones, avisos y testimonios relativos al mismo se extenderán en papel simple.

Con relación de matrimonios fuera del perímetro municipal, establece el Artículo 104: Cuando se trate de matrimonios que deban celebrarse fuera del perímetro de la sede municipal, el alcalde, o quien haga sus veces concurrirá a donde sea necesario, siempre que los Interesados faciliten los medios de transporte.

El Capítulo II, determina lo relativo a la Unión de Hecho, procediendo su declaración según regula el Artículo 173: La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido

constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.

Haciéndose constar como lo regula el Artículo 174: La manifestación a que se refiere el Artículo anterior, se hará constar en acta que levantará el alcalde, o en escritura pública o acta notarial si fuere requerido un notario.

Identificados en forma legal, declararán bajo juramento sus nombres y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, domicilio y residencia, profesión u oficio, día en que principió la unión de hecho, hijos procreados, indicando sus nombres y edades, y bienes adquiridos durante la vida en común.

Al respecto del aviso registral el Artículo 175, regula: Dentro de los quince días siguientes, el alcalde o el notario dará aviso al Registro Civil jurisdiccional para que proceda a la inscripción de la unión de hecho, oficina que entregará a los interesados constancia de dicha inscripción, la que producirá iguales efectos que la certificación de matrimonio.

La falta de este aviso será sancionada con una multa de cinco quetzales, que impondrá el juez local a solicitud de parte.

La certificación del acta municipal o el testimonio notarial, se presentarán al Registro de la Propiedad, si se hubieren declarado inmuebles, como bienes comunes.

En el caso de la unión de menores de edad, establece el Artículo 177: Los alcaldes o notarios no podrán aceptar declaración de unión de hecho de menores de edad, sin el consentimiento de los padres o del tutor o, en su caso, autorización del juez.

Existe la obligación de remitir un aviso al Registro Civil según regula el Artículo 185, que determina: Terminadas las diligencias de la cesación de la unión y satisfechas las exigencias legales, la autoridad que haya intervenido en ellas o el notario que autorice la escritura de separación, liquidación y adjudicación de bienes, dará aviso al Registro Civil en que se inscribió la unión de hecho, para que se haga la anotación correspondiente.

Dentro del Decreto 106, en el capítulo XI, sobre el Registro Civil, en el párrafo primero de Disposiciones Generales, se regula en el Artículo 369: El Registro Civil es la institución pública encargada de hacer constar todos los actos concernientes al estado civil de las personas. El Artículo 370, continúa regulando: El Registro Civil efectuará las inscripciones de los nacimientos, adopciones, reconocimientos de hijos, matrimonios, uniones de hecho, capitulaciones matrimoniales, insubsistencia y nulidad del matrimonio, divorcio, separación y reconciliación posterior, tutelas, pro tutelas y guardas, defunciones e inscripción de extranjeros y de guatemaltecos naturalizados y de personas jurídicas.

Dentro de las actuaciones del matrimonio se establece además una función municipal en el Artículo 373, que establece: Los registros del estado civil se llevarán en cada municipio y estarán a cargo de un registrador nombrado por el Concejo Municipal.

En los lugares en donde no sea necesario el nombramiento especial de Registrador, ejercerá el cargo el Secretario de la Municipalidad.

En la capital y, cuando fuere posible, en las cabeceras departamentales, el Registrador Civil deberá ser abogado y notario colegiado activo, siendo de reconocida habilidad para el ejercicio de su profesión, guatemalteco natural y de reconocida honorabilidad e idoneidad. Reformado por el Artículo 1 del Decreto Número 69-97 del Congreso de la República.

Al respecto de la inspección el Artículo 384, determina: El registrador civil de la capital y los registradores de las demás cabeceras departamentales, tendrán la inspección y vigilancia de los registros civiles municipales de sus respectivos departamentos, debiendo visitarlos e instituir a los encargados de llevarlos, respecto de los requisitos y formalidades para asentar las inscripciones. Levantarán acta de la visita, en que harán constar las faltas e irregularidades que observaren y las medidas dictadas para subsanarlas, de lo cual darán cuenta al alcalde respectivo.

En el Artículo 387, se establece, con respecto al tema; Las multas que se impongan por el incumplimiento de la ley y reglamento del Registro, serán percibidas por las respectivas municipalidades.

Y en determinación a su reglamento el Código regula en su Artículo 390: El reglamento del Registro Civil contendrá las demás disposiciones que deben normar su funcionamiento y regular su perfecta organización en todos los municipios de la República.

### 3.3.3. Otras consideraciones legales de importancia

Al analizar el Artículo 110, que atribuye la responsabilidad del sustento del hogar al marido y la responsabilidad por el cuidado de los hijos menores y del hogar a la esposa, se subraya el apoyo mutuo que los cónyuges deben brindarse y la necesidad de proteger el hogar y los hijos. La división de funciones no pretende discriminar sino proteger a la esposa en su función de madre, y proteger a los hijos. La mujer no se ve perjudicada; por el contrario, las disposiciones realzan su autoridad. Al analizar los Artículos 113 y 114 derogados, que permitían que la mujer ejerciera tareas fuera del hogar en la medida en que ello no esté en conflicto con sus obligaciones en el hogar, puede establecerse que esta disposición no contenía prohibición alguna de los derechos de la mujer. Como ningún derecho es absoluto, el Artículo incluye limitaciones encaminadas primordialmente a proteger a los hijos de



la unión. Congruentemente con los deberes de cada cónyuge, el marido puede oponerse a que la esposa cumpla tareas fuera del hogar sólo si ofrece un sustento adecuado y tiene razones justificadas. La disposición que establece que un juez decidirá en caso de desacuerdo brinda una protección contra posible acción arbitraria pues garantiza que las razones del marido se refieran al papel legalmente definido de la esposa y a la protección de los hijos.

Las garantías de igualdad y no discriminación consagradas en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reflejan bases esenciales del propio concepto de derechos humanos. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana, estos principios se desprenden “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y son inseparables de la dignidad esencial de la persona”. Las distinciones estatutarias basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso. Se afirma que dado que “El avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante”... ..“tendrían que mediar razones de mucho peso” para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo.

Las distinciones de género objeto de estudio han sido defendidas dentro del marco del derecho interno esencialmente sobre la base de la necesidad de la certeza y seguridad jurídicas, de la necesidad de proteger el hogar y a los hijos, respecto de los valores guatemaltecos tradicionales, y, en ciertos casos, de la necesidad de proteger a la mujer en su calidad de esposa y madre. Sin embargo, no se ha intentado probar la validez de estos asertos o sopesar otras posiciones. Por ejemplo, anteriormente el hecho de que el Artículo 109 excluyera a la mujer casada del ejercicio de la representación conyugal, excepto en circunstancias extremas, no contribuye a una administración ordenada de la justicia ni favorece su protección, la de su hogar o la de sus hijos. Por el contrario, priva a la mujer casada de la capacidad jurídica necesaria para invocar la protección judicial que una administración ordenada de la justicia y la Convención Americana exigen esté a disposición de toda persona.

## **CAPÍTULO IV**

4. Análisis comparativo de la naturaleza, principios y fundamentos entre el Derecho Canónico y el Derecho Civil con respecto al matrimonio: a partir del Concilio de Trento y en el Derecho Civil de Guatemala

En nuestro país solamente se reconocen dos estados civiles ambos vinculan al individuo con la familia: Soltero y Casado.

El estatuto personal es una noción que surge en el Código Napoleónico de 1802, reconocido en el derecho internacional, su objeto es vincular al individuo con la norma aplicable para resolver conflictos relativos a su persona, el matrimonio y el estado civil son instituciones contempladas por dicho estatuto, el Artículo 370 del Código Civil establece cuales son las acciones derivadas del estado civil y relativas a las cuestiones del nacimiento, defunción, matrimonio y su nulidad, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia; quedan fuera de las acciones del estado civil el concubinato, el amasiato, la soltería, los alimentos, la convivencia con menores y su sustracción de la familia.

En nuestro país el estado civil es parte del estatuto personal y las relaciones de familia quedan contempladas en éste como el estado familiar.

El estado familiar tiene diferentes grados y sólo uno está reconocido por el derecho interno, así, se menciona el estado de casados.

El principio general para el estado familiar es aplicar a la resolución de los conflictos las normas del foro, es decir, del domicilio de la familia, salvo en algunas excepciones.

De acuerdo al Artículo 86 del Código Civil de Guatemala por ejemplo, se considera valido el matrimonio que adquieran los guatemaltecos fuera de la República, siendo suficiente que se presenten las constancias relativas y que las mismas se registren.

Históricamente el matrimonio es considerado como el centro de la vida familiar. La regulación de ésta institución nos proviene de Roma con el nombre de *Justas Nupcias*, se trataba más bien de un acto ceremonial que era preparado incluso desde el nacimiento de los hijos.

Los esponsales era el acto por el cual los padres prometían que sus hijos establecerían un vínculo matrimonial a futuro.

El fundamento de los esponsales era el asegurar sobre todo la transmisión del patrimonio y el establecimiento de lazos políticos.

En la actualidad ésta institución lógicamente se encuentra en desuso de acuerdo al Artículo 1 sobre la Convención de las Naciones Unidas respecto al consentimiento de contraer matrimonio del 25 de octubre de 1979 el cual prohíbe los esponsales por considerarlos como prácticas reprobatorias de la sociedad.

En nuestro Código Civil se regula a ésta institución como una forma de convenio a futuro, sin embargo dicho convenio no genera obligaciones a futuro, pues el acto matrimonial sólo adquiere validez al celebrarse con las debidas solemnidades de ley.

Aunque existan naciones que contemplen el pago de daños y perjuicios contra el futuro cónyuge que incumpla los esponsales como en el caso de Nicaragua y Honduras, el juez en Guatemala, podría alegar el carácter público del derecho familiar y dejar sin efectos en nuestro ámbito territorial de validez dicha sentencia en virtud de que somos un estado soberano, aunque dicha sentencia si podrá cumplirse en dichas naciones.

Fue un 8 de marzo de 1877 cuando a través del Decreto Gubernativo 176, se dio vida al Registro Civil, como parte de las políticas de la Revolución Liberal.

Sin embargo, no fue sino hasta seis meses después cuando empezó a funcionar. “Los padres de José Nicomedes Mendía eran los primeros en inscribir a su hijo en el libro de nacimientos. En ese entonces el registrador era conocido con el nombre de Depositario, y según los apuntes de la época el primero de ellos fue Ramón Salazar”<sup>26</sup>.

Un tocayo de Salazar, Ramón Rojas, decidió juntamente con su esposa María de la Cruz Ramírez celebrar, además de las fiestas patrias, su matrimonio, según consta en el registro de Matrimonios municipales de ese mismo año.

Antes de dicha constitución la institución era materia de regulación del Derecho Canónico. En su constitución fue considerada un acto ceremonial, y en la actualidad nuestra Constitución hace referencia a la naturaleza de ésta institución, regulándola en el Código Civil como una institución pública encargada de hacer constar todos los actos concernientes al estado civil de las personas.

Existen países donde en la actualidad la iglesia católica sigue siendo la entidad que lleva los registros de los actos civiles.

---

<sup>26</sup> Yac García, Sonia Lidia, **La hemeroteca universitaria. Un estudio sobre la necesidad de la Hemeroteca de la Universidad de San Carlos de Guatemala**, pág. 61.

Por ejemplo en España y en Colombia el matrimonio se considera un sacramento y un acto jurídico.

Correspondiendo a la iglesia expedir las cédulas en las que conste el vínculo matrimonial. En Guatemala, no obstante que la iglesia no lleva esos registros, se reconoce que los matrimonios en otros países donde a éste órgano se le confieran las facultades registrales, deberán ser considerados como válidos, debiéndose, en todo caso, para que sea formalmente en nuestro país, asentarse la existencia de éste acto ante el Oficial del Registro Civil respectivo, exhibiéndose la constancia que acredite el vínculo.

En materia internacional entonces se considera como autoridad competente para celebrar un matrimonio a aquella que señalen las leyes civiles del lugar en que se encuentren las partes, y el reconocimiento en otros países es una forma de extraterritorialidad de la ley.

#### 4.1. La familia

##### 4.1.1. Definición

Es el conjunto de personas que teniendo como base el matrimonio, concubinato, unión de hecho o filiación se encuentran unidas por lazos de ascendencia y por la adopción.

##### 4.1.2. Derecho de familia

Conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado y de interés público que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones familiares.

#### 4.1.3 Su ubicación en la sistemática jurídica

Se ubica dentro de la rama del derecho privado, porque éste regula las relaciones entre el estado y los particulares en una relación de subordinación.

#### 4.1.4. Tesis de Antonio Cicu

Divide al derecho de familia y lo enmarca ya no dentro del derecho publico o del derecho privado, para este autor la división bipartita se convierte en tripartita, es decir derecho público, derecho privado y derecho de familia.

### 4.2. Matrimonio

#### 4.2.1. Definición

Es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

#### 4.2.2. Naturaleza jurídica del matrimonio

Existen tres teorías o doctrinas que regulan, y explican cada una de ellas:

- La doctrina del matrimonio como un contrato: Para la cual el matrimonio es un contrato, es decir un acuerdo de *voluntates* entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas. La objeción que existe a esta teoría es que el contrato crea derechos y obligaciones de carácter económico, mientras que el matrimonio genera derechos y obligaciones de carácter moral.

- La doctrina del matrimonio como un acto jurídico: Esta doctrina toma como base que existen actos jurídicos públicos y actos privados, los primeros con los cuales actúa el estado; los segundos los que son realizados por los particulares. En el matrimonio se conjuntan ambos, es decir la participación del estado a través del funcionario que autoriza el matrimonio y la participación de los particulares o contrayentes.
- La doctrina del matrimonio como una institución social: Considera al matrimonio como un ente creado y regulado por sus propias normas y reglas que le han sido otorgadas por el estado con el objeto de darle una seguridad social a dicha institución.

El Código Civil en su Artículo 78 acepta al matrimonio como institución.

#### 4.2.3. Clasificación del matrimonio

- Matrimonio religioso: Es el celebrado ante sacerdote o ministro de culto no católico.
- Matrimonio civil: Es el celebrado ante la autoridad facultada para ello y que obligatoriamente debe ser previo al religioso, por disposición de la ley.
- Matrimonio mixto: Surge como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que en casos determinados uno u otro surtan plenos efectos.

#### 4.2.4. Requisitos legales para contraer matrimonio

- **Requisitos personales:** Se refiere a las personas que intervienen en el acto matrimonial. En primer lugar encontramos a los contrayentes lógicamente hombre y mujer, 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 causa que hagan insubsistente el vínculo matrimonial, Artículo 88 del Código Civil. En cuanto al funcionario que puede autorizar el matrimonio establece la ley que corresponde al notario, al alcalde, concejal, o ministro de culto debidamente autorizado. También pueden comparecer testigos en el acto del matrimonio.
- **Requisitos materiales:** Los contrayentes deben de demostrar su identidad, además de conformidad con el Artículo 97 del Código Civil, es obligatorio una constancia de sanidad para el contrayente varón y para la mujer solamente cuando lo requiera el contrayente varón. Se debe de dar una constancia del acto a los contrayentes y el aviso al Registro Civil dentro de los quince días hábiles a la celebración del matrimonio.
- **Requisitos solemnes del matrimonio:** La ley establece que el notario debe de señalar día y hora para la celebración del acto matrimonial y en la ceremonia de celebración dará lectura a los Artículos 78 y del 108 al 114 del Código Civil; y además recibirá de cada uno de los contrayentes su consentimiento de tomarse respectivamente como marido y mujer y en seguida los declarará unidos en matrimonio.

#### 4.2.4. Deberes y derechos que nacen del matrimonio:

- Derecho a la vida en común,



- Derecho a la relación sexual,
- Derecho y obligación de procrear y alimentar a los hijos,
- Obligación de fidelidad y asistencia recíproca;
- Derecho u obligación a los alimentos. Etc. (Artículos 108-115 del Código Civil)

#### 4.2.5. Capitulaciones matrimoniales y esponsales

- Capitulaciones Matrimoniales: Las constituyen el contrato en el que se estipulan las condiciones relativas a los bienes presentes y futuros de los contrayentes. Artículos. 116-117-119 del Código Civil.
- Esponsales: Lo constituye la promesa que hacen hombre y mujer de contraer matrimonio futuro; sin embargo, ésta no produce la obligación de contraer matrimonio sino solamente, el resarcimiento de los daños y restitución de las cosas donadas y entregadas, en caso de incumplimiento. Artículo 80 del Código Civil.

#### 4.2.6. Regulación legal del matrimonio:

Del Artículo 78 al 172 del Código Civil; 59 de la Constitución Política de la República. Del Artículo 88, 89, 144, 145 del Código Civil.

#### 4.2.7. Regímenes económicos aceptados por el Código Civil

- Comunidad Absoluta de Bienes: (Artículo 122.) En éste régimen todos los bienes aportados al matrimonio y los adquiridos durante el mismo

pertenecen a la comunidad conyugal y como consecuencia de ello se dividen por mitad al disolverse o modificarse el matrimonio.

- Separación Absoluta de Bienes: (Artículo 123) En este régimen cada cónyuge conserva la administración y propiedad exclusiva de los bienes que le pertenecen, así como frutos productos y accesiones de los mismos.
- Comunidad de Gananciales; (Artículo 124) En este régimen, ambos cónyuges conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer el matrimonio y de los que adquieren durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros; pero harán suyos por mitad al disolverse el patrimonio 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 adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.

#### 4.3. Separación

##### 4.3.1. Definición

Es la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial. Artículo 154 Código Civil.

#### 4.3.2. Clasificación

- 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; y,
- Separación por Mutuo Acuerdo entre los cónyuges: La cual no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, y concurre el consentimiento de ambos cónyuges.
- Por Voluntad de uno de los Cónyuges por causa determinada (Legal: Es la declarada judicialmente y modifica en matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia y de la vida en común.

#### 4.3.3. Causas determinadas para la separación o divorcio Artículo 155

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.
- Malos tratamientos de obra, riñas, y disputas continuas, injurias graves y ofensas al honor, conducta que haga insoportables la vida en común
- Atentado de uno de los cónyuges contra el otro o los hijos.
- Separación o abandono voluntario de la casa conyugal o ausencia inmotivada por más de un año.
- Que la mujer de a luz a un hijo concebido antes del matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento.
- Incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.

- Negación de asistencia y alimentación.
- Hábitos de juego o embriaguez y uso de estupefacientes.
- Denuncia calumniosa de un cónyuge a otro,
- Enfermedad grave, contagiosa e incurable
- Esterilidad incurable posterior al matrimonio.
- Enfermedad mental
- Separación de personas declarada en sentencia firme.

#### 4.3.4. Efectos

- Efectos Civiles: a) Liquidación del patrimonio conyugal, b) Derecho de Alimentación a favor del Cónyuge inculpable, c) Suspensión o pérdida de la Patria Potestad, cuando haya petición de la parte interesada. Artículo 159.
- Efectos Propios de la Separación: d) Subsistencia del vínculo conyugal; e) Derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y, f) El derecho de la mujer a continuar usando el apellido del marido;

## 4.4. Divorcio

### 4.4.1. Definición

Es la institución por medio de la cual se rompe y disuelve en absoluto el matrimonio legítimamente contraído y deja a los cónyuges en libertad de contraer nuevo matrimonio.

### 4.4.2. Clasificación

- Por mutuo acuerdo de los cónyuges: Es aquel en el que interviene la voluntad de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, fijando ellos mismos las bases de su divorcio y únicamente el juez velará porque no se viole la ley.
- 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.

### 4.4.3. Causas determinadas para el divorcio Artículo 155

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.
- Malos tratamientos de obra, riñas, y disputas continuas, injurias graves y ofensas al honor, conducta que haga insoportables la vida en común
- Atentado de uno de los cónyuges contra el otro o los hijos.
- Separación o abandono voluntario de la casa conyugal o ausencia inmotivada por más de un año.
- Que la mujer de a luz a un hijo concebido antes del matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento.

- Incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.
- Negación de asistencia y alimentación.
- Hábitos de juego o embriaguez y uso de estupefacientes.
- Denuncia calumniosa de un cónyuge a otro,
- Enfermedad grave, contagiosa e incurable
- Esterilidad incurable posterior al matrimonio.
- Enfermedad mental
- Separación de personas declarada en sentencia firme.

#### 4.4.4. Efectos

- Efectos civiles: a) Liquidación del patrimonio conyugal, b) Derecho de Alimentación a favor del cónyuge inculpable, c) Suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando haya petición de la parte interesada. Artículo 159 Código Civil.
- Efectos propios del divorcio: a) Disolución del vínculo conyugal, b) Libertad para contraer nuevo matrimonio. Artículos 426-434 Código Procesal Civil y Mercantil.

#### 4.5. 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 los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevas nupcias.

#### 4.5.1. Regulación legal

Artículos del 153 al 172 del Código Civil; del 426 al 434 del Código Procesal Civil y Mercantil.

## CONCLUSIONES

1. El Derecho Romano es el conjunto de principios de derecho que rigió la sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, hasta la muerte del emperador Justiniano. El estudio del Derecho Romano no ha cesado ni siquiera luego de que fueran adoptados los Códigos napoleónicos en el sistema legal, aunque pareciera innecesario el estudio de éstas leyes ya caducas, los jurisconsultos, tratadistas, abogados y estudiantes; y por la necesidad que tenemos de conocer la historia de la fuente principal del derecho que nos ocupa, por esto debemos estudiar el Derecho Romano.
2. Al llevarse a cabo la conquista y colonización de Guatemala, se confrontó la existencia de dos grupos sociales distintos: Los españoles y los indígenas. El reto era formar una sola sociedad y para conseguirlo los españoles se propusieron llevar a los indígenas a la cultura occidental y unificarlos jurídicamente, tal como lo indicaban las Leyes Protectoras.
3. La noción sociológica del matrimonio describe, como elementos sustanciales del mismo, la unión estable de un hombre y una mujer, de la que comúnmente se genera la prole, legitimada socialmente. El principio de legitimidad distingue cabalmente la unión matrimonial de otras uniones de hecho.



4. El régimen económico del matrimonio será el que libremente fijen los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales pues éstas son una especie de acuerdo por el cual los esposos deciden cómo van a regular sus relaciones patrimoniales entre ellos o con terceras personas.
5. Asegurar los derechos adquiridos por los cónyuges al adoptar un régimen económico para su matrimonio, es realmente el objeto de que existan éstos regímenes y si bien se crearon con el fin de prever la situación en la que los bienes se dividirán en la disolución del vínculo conyugal, también rigen lo relativo a la adquisición y disposición de los mismos dentro del matrimonio y no significa que la solicitud de su inscripción sea por motivo de litis dentro de la pareja.
6. Las capitulaciones son un pacto plasmado en escritura pública que los cónyuges deben realizar ante Notario ya sea antes o después del matrimonio. Si se otorgan antes, quedarán ineficaces si el matrimonio no se celebra. Cuando en un matrimonio no hay capitulaciones regirá la comunidad de gananciales.
7. Los sujetos que comparecen en las capitulaciones matrimoniales son los cónyuges. No pueden ser representados. Sin embargo, en ocasiones pueden intervenir otras personas como los padres o tutores de los contrayentes con el fin de complementar la capacidad de los sujetos en caso de que sean menores de edad.

## RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los cónyuges se respeten mutuamente y que comprendan que cada uno se haya dotado de una voluntad libre para desenvolverse y ejercer sus actividades.
2. El ordenamiento jurídico de una sociedad democrática y avanzada como la nuestra debe proteger, en cualquier relación jurídica, a aquella parte que se encuentre en la posición más débil. Así, en el proceso penal, al imputado frente al Ministerio Público, *pro reo*; en la relación laboral, al trabajador frente al empresario, *pro operario*; en una relación médica, al paciente frente al hospital, *pro paciente*, etc. Es el momento de analizar la institución matrimonial desde ésta perspectiva.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe crear una normativa en el sentido de que sean válidos los actos de la administración de los bienes y los de disposición (como venta, alquiler, cesión, etc.) si el que dispone de ellos es el titular de dichos bienes, siempre y cuando exista el consentimiento del otro cónyuge.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. T. I y II. Guatemala: Ed. Universitarias, 1981.
- ÁLVAREZ MORALES DE FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: (s.e.), 1990.
- BARRIOS CASTILLO, Óscar. **El juez de familia**. Tesis de Grado Académico, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Imprenta Zeta, 1970.
- BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the laws of England**. Londres, Inglaterra: (s.e.), 1765-1769.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Nociones Generales de las Personas, de la Familia. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Ed. Universitaria, 1973.
- BUNZEL, Ruth. **Chichicastenango**. Seminario de Integración Social Guatemalteca. Guatemala: Ed. Juan José Ortiz, 1993.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral, derecho de familia, relaciones conyugales**. Madrid, España: 9ª. Ed. Reus, 1976.
- Concilio de Trento**: Decimonoveno concilio ecuménico de la Iglesia católica apostólica, romana, que tuvo lugar a lo largo de tres etapas entre 1545 y 1563.
- DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil**. Ed. Valencia Juan Mariana y Sanz, 1868.
- DE LA VEGA DE MUIGENS, N. Ponssa. **Reglas de Ulpiano: Traducción y notas por N. Ponssa de la Vega de Muigens**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Lerner, 1970.
- DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. Ed. (s.e.), (s.f.).
- DI PIETRO, Alfredo. **Derecho privado romano**. Buenos Aires, Argentina: 2ª. Ed., Ed. Depalma, 1999.
- DIEZ PICAZO, Luis Antonio. **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**. Madrid, España: 3ª. Ed., 1983.
- D'ORS, A. **Derecho privado romano**. Pamplona, España: (s.e.), 1986.

- D'ORS, Álvaro y Otros. **El Digesto de Justiniano, versión castellana por Álvaro D'ors y otros, 3 vols.** Pamplona, España: (s.e.), 1968-1975.
- Enciclopedia Moderna.** Diccionario Universal de Literatura, Ciencias, Artes, Agricultura, Industria, y Comercio. Tomo 11. Madrid, España: Publicada por Francisco de P. Mellado, (s.f.) 1852.
- ESPINOSA FERNÁNDEZ, Y. y Muñoz Jiménez, M<sup>a</sup>. R. **Cultura clásica.** Madrid, España: Ed. Akal, 1995.
- FODAR BENLLOCH, E. **Estudios de derecho de familia.** Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. **El derecho privado romano.** México: Ed. Esfinge, 1989.
- GARCÍA GARRIDO, M. J. **Derecho privado romano: I. Instituciones. II. Casos y decisiones jurisprudenciales.** Madrid, España: (s.e.), 1979-1980.
- GARCÍA GONZÁLEZ, C. Rascón. **Ley de las XII Tablas: Estudio preliminar, traducción y observaciones por C. Rascón García González.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1993.
- GONZÁLEZ COUREL, Teodosio. **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil.** España: Ed. Valladolid, Colegio Santiago, 1924.
- GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** 2<sup>a</sup>. Ed. Reimpresión de la 3<sup>a</sup>. Ed., Madrid, España: (s.f.) Ed. T.I.
- HOLGADO, A. y Morcillo, C. **Latín C. O. U.** Madrid, España: Ed. Santillana, 1981.
- LAURAND, L. **Manual de los estudios griegos y latinos.** Madrid, España: Ed. Daniel Jorro, 1924.
- MCLELLAN, David. **Contract marriage: the way forward or dead end?** Journal of law and society, Vol. 23, No. 2. Junio 1996.
- MORALES TRUJILLO, Hilda. **El derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica.** Tesis profesional, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1970.
- NASH, Mary. **Mujer, familia y trabajo en España.** Barcelona, España: (s.e.), 1875-1936.
- PUIG BRUTAN, José. **Fundamentos de derecho civil: La familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela.** Ed. Bosch, 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo V. Familia y Sucesiones. Pamplona, España: Ed. Arazandi, 1974.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José. **Notas para una polémica: ¿admite nuestra constitución el matrimonio entre personas del mismo sexo?** Madrid, España: (s.e.), 2001.

RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico práctico del contrato del matrimonio de la compraventa**. Madrid, España: (s.f.). Ed. Moderna, S. F.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil, introducción, personas y familia**. Volumen I. México, D. F.: Ed. Porrúa, S.A., 1978.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil**. México: Ed. Mimusa, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Derecho civil español, derecho de familia, parte especial**. Tomo IV. Madrid, España: Ed. Talleres Tipográficos, 1975.

VARGAS ORTIZ, Ana María. **Breve comentario sobre el decreto ley 106**. (s.e.), Folleto, (s.f.).

YAC GARCÍA, Sonia Lidia. **La hemeroteca universitaria. Un estudio sobre la necesidad de la Hemeroteca de la Universidad de San Carlos de Guatemala**. Guatemala: (s.e.), 1978.

#### **Legislación:**

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

**Código Civil**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto-Ley número 106, **Guatemala**: 1963.

**Código Procesal Civil y Mercantil**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 107, **Guatemala**: 1963.

**Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 97-96, **Guatemala**: 1996.

**Ley de Protección Integral para la Niñez y la Adolescencia**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-2003, **Guatemala**: 2003.