

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

**VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA, QUE LE ASISTE AL HOMBRE Y LA
MUJER EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO**

RAMIRO JOSÉ MUÑOZ JORDÁN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2008

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

**VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA, QUE LE ASISTE AL HOMBRE Y LA
MUJER EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO**

TESIS

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

Por

RAMIRO JOSÉ MUÑOZ JORDÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, octubre de 2008

**HONORABLE 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. Marco Vinicio Villatoro López.
VOCAL V.	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana.

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE

PRESIDENTE	Mayra Yohana Véliz López
SECRETARIA	Gloria Melgar de Aguilar
VOCAL	Ernesto Rolando Corzantes Cruz

SEGUNDA FASE

PRESIDENTE	Héctor René Granados Figueroa
SECRETARIO	Jorge Eduardo Aviles Salazar
VOCAL	Rudy Roderico Ramos Figueroa

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y del Examen General Público).

DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser el Abogado director que guía mi vida.
- A LA VIRGEN DEL CARMEN:** Por cuidarme siempre con tu escapulario.
- A MI MADRE:** Bety Jordán Casasola. Por tu infinito amor, cariño, comprensión, apoyo y entrega. Acompañándome en los buenos y malos momentos y ayudarme a que este triunfo sea nuestro.
- A MI PADRE:** Ramiro Muñoz Estrada. Con amor y respeto.
- A MIS ABUELOS:** Mama Marinita, papito Chepe y mamá Aurora.
- A YESENIA POLANCO:** Por ser la mujer más maravillosa de este mundo.
Te amo.
- A ESTEBAN JOSÉ** Por ser mi pequeño campeón y fruto de mi amor.
- A MI FAMILIA:** Jordán Casasola por la unidad y el amor fraterno.
- A MIS AMIGOS:** Por compartir mi alegría.
- A LOS PROFESIONALES:** Avidan Ortiz, Edgar Castillo, Estuardo Castellanos, Gladys Rivera, Roberto Flores y en especial a Silvia Sofía de Flores, por sus sabios consejos.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala y muy especialmente a la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Introducción	Pág. (i)
--------------------	-------------

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia	1
1.1. Origen de la familia	3
1.1.1. Definición de la familia	4
1.2. La importancia de la familia	5
1.3. Naturaleza de las disposiciones legales relativas a la familia	6
1.4. División del derecho de familia y regulación legal	8

CAPÍTULO II

2. Etimología del matrimonio	11
2.1. Definición	11
2.2. Criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio	14
2.3. Clases de matrimonios y sistemas matrimoniales	19
2.4. Requisitos personales para la validez del matrimonio	21
2.4.1. Generalidades	21
2.4.2. Capacidad para contraer matrimonio	22
2.4.3. Impedimentos matrimoniales	23
2.4.4. Insubsistencia del matrimonio	26
2.5. Casos en que no puede autorizarse el matrimonio	27
2.5.1. Anulabilidad del matrimonio	32
2.5.2. Consentimiento	35
2.6. Requisitos formales y solemnes para validez del matrimonio	38
2.6.1. Generalidades	38
2.6.2. Formales	39
2.6.3. Solemnes	41
2.7. Matrimonio excepcionales	43

	Pág.
2.8. Matrimonios celebrados en el extranjero.....	44
2.9. Inscripción del Matrimonio.....	45
2.10. Deberes y derechos que nacen del matrimonio	46
2.11. Efectos personales del matrimonio	49
2.11.1. Generalidades.....	49
2.11.2. Derechos y obligaciones de los cónyuges	50
2.11.3. Derechos y obligaciones del esposo.....	52
2.11.4. Derechos y obligaciones de la esposa	53
2.12. Efectos patrimoniales del matrimonio	55
2.12.1. Generalidades.....	55
2.12.2. Regímenes económicos del matrimonio	56
2.12.3. Régimen de la comunidad absoluta	58
2.12.4. Régimen de separación absoluta de bienes	62
2.12.5. Régimen de comunidad de gananciales	64
2.13. Capitulaciones matrimoniales	66

CAPÍTULO III

3. Modificación del matrimonio.	71
3.1. Generalidades.....	71
3.2. Separación de los cónyuges	73
3.3. Clases de separación.....	74
3.4. Divorcio	75
3.5. Regulación del divorcio	78
3.6. Divorcio por causa determinada.....	80

CAPÍTULO IV

4. La violación al derecho de defensa que les asiste al hombre y a la mujer en el Juicio ordinario de divorcio	89
4.1. Principios constitucionales	89
4.2. Derecho de defensa.....	90

	Pág.
4.2.1. Definición doctrinaria.....	90
4.2.2. Regulación legal.....	92
4.3. Derecho de igualdad	93
4.3.1. Definición doctrinaria.....	93
4.4. Regulación legal.....	94
4.4.1. Derecho de petición	95
4.4.1.1. Definición doctrinaria.....	95
4.4.2. Regulación legal.....	95
4.4.2.1. Juicio ordinario de divorcio.....	95
4.5. Separación de lo cónyuges	97
4.6. Clases de separación.....	98
4.7. El divorcio.....	99
4.8. Tramite de juicio ordinario de divorcio.....	100
4.8.1. Parte procesal	100
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objeto analizar y estudiar la problemática de la violación al derecho de defensa, que le asiste al hombre y a la mujer en el juicio ordinario de divorcio.

La familia como elemento fundamental de la sociedad debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una jurisdicción privativa, regida por normas y disposiciones procesales que hagan posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes. Los derechos individuales constituyen garantías constitucionales y parte especial de los derechos humanos en general en consecuencia el derecho de defensa.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece: que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre si. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

La legislación civil guatemalteca establece: El Matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con animo de permanencia y con le fin de vivir juntos procrear alimentar y educar a sus hijos y a auxiliarse entre si. El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el por el divorcio. El divorcio y la separación sólo pueden solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día que hayan alegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda. No puede declararse el divorcio o la separación con el simple allanamiento (admitir o conformarse con el requerimiento que hace otra persona) de la parte demandada.

Así mismo, no es suficiente prueba para declarar el divorcio o la separación, la confesión de la parte demandada sobre la causa que lo motivo. Es aquí en donde el presente trabajo demostrará que en la aplicación a casos concretos, la violación al derecho de defensa que le asiste al hombre y a la mujer en el juicio ordinario de divorcio, es debido a que los jueces de familia violan el derecho de defensa, porque no puede declararse el divorcio o la separación con el simple allanamiento de la parte demandada. Así mismo, no es suficiente prueba para declarar el divorcio o la separación, la confección de la parte demanda sobre la causa que lo motiva.

La investigación se divide en cuatro capítulos, el capítulo primero contiene el derecho de familia, antecedentes históricos, definición, características del derecho de familia, clasificación del derecho de familia, origen de la familia, definición de familia, importancia de la familia y su regulación jurídica, naturaleza de las disposiciones legales relativas a la familia, división del derecho de familia y su regulación legal.

En el capítulo segundo, se estudia el matrimonio, etimología del matrimonio, definición, criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, clases de matrimonios, sistemas matrimoniales, requisitos personales para la validez del matrimonio, generalidades, capacidad para contraer matrimonio, impedimentos matrimoniales, insubsistencia del matrimonio, casos en que no puede autorizarse el matrimonio, anulabilidad del matrimonio, consentimiento, requisitos formales y solemnes para validez del matrimonio, generalidades, formales, solemnes, matrimonios excepcionales, matrimonios celebrados en el extranjero, inscripciones del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, efectos personales del matrimonio, generalidades, derechos y obligaciones de los cónyuge, derechos y obligaciones del esposo, derechos y obligaciones de la esposa, efectos patrimoniales del matrimonio, generalidades, regimenes económicos del matrimonio, régimen de la comunidad absoluta, régimen de separación absoluta de bienes, régimen de comunidad de gananciales, capitulaciones matrimoniales, modificación

del matrimonio, generalidades, separación de los cónyuges, clases de separación, divorcio, regulación del divorcio.

En el capítulo tercero, se analiza la modificación del matrimonio, separación de los cónyuges, clases de separación, divorcio, regulación del divorcio y el divorcio por causa determinada.

En el capítulo cuarto, se desarrolla la violación al derecho de defensa que le asiste al hombre y la mujer en juicio ordinario de divorcio, principios constitucionales, derecho de defensa, definición, regulación legal, derecho de igualdad, definición, regulación legal, derecho de petición, definición doctrinaria, regulación legal, juicio ordinario de divorcio.

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia:

Nos resulta aventurado aseverar que la familia es el génesis de toda relación entre los humanos, ya que como elemento básico de la sociedad, sobre tal institución social recae la gran responsabilidad de sostener y mover el Estado, pues si concebimos la sociedad como un órgano, es decir como la concibe la Teoría Organista, vemos que la familia viene a ser una célula dentro de ese cuerpo y si la necesidad de una ordenación, de una disciplina que regule con objetividad la existencia y situación de tan importante institución social, lo cual da lugar al nacimiento de normas que regulen las relaciones que resulten de la familia, en función de derechos y obligaciones que sujetan al individuo para el cumplimiento de las fines de la institución llamada familia.

Diego Espin Canoba, expresa que la familia en sentido estricto es “el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre si por un vínculo colectivo recíproco e indivisible de cónyuge de parentesco o de afinidad, constitutivo de un todo unitario.”¹

Frente a este concepto estricto de familia, en un sentido más amplio, se incluye en la familia también personas difuntas (antepasados), o meramente concebidas, para significar la familia como descendencia o continuidad de sangre; o en otro sentido, las personas unidas entre si por un vinculo legal (adopción), que emita el vinculo de parentesco de sangre o constituyen la familia civil.

La familia al estar regulada por el derecho es una institución jurídica, pero ante todo es una institución social, basada fundamentalmente en la diversidad de sexos, que da lugar al matrimonio y de edades, que da lugar a la patria potestad sobre los hijos.

¹ . Espin Canobas, Diego. **Manual de derecho civil.** pág. 7

Todo hombre durante su existencia mantiene más de una relación familiar o de parentesco con otro u otras personas, con quien le une algún vínculo. Todas estas relaciones dentro del contenido legal al que estamos sujetos por la legislación del Estado, son el objeto de la normativa del derecho de familia.

En este sentido, la familia como toda institución precisa de una ordenación, de una disciplina, de un conjunto de normas y disposiciones que integran el derecho de familia.

El derecho de familia, como el propio derecho, ha surgido como una necesidad, de normar las relaciones derivadas de la familia, en las actuaciones del hombre individualmente en interrelación con otras personas y en función de derechos y obligaciones determinadas por la praxis social, a los que está sujeto el individuo para los fines de la familia. Por ahora, dentro de estas consideraciones, conviene ir palpando dentro de la ubicación que pretendemos, la existencia de elementos naturales y circunstanciales que caracterizan a la familia y la existencia de normas y disposiciones que regulan la institución social referida y que al mismo tiempo constiuyen la institución jurídica, que también nos ocupa.

Por consecuencia el derecho, en esta materia, más que en ninguna otra del derecho privado, está en continuo contraste comparativo con otras ordenes normativos, a los cuales ha de mirar atentamente si no quiere correr el riesgo de que sus mandatos pugnen con las ideas predominantes en un momento dado, sobre la religión, ética y costumbres y queden en definitiva sin aplicación, por ser más fuerte la vigencia social de estas normas, que la vigencia formal de las normas jurídicas.

Así pues, el fondo ético de la familia, y como institución social, repercute en su regulación jurídica la primera y más destacada característica del derecho de familia.

1.1. Origen de la familia:

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

Federico Puig Peña, sostiene “que promiscuidad o libertad sexual predomino en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación pasando por el matriarcado, con distintas formas de matrimonios, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se significo la importancia de una sola mujer, de lo cual derivo inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera, con la monogamia, base de la familia como ahora es concebida.”²

Federico Engels, se refiere, “antes de 1968 no existió una historia de la familia, predominando el influjo de los cinco libros de Moisés, con la forma patriarcal de la familia como la más antigua; siendo hasta 1861, con las publicación de la obra derecho moderno, de Bichofeen, que se marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morga.”³

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

². Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil mexicano.** pag.

³. Engels, Federico. **El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado.** pág. 197

1.1.1. Definición de la familia:

Federico, Puig Peña, expresa “que si se piensa en la familia como en un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida o sea la relaciona con los vínculos de la sangre, de donde se deriva propiamente el concepto: la familia es una rubrica que une a los individuos que llevan la misma sangre, se esta en el primero, ante un concepto popular y en el segundo ante el concepto propio de familia.”⁴

Para Francisco Messineo, la familia en sentido estricto “es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre si, por un vinculo colectivo, reciproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituye un todo unitario; y agrega que, en sentido amplio, pueden incluirse, en el termino familia, personas difuntas (antepasados, aun remotos), o por nacer; familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre si un vinculo legal que imita el vinculo del parentesco de sangre (adición) familia civil”.⁵

Federico Puig Peña, se refiere que la familia “es aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes para que, prescindida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.⁶

Rafael Rojina Villegas, expone “que la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entre tanto estos no se casen y constituyan una nueva familia, que el parentesco de adopción, como el adoptado adquiere la

⁴ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 3

⁵ . Messineo Francisco. **Manual de derecho Civil.** pág. 33

⁶ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 4

situación jurídica de un hijo, con todos los derechos y obligaciones de tal queda incorporado a la familia del adoptante”.⁷

Por lo cual, de acuerdo con las consideraciones que anteceden, podemos concluir que la familia en el derecho moderno esta determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además de manera excepcional, el parentesco por adopción.

1.2. La importancia de la familia y su regulación jurídica:

Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda sociedad política y jurídicamente organizada. No cabe duda que la familia juega un papel muy importante, no sólo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su relación familiar.

La declaración universal de derechos humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de diciembre de 1948, establece, en el Artículo 25, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, así como otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto. Si bien esa referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, si se pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en la importante forma de la organización social, que da como existente.

La importancia que en Guatemala, se ha dado la regulación jurídica de la familia. Las constituciones promulgadas en 1945 y 1956, así con la de 1965 y 1985,

⁷. Rafael Villegas Lara. **Ob. Cit.** pág. 104

incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que le protejan. En la legislación penal se ha promovido el delito de negación de asistencia económica y el delito incumplimiento de asistencia, en el orden familiar. (Artículos 242 y 245 Código Penal).

1.3. Naturaleza de las disposiciones legales relativas a la familia:

Federico Puig Peña, expresa, “tradicionalmente ha sido considerada la familia como una parte, quizás la más importante, del derecho civil; o sea como una parte del derecho privado. En toda la evolución histórica de la familia, siempre se ha venido este situado fundamentalmente del derecho civil, formando, con los derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este derecho como poco correcta y fuera por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del derecho.”⁸

Rafael Rojina Villegas, expresa, “que el derecho de familia que generalmente se le trata como una parte del derecho privado, disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho.”⁹

Rafael Rojina Villegas, la expresa “que la distinción entre el derecho público y el derecho privado, resulta de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado (posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público: interés superior y voluntades convergentes de organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones,

⁸ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 14

⁹ . Villegas. **Ob.Cit.**; pág. 19

temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomienda.”¹⁰

Rafael Villegas Lara, es reacio a admitir que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. “Si el derecho público es del Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público no porque no esta sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y autonomía de la misma naturaleza que la privada), si no porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual, no esta organizada como estos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondería a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público”.¹¹

Rafael Villegas Lara, citando las ideas Antonio Cicu, “ fueron recibidas con particular interés. Han dado origen a criterios en pro y en contra de las mismas. Ahora se ha tratado de ponerlas en su justo lugar, reconociendo su importancia, pero estimándose que las normas relativas al derecho privado, porque si bien es cierto que la ingerencia estatal en asuntos concernientes al ámbito de la familia se presenta ahora con mayor intensidad, esto no significa necesariamente que las normas fundamentales relativas a la familia tengan carácter público, así como tampoco que haya necesidad de ampliar a tres las dos tradicionales ramas del derecho, Si debe reconocerse que las disposiciones legales sobre la familia tienen un matiz especial sobre todo en lo que a la obligatoriedad y al formalismo se refiere, mas no debe perderse de vista que la familia en si y las relaciones que de ellas se derivan, pertenecen a la esfera propia e intima de la persona, imposible de

¹⁰ . Villegas. **Ob.Cit.**; pág. 25

¹¹ . **Ibíd.** pág. 30

adecuarse con certeza en el radio de acción del derecho público y no ameritan crear otra rama del derecho”.¹²

Federico Puig Peña, expresa refiriéndose a la reacción contra las ideas de Antonio Cuc, ha sido puesto de manifiesto lo siguiente: a) Que ante todo, no se debe conceder demasiada importancia a la catalogación del derecho de familia, dentro de la división fundamental del derecho, pues que la diferencia entre el público sufre en estos momentos una grave crisis aguda, que impide establecer con absoluta precisión la diferencia cardinal entre uno y otro; sobre todo, teniendo en cuenta el trasiego constante que entre ambos campos se observa en los modernos ordenamientos jurídicos; b) Que aunque, desde un punto de vista teórico, es extraordinariamente sugestiva la posición del maestro italiano, no esta sin embargo, carente de reparos, pues el propio aspecto preceptivo y no supletivo de las normas familiares se observa en otras muchas instituciones del derecho privado, y a la par, existen derogaciones de ese principio en el mismo derecho de familia que mantienen una posición de libertad en muchas de sus relaciones (sobre todo la adopción, la emancipación voluntarias, etc.) y especialmente en la faceta patrimonial de este derecho; c) Que desde un punto de vista práctico, quizás no fueron convenientes, como afirma Castan Tobeñas, separar el derecho de familia de las demás ramas de Derecho Civil; pues las relaciones familiares, por muy salientes que sean sus rasgos diferenciativos, van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, la sucesión mortis causa, el régimen económico del matrimonio, etc., son zonas en las que el derecho de familia y el derecho patrimonial, aparecen unidos en indivisible consorcio”.¹³

1.4. División del derecho de familia y su regulación legal:

Gautama Fonseca se refiere a que “el derecho de familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, pueden dividirse en derecho de familia objetivo y

¹² . Puig. Ob. Cit.; pág. 9

¹³ . Ibíd.

derecho de familia subjetivo. En sentido objetivo se entiende por derecho de familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. El derecho de familia objetivo a su vez se divide en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial. El derecho de familia personal tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; el derecho de familia patrimonial tiene como función ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Se divide también el derecho de familia en derecho matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges, y en derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad); o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y cúratelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática que se estudian dentro del derecho de familia”.¹⁴

Federico Puig Peña, expone “En el derecho de familia, igual que en cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho subjetivo y objetivo. Será derecho de familia subjetivo aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o sus diversos miembros como emanados de la especial configuración que la familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares. En el sentido objetivo es corriente; entre los autores, dividirlo derecho de familia puro personal y derecho patrimonial o aplicado a los bienes familiares. El primero regula los vínculos personales de la organización y se puede decir que es el derecho de familia y en el que se dan además, como se nota de relieve, los caracteres fundamentales que antes pusimos de manifiesto. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar y aunque reciben también la sustancia propia del grupo, parece que se acerca más a las otras ramas del derecho civil. Por eso,

¹⁴ . Fonseca, Gautama. **Curso de derecho de familia**. pág. 14

tanto la antigua doctrina como algunos Códigos (entre ellos el español), desglosan todo lo referente al derecho patrimonial para incluirlo dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando sólo en el lugar propio del derecho de familia el puro o personal. En los modernos tiempos, sin embargo, este sistema se ha censurado con justicia por los tratadistas, pues se dice, con razón, que rompe la unidad de la doctrina disgregando las instituciones que deben estar unidas”.¹⁵

El Código Civil vigente regula unitariamente la familia, dedicado al título II) libro I) que en los respectivos capítulos trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad, filiación matrimonial, extramatrimonial, la adopción, patria potestad, alimentos, tutela, patrimonio familiar y el Registro Civil.

¹⁵ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 25

CAPÍTULO II

2. Etimología del matrimonio

2.1. Definición:

Federico Puig Peña, “hace deducir la palabra matrimonio (y la latina matrimoniun) de las voces matris y munium (madre y carga o gravamen), dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos. Esta etimología quedo fijada por un texto de las decretales y por algún derecho en particular, como muestra nuestra legislación de Partidas. Las primeras, en efecto, decían con frase feliz, que todo lo referente al matrimonio se proyecta sobre los deberes y cargas maternas, pues el niño es antes del parto, oneroso; doloroso en el parto y después del parto, gravoso”.¹⁶

Federico Puig Peña, expresa que “otros civilistas cree que esta referencia a la madre como sujeto pasivo o único depositario de los gravámenes y sin sabores de la institución no debe admitirse, pues el padre sufre también, en otro orden de relaciones, los cuidados de la casa, no parece correcto buscar una significación etimológica que hace referencia a ciertos efectos que se producen en la institución del matrimonio”.¹⁷

Joaquín Estriche, más escuetamente y en cierta forma con otro sentido, expresa que la palabra matrimonio, tomo el nombre de las palabras latinas matris munium que significa oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia”.¹⁸

¹⁶ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 28

¹⁷ . **Ibid.**

¹⁸ . Estriche, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.** pag. 54

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

José Castan Tobeñas, a propósitos de las acepciones de la palabra matrimonio, dice “dos acepciones tiene la palabra matrimonio, puede significar ya en vínculo o estado conyugal, ya el acto por el cual se origina y constituye dicha relación”.¹⁹

José Castan Tobeñas, refiriéndose la definición del matrimonio expone, “para caracterizar y definir el matrimonio como vínculo adoptándose por los escritores formulas muy diversa de sentido jurídico formal, de sentido sociológico o bien de tipo finalista. Las del primer grupo o sea las de sentido jurídico formal, se fijan exclusivamente en la nota de la legalidad. El matrimonio es el estado de dos personas de sexo diferente cuya unión ha sido consagrada por la ley. Las del segundo grupo, del sentido sociológico, giran alrededor de la nota de permanencia”.²⁰

Federico Engels, busca un concepto de índole histórico sociológico, expresa que “es el matrimonio una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitora”.²¹

¹⁹ . Castan. **Ob. Cit.**; pág. 31

²⁰ . **Ibíd.**

²¹ . Engels. **Ob, Cit.** pag. 20

Entre las del tercer grupo de tipo formalista, las hay que atienden a la finalidad estrictamente sexual del matrimonio. Unión de personas de diferente sexo para la recíproca posesión de pro vida de sus cualidades sexuales. Y otras más aceptables que atienden a la finalidad espiritual e integral. En este último sentido, ya las definiciones de los juristas romanos señalaron la constitución de una plena comunidad de la vida como finalidad jurídicamente reconocida del matrimonio. Modernamente se inspiran en la misma idea ahrens al considerar el matrimonio como la unión formada entre dos personas de sexo diferente con el propósito de una comunidad perfecta de toda su vida espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia.

Todas estas definiciones recogen la idea moral del matrimonio, propia de la civilización cristiana, moderna y que inspiran las legislaciones positivas. No faltan, por lo demás, definiciones mixtas. En realidad, las tres notas aludidas de legalidad, permanencia y plenitud son otros tantos aspectos parciales de la idea del matrimonio, reuniéndolas podríamos definir este como la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetúa comunidad de existencia. Y si quisiéramos definirlo en su acepción de acto, podríamos decir que el matrimonio es el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre si una unión legal para la plena y perpetúa comunidad de existencia.

Federico Puig Peña, expresa, "aparte del consenso general en cuanto a considerar el matrimonio como fundamento del derecho familiar, no puede hablarse de un concepto del mismo que sea generalmente aceptado, según se desprende como puede verse, de las ideas transcritas. En efecto se expone en términos muy amplios (matrimonio es la unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie)".²²

²² . Puig. **Ob. Cit**; pág. 29

2.2. Criterios para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio:

Nadie discute la importancia del matrimonio como centro principal generador y coordinador de la familia. Ahora bien, respecto a su naturaleza jurídica, no existe unidad de criterios entre los tratadistas, por razón de los de los diversos e importantes aspectos que presentan y que son en una u otra forma, determinantes de su regulación legal. He aquí, sistemáticamente expuestos, los principales criterios que se han enunciado para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio:

El matrimonio es un contrato: Es tesis de origen canónico, del derecho de la Iglesia, la cual a fines del imperio romano, en la lucha contra la posibilidad de proliferación de la bigamia, hizo obligatoria las proclamas de matrimonio y más tarde (Concilio de Trento de 1563) obligo a la celebración pública del mismo, ante el párroco y en presencia de dos testigo, (concepción del matrimonio como un contrato solemne, idea acogida por canonistas y civilistas y adoptadas por la revolución francesa; se trata, dicen sus seguidores de un contrato espacialísimos, en el que es un elemento básico el consentimiento).

Federico Puig Peña, expresa, “esta doctrina se injerta en la tesis de los canonistas, quienes siempre han sosteniendo que el matrimonio es en todo caso un contrato y además e inseparable, cuando se trata del matrimonio de los bautizados. Pero, si bien tiene ese entronque conducto la tesis contractualitas, lo cierto y verdad es que la doctrina de la naturaleza contractual del matrimonio en su aspecto estrictamente jurídico ha sido precisamente defendida por los teorizantes del liberalismo, que apoyándose en esta naturaleza, han propugnando siempre la exclusiva competencia del Estado en materia de matrimonio. En consecuencia se considera el matrimonio como un contrato que ha sido, en primer término, la reafirmación de la tesis del matrimonio civil y en segundo lugar la doctrina del divorcio quod vinculum, pues que si las nupcias han sido contraídas por el consentimiento de las partes, lógicamente el disenso de ellas puede destruirlas”.²³

²³ . Puig. **Ob. Cit**; pág. 31

Refiriéndose a las críticas de que ha sido y es objeto la tesis contractual, Federico Puig Peña., expresa, “que no se dan propinadamente en el matrimonio las características fundamentales de los contratos (el patrimonial genera substancialmente obligaciones morales, no patrimoniales, la entrega reciproca de dos personas no puede ser objeto de contrato)”.²⁴

Diego, Espin Canovas, expone “que contra la tesis contractual se aduce que no basta el acuerdo de la voluntades para caracterizar el matrimonio como contrato, pues el contenido de la relación matrimonial esta substraído a la libre voluntad de los contrayentes y no cabe destruir el vinculo por el mutuo disenso, como acontece en los contratos”.²⁵

Rafael Villegas Lara, expone, una modalidad de la teoría contractual ve en el matrimonio, no un contrato corriente sino un contrato de adhesión. “toda vez que los contratos no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. En el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujeto determinado”.²⁶

Esa opinión, si bien interesante y atractiva, no resiste las criticas que se han hecho a la tesis contractual, todas ves que, en efecto, seria de todas maneras considerar el matrimonio como un contrato, cuando probado esta que su esencia no puede descansar en que se basa la exteriorización de la voluntad de una de las partes previamente a la formalización del mismo mediante la voluntad de la otra.

El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo: Esta la opinión que acepta el civilista Gautam Fonseca, que “manifiesta: Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados mixtos. Los primeros se realizan por la

²⁴ . Puig. **Ob. Cit.**; pag. 32

²⁵ . Espin. **Ob. Cit.**; pag. 18

²⁶ . Villegas. **Ob. Cit.**; pág. 273

intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tienen el Alcalde municipal, este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acto respectivo la declaración que debe hacer el citado funcionario no existía desde el punto de vista jurídica. Esta posición, que en buena medida se inspira en la tesis de Cicu, ha sido sostenida principalmente por Roberto de Ruggiere, quien expresa lo siguiente: Si abandonamos la concepción contractualista, tendremos que considerar el matrimonio como un negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un acto puramente administrativo público representantes del Estado”.²⁷

Rafael Regina Villegas, expresa “El criterio anteriormente transcrito tiene en cierto aspecto un fondo de verdad, pero adolece, dígame por su generalidad de poca precisión, especialmente si se toma en cuenta que el matrimonio considerado nada más como negocio jurídico complejo, quedaría unido a una serie de actos de su naturaleza jurídica que es su esencia”.²⁸

El matrimonio es una institución: Federico Puig Peña, expresa “que el matrimonio, como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y rígida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo el cual las partes no tienen más que adherirse. Una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen de modo automático”.²⁹

²⁷ . Fosenca, Gautana. **Curso de derecho de familia**. pág. 56

²⁸ . Rojina Villegas. **Ob. Cit.**; pág. 274

²⁹ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 33

Rafael Rojina Villegas, opina, que el matrimonio “constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una variedad de relaciones jurídicas.³⁰

Federico Puig Peña, expresa: “debe partirse de un punto de vista del matrimonio como institución o dicho en otra forma, la institución del matrimonio que no constituye una persona jurídica del tipo institucional. La palabra institución se emplea, respecto al matrimonio, en el sentido de una situación o estado regido por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado”.³¹

Gautema, Fonseca, expone: “desde dos puntos de vista, se ha intentado explicar el matrimonio como institución. Según el primero, el matrimonio, es una institución por cuanto el Derecho Positivo lo configura como un conjunto de reglas que tienen como finalidad exclusiva regir la organización social de los sexos y por cuya virtud se constituye un hogar, se forma una familia o lo que es lo mismo, un estado permanente de vida. Para sus sostenedores, el matrimonio es pues, algo creado por el Estado, inmodificable por la voluntad de los futuros esposos; una organización cuyos elementos y efectos esenciales están más allá de todo cambio, quedando, por consiguiente limitada la libertad de los contrayentes a prestar o no su adhesión. Este primer punto de vista que parte de la base ofrecida por Ihering, de que la institución del matrimonio es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad, cuenta con numerosos partidarios dentro de la doctrina moderna, aunque, si bien se ve, no ofrece una explicación integral del matrimonio sino que sólo lo aprecia desde el ángulo de su estructura legal. El segundo punto de vista se apoya en las ideas de Maurice Hariou sobre la institución. Antes hemos dicho que según Hariou la institución del

³⁰ . Rojina. **Ob. Cit.**; pág. 259

³¹ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 259

matrimonio es una idea de obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos. Aplicada esta tesis al matrimonio, se ve que en él concurren todos y cada uno de los elementos que la integran. La idea de obra comienza siendo subjetiva, se exterioriza en el medio social gracias a la acción común de los contrayentes, encaminada a establecer una plena comunidad de vida entre ambos, esto es, a constituir una familia. Luego de celebrado el matrimonio, para desarrollarse ordenadamente necesita obrar bajo un poder único cuya mansión fundamental radica no sólo en representarlo sino, sobre todo, en mantener su cohesión y alcanzar sus fines. Los órganos por medio de los cuales actúa ese poder son ambos esposos en los países que como el nuestro (Honduras), reconocen la igualdad jurídica de los cónyuges y en aquellos en que tal principio no se acepta la igualdad jurídica y el marido es exclusivamente. Al efecto de garantizar a los miembros de la familia contra el ejercicio abusivo de tal poder, la ley determina mediante complejas disposiciones, la esfera de acción de los cónyuges y les señala los procedimientos a seguir en el cumplimiento de sus cometidos, posibilitando, al mismo tiempo, medios de corrección de los excesos que eventualmente se pudieran cometer. La explicación que posibilita la tesis de Haurios, acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio es bastante satisfactoria, puesto que no se agota en el aspecto formal de la celebración del acto, sino que también, analiza su estructura normativa, es decir, las interioridades del estado que se deriva del matrimonio.³²

Nótese que la primera tesis anteriormente expuesta, no es en realidad puramente formalista, apreciativa del problema, nada más desde el ángulo de su estructura legal. Nótese, también, que el criterio del autor francés Hauriou descansa, a manera de los criterios organicistas, en establecer similitudes no siempre favorecidas por la objetividad.

³² . Fonseca. **Ob. Cit.**; pág. 45

Conforme a nuestra legislación civil guatemalteca el Artículo 78 establece: El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con animo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre si.

Por lo tanto, configuran la institución matrimonial: al hecho de que el hombre y mujer se unan legalmente (es decir, cumplidos los requisitos de ley y sancionada la unión por funcionario competente), con animo de permanencia (elemento subjetivo no sujeto a comprobación sino a simple manifestación) y con los fines enumerados por la ley (elemento teológico, que se cumple o no a través de las circunstancias en que se desarrolla la unión matrimonial) y cuya no realización puede tener singular importancia en la estabilidad y durabilidad de la misma.

2.3. Clases de matrimonios y sistemas matrimoniales:

Rafael Rojina Villegas, expone que “con criterio sociológico, en el estudio de la evolución del matrimonio generalmente se distinguen: el matrimonio por grupos (miembros de una tribu uniéndose con mujeres de diferentes tribus), el matrimonio por raptó (la mujer, botín de guerra, adquirida en propiedad por el vencedor o el raptor asociado con otros para raptar a una mujer de distinta tribu), y el matrimonio consensual (la unión del hombre y mujer para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie).”³³

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

³³ . Rojina. **Ob. Cit.**; pág. 120

darle publicidad), el matrimonio igual (celebrado entre personas de igual condición social), y el matrimonio morganático (de origen, supone el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con pacto de no participación el inferior, ni los hijos, de los títulos y bienes del superior.).

Las anteriores clases de matrimonio; no tienen para Guatemala a excepción del matrimonio canónico ninguna significación actual.

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

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

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

Sistema exclusivamente religioso: que sólo admite el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica, o por lo menos sólo al mismo reconoce efectos.

Sistema exclusivamente civil: surgido de la Revolución Francesa, que establece la obligatoriedad del matrimonio civil (en su variedad pura, debe celebrarse antes que el religiosos, sin ser éste de ninguna manera obligatoria: otra variedad admite que pueda celebrarse después del religioso).

Al referirse a la historia del matrimonio civil, José Castan Tobeñas, expresa “la concepción del matrimonio como un acto civil, regulado exclusivamente por las leyes seculares, que fue ya separada por la reforma protestante al negar al matrimonio su cualidad de sacramento. En 1580 se introdujo por vez primera el matrimonio civil en Holanda a obligarse a todos los católicos y a los que no profesaran la religión calvinista, a celebrar el matrimonio, o en presencia del ministro calvinista o ante el oficial civil. El ejemplo de Holanda fue seguido por Inglaterra, que en 1952 promulgó una ley de matrimonio civil obligatorio, que estuvo en vigor hasta la vuelta de los estatutos en 1660, más tarde, la tendencia secularizadora de la Revolución Francesa facilitó la difusión del matrimonio civil. La Constitución francesa de 1791 estableció que la ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil”.³⁴

Generalmente se considera que el sistema de la celebración del matrimonio civil previamente a la del religioso, es una manifestación de la supremacía estatal a la iglesia y que el sistema de su celebración lo es de la independencia del estado y de la iglesia.

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

³⁴. Castan. **Ob. Cit.**; pág. 150

2.4. Requisitos personales para la validez del matrimonio:

2.4.1. Generalidades:

Algunos autores distinguen, como requisitos del matrimonio, los requisitos de existencia, diversidad de sexo, consentimiento, intervención de funcionario competente, y los requisitos de validez: capacidad, consentimiento, formalidades, dando a cada uno de los distintos elementos integrantes de unos u otros requisitos, distinta proyección según indican en la existencia o en la validez del acto matrimonial. Otros distinguen entre elementos esenciales: manifestaciones de voluntad de los contrayentes y del funcionario competente y elementos de validez capacidad, ausencia, licitud en el objeto del acto.

El estudio de los requisitos personales para la validez del matrimonio tiene necesaria e íntima relación con los requisitos para su celebración. En realidad son o deberán ser determinados de esta, aunque en la práctica pueda no suceder así, sin perjuicio de los efectos negatorios posteriores.

2.4.2. Capacidad para contraer matrimonio:

La primera condición necesaria para la validez del matrimonio, es la capacidad de las partes, es decir, que tanto el hombre como la mujer cuenten con la aptitud física, intelectual y moral indispensable para alcanzar los fines de la unión conyugal. La exigencia de aptitud física fundamentalmente de orden sexual, se justifica porque de otra manera no se podrá alcanzar uno de los objetivos básicos del matrimonio supone un estado permanente de responsabilidad y deberes que sólo encontrándose en el pleno goce de las facultades intelectivas es posible atender y comprender y la de aptitud moral, porque hallándose el matrimonio, como casi ningún otro acto jurídico, directamente vinculado con la sociedad, debe siempre responder a la moralidad media que priva en aquella y respetar sus reglas y sus valores.

La aptitud para contraer matrimonio esta determinada por la mayoría de edad, es decir por el hecho que los contrayentes hubiesen cumplido dieciocho años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización conjunta del padre y de la madre o de quien de ellos ejerza la patria potestad, o bien, del adoptante si se trata de hijos adoptivos, y en su caso a falta de los padres la autorización del tutor.

En el caso de no poder obtener la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastara la autorización de uno de ellos; si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez. Si existe desacuerdo entre los padres o negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederles cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren razonables. Por su puesto, la apreciación del juez deviene subjetivamente, puesto que el esta alejado e ignorante de situaciones o circunstancias que a su juicio pueden resultar irrelevantes, pero que a los directamente interesados resultan de especial trascendencias. Siguiendo un criterio esencialmente romanista, el Código Civil, según se infiere de las disposiciones referidas, si bien fija la mayoría de edad como punto de partida a efecto de precisar la aptitud legal para contraer matrimonio, a manera de excepción dispone que pueden celebrarlo (capacitación específica) el varón mayor de dieciséis y la mujer de catorce, previa autorización, o sea, el Código adiciona dos años a la edad que en el derecho romano determina la pubertad del hombre y de la mujer.

La Ley, entonces es de primordial importancia a la aptitud física posibilidad de engendrar- como determinante para la celebración del matrimonio, es decir, de la aptitud para contraer matrimonio. Este criterio es discutible".³⁵

En efecto, para el buen suceso de la unión conyugal es innegable que otros factores o circunstancias sereno discernimiento, medios económicos razonables para el sostenimiento del hogar, experiencia concurren o deben concurrir, en la

³⁵ . Planiol-Ripert, **Ob. Cit.**; pág. 80

estabilidad de la unión, más podría decirse que la tradición romana y el Código tratan de facilitar fundamentalmente, que dada la aptitud física de engendrar, si esto ocurre la nueva familia pueda surgir bajo del marco legal de un matrimonio.

2.4.3. Impedimentos matrimoniales:

Toda vez que el objeto primordial de la institución matrimonial es el establecimiento de una nueva familia, resulta lógico que la ley deje previstos, a manera de prohibiciones, aquellos casos en que no proceda su autorización. Generalmente, a esas prohibiciones se les denomina impedimentos matrimoniales, con la terminología originaria del derecho canónico. “La teoría de los impedimentos matrimoniales tuvo su origen y mayor desarrollo en el derecho canónico, el cual hizo de los mismos una clasificación que alcanzo aceptación universal. Conforme a dicha clasificación, los impedimentos se dividen en dos grandes categorías: los llamados impedimentos dirimentes (de dirimunt, anular), constituidos por aquellas prohibiciones cuya, violación produce la nulidad del matrimonio y los impedimentos impedientes, formados también por prohibiciones, pero cuya contravención no afecta la validez del acto, aunque si da origen a la aplicación de sanciones penales a los contraventores. La misma legislación canónica, tomando en cuenta las diversas situaciones en que pueden encontrarse las personas que adolecen de alguna ineptitud de las que dan origen a un impedimento dirimente, dividió éstos en absolutos y relativos. Impedimentos dirimentes absolutos son aquellos que colocan a una persona en la posibilidad de celebrar el matrimonio con cualquier otra persona y contraer matrimonio con otra persona determinado. La disfunción que alcanzo la teoría de los impedimentos hizo que ella pasase del derecho canónico a la legislación de casi todos los países, aunque no sin sufrir importantes cambios. Estos consistieron, fundamentalmente, en el rechazo de que fueron objeto algunos de los impedimentos señalados por aquél, tales como los derivados del bautismo o de la confirmación, de la disparidad de cultos, de los votos solemnes, etc., y en la supresión de ciertas clasificaciones que la leyes civiles no consideraron necesarias,

como las que distinguían entre impedimentos de grado mayor y menor o secretos y públicos”.³⁶

Espín Canovas opina “que la edad, la enfermedad mental, la impotencia, la ordenación sagrada y la profesión religiosa con votos solemnes (esto no aplicable a la legislación de Guatemala), así como el ligamen o vinculo matrimonial, son factores determinantes de impedimentos dirimentes absolutos; que la consanguinidad, la afinidad, el parentesco legal o adoptivo y el delito, o son de impedimentos dirimentes relativos; y que por razón de la licencia familiar o anterior matrimonio o rendición de cuentas de la tutela, establecen los impedimentos impeditivos”.³⁷

La terminología utilizada para referirse a los impedimentos matrimoniales son la canónica en el derecho civil (impedimentos dirimentes, anular; e impedimentos impeditivos que impiden la celebración del matrimonio, pero no con intensos efectos de nulidad si se celebra), parece poco comprensible si no se acude a la fuente etimológica. En realidad, procede utilizar la palabra impedimentos si se juzga la situación personal y familiar de las personas ante la ley, previamente a la celebración del matrimonio. Si se celebra, a pesar de los impedimentos, estos pasan inmediatamente a ser causa de nulidad absoluta o relativa del acto.

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

³⁶ . Fonseca, **Ob. Cit.**; pág. 62.

³⁷ . Espin. **Ob. Cit.**; pág. 62

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

2.4.4. Insubsistencia del matrimonio:

Según el Código Civil, en enumeración tipificante de insubsistencia del matrimonio, tienen impedimentos para contraer matrimonio (Artículo 88).

- Los parientes consanguíneos en línea recta y, en la colateral, los hermanos y medios hermanos.
- Razones de orden biológico (defectos de orden físico y mentales que pueden presentarse en la prole) y en intenso orden moral, justifican ese valladar legal.
- Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad.

La justificación de este precepto es dudosa; solo puede encontrarse en razones de orden moral. Al respecto la exposición de motivos del proyecto del Código Civil no es clara al decir que no puede reconocerse existencia de vínculo matrimonial en ningún caso, ni aun alegándose prescripción del matrimonio celebrado de buena o mala fe, entre ascendientes y descendientes, que hayan estado ligados por afinidad como entre suegra y yerno, o entre suegro y nuera”. El Artículo 120, inciso 3º del Código Civil de 1877 contiene un precepto similar (no pueden contraer matrimonio los afines en la misma línea de ascendientes y descendientes), pero puede notarse, redactado en tiempo presente, no con la expresión “que hayan estado, inserta en el Código vigente.

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

Esta disposición no requiere comentario alguno. Admitir lo contrario a tal precepto sería admitir la bigamia dentro de un ordenamiento jurídico que la rechaza,

El actual Código Civil precisa los impedimentos absolutos (impedimentos dirimentes absolutos), según puede verse en las disposiciones comentadas, basándose en factores de orden esencialmente parental. Distinto criterio priva en Código Civil de 1877, cuyo Artículo 120 contempla nueve casos de impedimentos absolutos, entre ellos el uxoricidio, la impotencia y la locura e incapacidad mental.

Ahora bien, ¿Qué ocurre si el matrimonio se celebra aún a pesar de existir un impedimento absoluto? Conforme lo dispuesto en el Artículo 144 del Código Civil, ese matrimonio sería insubsistente, es decir, absolutamente nulo.

2.5. Casos en que no puede autorizarse el matrimonio:

El Código Civil trata de los casos en que no podrá ser celebrado el matrimonio. Nótese la diferencia. Los casos de insubsistencia están referidos a la relación parental entre las personas que pretenden contraer matrimonio, en los casos expuestos anteriormente. Las de prohibición de que el matrimonio sea celebrado, inciden en responsabilidad del funcionario que autorice el acto, no obstante la existencia del impedimento, y de las personas culpables de la infracción, según lo dispuesto en el Artículo 90 del Código Civil.

Este Artículo dispone que no podrá ser celebrado el matrimonio:

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

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

El varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

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

En cuanto a la edad mínima exigida al hombre y a la mujer para unirse en matrimonio, el Código Civil vigente mantiene la misma edad que el anterior: dieciséis años al hombre y catorce la mujer.

Refiriéndose a otro aspecto del problema, Fonseca escribe: “En la actualidad ninguna legislación fija un límite máximo de edad para que las personas puedan contraer matrimonio y, puede decirse que tampoco ha sido ésta una practica en el pasado, ya que con excepción del Código Civil Ruso, anterior a la revolución, que

prohíbe el matrimonio a quienes hubieran cumplido noventa años, no se encuentran precedentes en tal sentido. La inexistencia de la referida prohibición se justifica porque, como se ha dicho, la procreación no es la única finalidad del matrimonio, toda vez que éste pueda motivarse en la necesidad que sientan un hombre y una mujer de vivir juntos para auxiliarse mutuamente”.³⁸

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

Planiol y Ripert lo llama impedimento espacial de la mujer que vuelve a casarse, y exponen su razón de ser al referirse al denominado plazo de viudedad (la ley francesa contempla expresamente el caso de muerte del marido) o de segundas nupcias, en los siguientes términos: “Tiene por motivo el deseo de evitar una confusión de parto (*turbatio sanguinis* o *patus*), es decir, la incertidumbre sobre el verdadero padre del hijo que puede nacer. En efecto, la ley, para determinar la paternidad legítima ha tenido que calcular el termino posible del embarazo de una manera un poco amplia, de tal suerte que comprenda los casos extremos de duración o de brevedad; le asigna un termino de 300 días cuando más y de 180 días cuando menos. Se obtiene de este modo un intervalo de 121 días, durante el cual se coloca necesariamente la concepción”.³⁹

Si la disposición del vinculo matrimonial obedeció a nulidad derivada de impotencia o a divorcio declarado por la misma causa, quizás hubiese sido conveniente que la ley no dispensase a la mujer tan ampliamente de termino alguno, sino que exigiera, en cualquier caso, peritaje medico, en virtud que los avances

³⁸ . Fonseca. **Ob. Cit.**; pág. 65

³⁹ . Planiol y Ripert **Ob. Cit.**; pág. 101

científicos pueden hacer posible la curación de la impotencia no derivada de causas irremediables, y puede ocurrir que el varón impotente se haya sometido a tratamiento médico, ignorándolo la mujer, y sin embargo aquel no haga pública esa circunstancia al tramitarse el juicio de nulidad o de divorcio.

Cabe señalar, con alguna relación a lo expuesto, que el denominado impedimento especial de la mujer o de segundas nupcias, tiene ahora importancia menguada a la luz del desarrollo de la ciencia. Ya no es solamente el transcurso del tiempo lo que puede llevar a la convicción de que una mujer ésta o no embarazada. Existen no utilizando la expresión en términos procesales medios científicos para verificar esos extremos con notoria precisión, que hacen innecesaria la espera del vencimiento del término legal, mejor dicho, de los términos legales. Es de lamentar que el Código Civil no se desligase en este sentido del criterio clásico, por cuanto pudo liberar de la espera para contraer nuevo matrimonio a la mujer que mediante peritaje médico comprobara plenamente, a buen criterio del juez, que no ha concebido con ocasión del anterior matrimonio o de la anterior unión.

- Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela,

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

El legislador pudo haber unificado ambos preceptos, a ejemplo del Código de 1877 y de 1933, que además previó la posibilidad de que pudiera celebrarse el matrimonio en los casos siempre que el padre o la madre dispensen el requisito de la aprobación y cancelación de las cuentas del administrador (Artículo 129, Código Civil de 1877; y de 95 inciso 4º Código Civil 1933)

La disposición legal vigente referida, tiene por objeto evitar que quien ejerza la tutoría se aproveche y valga de su posición y de la experiencia de la persona menor de edad, para que en uno de los supuestos, liberarse de la obligación de rendir cuentas de su administración, o bien pasar a ejercerla indefinidamente por razón del matrimonio.

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

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

Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

El Código Civil de 1877, Artículo 120 inciso 5º, explícitamente dispuso que no podía celebrarse matrimonio el adoptante con la hija adoptiva, ni el hijo adoptivo con la madre adoptante o la que fue mujer del padre adoptante. Por no haber regulado la adopción, el Código Civil de 1933 no se refirió a este caso.

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

En otro orden de ideas, dispone el código que si no obstante las prescripciones anteriores fuere celebrado el matrimonio, éste será válido, pero tanto

el funcionario como las personas culpables de la infracción serán responsables de conformidad con la ley y las personas a que se refieren los incisos 4º y 5º, perderán la administración de los bienes de los menores, y no podrán sucederles por intestado. (Artículo 90 Código Civil).

En disposición es poco acertada en lo que se refiere a imputar sin limitaciones específicas, responsabilidad al funcionario que autorice el matrimonio existiendo cualquiera de los impedimentos comentados. En efecto, el Artículo 91 del Código Civil dispone que si el funcionario llamado a autorizar el matrimonio tuviere conocimiento de la existencia de algún impedimento legal, ya por razón de oficio o por denuncia del Ministerio Público o cualquier persona, ordenara la suspensión de las diligencias matrimoniales y no podrá proseguirlas sino hasta que los interesados obtengan resolución favorable por la autoridad competente, salvo que la denuncia no fuere ratificada, en cuyo caso queda sin efecto.

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

2.5.1. Anulabilidad del matrimonio:

Es anulable el matrimonio, según dispone el Artículo 145 del Código Civil.

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

Para el Código Civil de 1877, esta causal era determinante de inexistencia del matrimonio (Artículo 121 Código Civil). El Código vigente acepto el criterio – anulabilidad- del Código Civil de 1933, transcribiendo el inciso 1º del Artículo 94 de este mismo cuerpo legal citado. Puede considerarse correcta la solución de los dos últimos Códigos, puesto que la anulabilidad o nulidad relativa solo puede ser invocada por las partes interesadas directamente. Es decir, si no se presenta por ellos impugnación posterior aduciendo error, dolo o coacción como determinantes en la celebración del matrimonio, este ha de considerarse valido. Desde otro punto de vista, resultaría violento que impugnarán el matrimonio personas ajenas al vínculo creado por el mismo, cuando, por ejemplo, no lo hicieran los contrayentes o el contrayente afectado, aun conociendo posteriormente la causa de nulidad, por considerar que el matrimonio debe continuar.

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

El Código Civil de 1877 considero la impotencia, sin distinguir su absoluta o relatividad, como un impedimento absoluto para contraer matrimonio (Artículo 120, inciso 8º Código Civil.). El Código Civil de 1933 contiene exactamente el mismo precepto que aparece transcrito en el actual, es decir, consideraba la impotencia, absoluta o relativa, como causa de anulabilidad.

Es más acertada la postura de los dos últimos códigos. Si bien la procreación imposible de lograr por razón de la impotencia de uno de los dos cónyuges- es uno de los fines primordiales del matrimonio, no es el único. En el propósito de la vida en común y del auxiliarse entre si (Artículo 78 Civil), radica en gran parte la institución matrimonial, basada fundamentalmente en el animo de permanencia.

Por otra parte, si se hubiese mantenido el criterio sustentado por el Código Civil de 1877, considerando la impotencia como impedimento para contraer matrimonio, esa circunstancia debería comprobarse previamente a la celebración de aquel, lo cual en la practica resultaría difícil de exigir en vista que por principio general los vínculos fuertemente efectivos predominan en el noviazgo y son determinantes para decidir la unión conyugal, alejando la posibilidad de que fríamente se exija la practica de exámenes médicos para establecer el extremo en referencia.

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

De cualquier persona que padezca incapacidad mental al celebrar el matrimonio.

El Código Civil de 1877 estipula que no podía contraer matrimonio las personas con incapacidad mental (Artículo 120, inciso 9º Código Civil.). La mayoría de legislaciones antiguas hablan de locura o demencia. El Código Civil de 1933 (Artículo 94, inciso 2º Civil) contiene idéntico precepto que el vigente.

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

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

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

Para el Código Civil de 1877, ese hecho era constitutivo de un impedimento absoluto (Artículo 120, inciso 7º Código Civil). Para el Código Civil de 1933 era también impedimento absoluto (Artículo 95, inciso 6º Código Civil), al vedar, a diferencia de los otros casos enumerados en dicho precepto legal, la posibilidad de que el matrimonio fuera válido. El Código Civil vigente suavizó la apreciación de esa circunstancia, transformándola en causa de anulabilidad. Cambio de criterio difícilmente justificable.

Gautana Fonseca, expresa, " asentado en una razón de orden moral y de defensa de las buenas costumbres, este impedimento tiene como finalidad evitar la comisión de un delito que se funde en la esperanza de que destruyendo un vínculo matrimonial existente, por la muerte de uno de los cónyuges, les resulte posible a los autores o al autor y cómplice del crimen, unirse entre si en matrimonio."⁴⁰

No es necesario, según el texto de la ley, que el autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, hubiesen procedido con el objeto de estar en posibilidad de celebrar posteriores nupcias con el sobreviviente.

⁴⁰ Fonseca, **Ob. Cit.**; pág. 106.

Con criterio amplio, y en otro aspecto del problema, si la muerte del cónyuge obedeció a acción u omisión culposa, ajenas al deliberado propósito de causar la muerte, indudablemente ese hecho ilícito no quedaría comprendido en la disposición citada, es decir, no se tipifica la causa de la anulabilidad.

2.5.2. Consentimiento

Con aparente falta de sistematización, se estudia tal requisito (consentimiento) en la última parte de este capítulo. Sin embargo, ello es así necesario en vista de que los anteriores se refieren a circunstancias o calidades casi todas con especial referencia a la previa celebración del matrimonio, no al acto en sí, que culmina con la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la inmediata declaración del funcionario autorizante.

El consentimiento es uno de los importantes requisitos personales para la validez del matrimonio. En tal grado que, por ejemplo, el Código Civil francés dispone que no haya matrimonio cuando no hay consentimiento. Fonseca escribe, refiriéndose a ese requisito, que en el hombre y en la mujer debe existir la voluntad consciente y libre de unirse en matrimonio.”⁴¹

Federico Puig Peña, expresa, “parafraseando la doctrina de los tratadistas podemos definirlo diciendo para que es el acto de voluntad por virtud del cual el hombre y la mujer convienen en que surja entre ellos el estado matrimonial con todas las consecuencias que ello produce, singularmente lo referente a la procreación”⁴²

No debe confundirse el consentimiento expreso de los cónyuges al cual se refiere el Artículo 99 Código Civil, con la autorización que dan quienes ejercen la patria potestad o la tutela para que pueda celebrarse matrimonio de los menores de

⁴¹ . Fonseca. **Ob. Cit.**; pág. 106

⁴² . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 157

edad capacitados por la ley. Los menores deben, en todo caso, expresar también su consentimiento en el curso del acto matrimonial.

¿Puede un menor de edad, comprendido en las edades especificadas en el Artículo 81 del Código Civil, contraer matrimonio por poder?. Aunque el Artículo 85, del mismo cuerpo legal citado, que autoriza la celebración del matrimonio por mandato, nada dice al respecto, debe estarse por la respuesta negativa, con base en el razonamiento expuesto en párrafo anterior, toda vez que quien no ha cumplido la mayoría de edad (determinante de la plena capacidad civil), no puede comparecer por si mismo al otorgamiento del mandato, que por su especial naturaleza ha de entenderse continente de la expresada voluntad de contraer matrimonio.

La falta del libre y expreso consentimiento da lugar a la anulabilidad del matrimonio, “cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción” (Artículo 145, inciso 1º Código Civil).

El error que hace anulable el matrimonio es el que recae sobre la identidad personal del otro contrayente, o produce por la ignorancia de algún defecto substancial del mismo, de tal gravedad para que se haga insoportable la vida en común o constituya un peligro para la prole (Artículo 146 Código Civil). Es objetable el contenido de la segunda parte de ese precepto, ya que su amplitud y los casos que contempla escapan en buena técnica al concepto legal del error. Más acertadas eran las disposiciones de los códigos anteriores.

La apreciación del error como causa de nulidad del matrimonio, corresponde al ámbito del criterio judicial.

En cuanto al dolo (toda maquinación o artificio que tienda a inducir a error a alguno de los cónyuges sobre un hecho substancial que de haberse conocido con exactitud, el matrimonio no se hubiera celebrado, las legislaciones clásicas tienden a considerarlo como fuente de error, no como causa especial de nulidad. El Código de

1877 no trato específicamente del dolo, entendiéndose que admitió el criterio clásico. Para el Código Civil de 1933, como para el vigente, era causa de anulabilidad del matrimonio (Artículo. 94, inciso 1º. Código Civil).

La diferencia entre el error y el dolo, a los efectos de la validez del matrimonio, radica en que para que exista el primero (error) debe emerger su causa de falta de correcta apreciación, por parte de uno o de ambos contrayentes, de las circunstancias previstas en la ley como determinantes de la anulabilidad del acto, sin mediar deliberado propósito de engaño, maquinación o artificio, lo cual si debe existir y manifestarse para la concurrencia del dolo. La coacción (toda aquella acción u omisión que cree un estado anímico en la persona impidiéndole la libre expresión del consentimiento), ha de tener por objeto precisamente alcanzar un consentimiento en apariencia libre para contraer el matrimonio deseado por quien la ejerce y precisamente contra quien la ejerce, sea el interesado o un tercero.

Algunos tratadistas, con poca precisión conceptual, identifican la coacción con la violencia (refiriéndose al rapto como medio de obtener el matrimonio), o bien con el miedo grave. La palabra coacción es más comprensiva de situaciones reales que puedan presentarse y constituir razón suficiente para la anulabilidad del matrimonio, a través de un deliberado propósito de debilitar, inmediata o mediatamente, la libre voluntad de la otra persona para que acceda, sin desearlo realmente, a la celebración del acto.

El Código Civil vigente considera que la coacción puede presentarse en forma de violencia, amenaza o intimidación, y hace especial referencia al matrimonio del raptor con la raptada (Artículo 147 Código Civil). Hubiere tenido más acierto (para no incurrir en la referida imprecisión conceptual), disponer que la coacción habrá de ser referida naturaleza que prive a quien la sufre de la posibilidad de externar libremente al consentimiento, quedando a criterio del juzgador apreciar la gravedad o la intensidad de la circunstancias aducidas y probadas, en todo caso como tipificantes de coacción.

2.6. Requisitos formales y solemnes para validez del matrimonio:

2.6.1. Generalidades:

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

Planiol y Ripert, expresan, “a tal fin, el legislador moderno a diferencia del romano y del de la Edad Media hasta el concilio de Trento”⁴³, ha regulado cuidadosamente lo que concierne a los requisitos formales cuyo cumplimiento es necesario previamente al acto matrimonial en si. A ello responde la iniciación y tramitación del expediente respectivo ante el funcionario autorizante, con el objeto esencial de que la prueba escrita o documental respalde a la manifestación de la voluntad de los contrayentes.

Gautama Fonseca “Las formalidades expresa Fonseca, cumplen en el matrimonio un papel principalísimo, porque facilitan la prueba del acto; porque impiden que este se realice en forma precipitada, esto es, sin tomar en cuenta todas sus consecuencias y porque fijan de modo preciso toda la gama de supuestos o requisitos que deben concurrir para que surja el vínculo conyugal, y producen el afecto de que hacen cierta su concurrencia tanto en relación al tiempo como a las personas. Si bien es cierto que en la actualidad se advierte en muchas legislaciones una atenuación del rigor formal que siempre ha caracterizado al matrimonio, no puede negarse que por amplias que sean las concesiones a la libertad individual que tal hecho implique, el conubio continúa siendo un acto jurídico esencialmente solemne”⁴⁴

⁴³. Planiol y Ripert, **Ob. Cit.**; pág. 155.

⁴⁴. Fonseca. **Ob. Cit.**; pág. 119.

2.6.2. Formales:

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

En cuanto a la iniciación y tramitación del expediente, interesa señalar que están autorizados por la ley para celebrar el matrimonio, los alcaldes o concejales que hagan sus veces, los notarios hábiles legalmente para el ejercicio de su profesión y los ministros de cualquier culto a quienes la autoridad administrativa correspondiente Ministerio de Gobernación les otorgue esa facultada (Artículo 92 Código Civil).

El Código Civil de 1877 facultó a los jefes de departamentos y a los alcaldes para autorizar el matrimonio (Artículos 139, 142, 143, 144 Código Civil). El Código Civil de 1933, solamente a los alcaldes o concejales que hicieren sus veces (Artículo 85 Código Civil). Es inusitada en ese sentido la amplitud del Código Civil vigente al permitir con antecedente en el Decreto 1289 del Congreso, que los ministros religiosos asuman funciones de naturaleza eminentemente administrativas con detrimento, en la practica y como no podía ser de otra manera, de la solemnidad del acto en que culmina el matrimonio civil. Debe observarse que el propósito de dicho precepto (Artículo 92 Código Civil) es de facilitar a lo máximo la unión conyugal, pero su acierto es discutible.

Con propiedad, el expediente matrimonial se inicia mediante la manifestación, ante el funcionario competente y de la residencia de cualquiera de los contrayentes, de que pretenden contraer matrimonio. El funcionario esta obligado a recibir bajo juramento de cada uno de ellos, declaración sobre los puntos siguientes, que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio,

nacionalidad y origen, nombre de los padres y de los abuelos si los supieren, la ausencia de parentesco entre si que impidan 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 estén legalmente unidos de hecho con tercera persona (Artículo 93 Código Civil).

El Código Civil, en los Artículos 94, 95, 96 y 97, dispone la forma de que en el caso de quien pretende contraer matrimonio sea menor de edad, o si hubiese sido casado, o sea extranjero o guatemalteco naturalizado, salvo el caso previsto en la ultima parte del Artículo 97 del código Civil la obligatoriedad para el varón y a solicitud de éste para la mujer de presentar constancia de sanidad a efecto de acreditar que no padecen de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o la descendencia o que no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación.

Reacuérdesse que quedo expuesto en el capitulo anterior, si el funcionario que interviene en un acto tuviere conocimiento de la existencia de algún impedimento legal, ya por razón de oficio o por denuncia del Ministerio Público o cualquier persona, ordenara la suspensión de las diligencias matrimoniales y no podrá proseguirlas sino hasta que los interesados obtengan resolución favorable por la autoridad competente; y que si la denuncia no fuere ratificada, quedara sin efecto (Artículo 91Código Civil). Este precepto legal tipifica lo que en doctrina se llama posición al matrimonio.

Dispone el Código Civil que los actos y providencias del funcionario que deba celebrar el matrimonio no ponga obstáculos a su celebración, podrán recurrir los interesados a los jueces correspondientes, quienes en vista de las justificaciones que se les presenten resolverán lo que proceda, sin demora alguna (Artículo 106 Código Civil). La razón de ser ese precepto es clara, impedir que el funcionario se transforme irrecurriblemente, por razones no justificables, en valladar para celebración del matrimonio.

2.6.3. Solemnes:

Cumplidos los requisitos formales previstos en el Código Civil, y cerciorado el funcionario de la capacidad y aptitud de los contrayentes, señalará si estos así lo solicitan, días y hora para la celebración del matrimonio o procederá a su celebración inmediata (Artículo 98 Código Civil).

La ceremonia de la celebración del matrimonio es el acto solemne con el que las diligencias iniciadas a ese efecto Planiol-Ripert enfatizan “el carácter solemne del acto resaltando que la autoridad interviniente no da fe del matrimonio, sino que lo celebra, en el lugar y según las formalidades prescritas por la ley.”⁴⁵ En el antiguo derecho agregan los citados autores franceses, la iglesia católica había establecido la solemnidad del matrimonio. El derecho moderno de casi todos los países la ha considerado. Nada señala mejor el carácter de institución civil del matrimonio que esa intervención de la autoridad pública y la palabra celebración que ha sido conservada también que la ley civil otorga en la ceremonia un papel más importante al oficial de estado civil (alcalde, notario o ministro religioso autorizado, en la legislación guatemalteca) que el derecho canónico al sacerdote. El sacerdote no es sino un testigo de calidad en el sacramento de que son ministros los esposos, y tan solo otorga la bendición nupcial”⁴⁶

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

⁴⁵ . Planiol y Ripert. **Ob. Cit.**; pág. 120

⁴⁶ . **Ibíd.**

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

Los alcaldes o concejales que hagan sus veces, deben asentar las actas de matrimonio en un libro especial llevado por cada municipalidad; los notarios, en acta notarial que será protocolizada; y los ministros de los cultos, en libros autorizados por el Ministerio de Gobernación (Artículo 101 Código Civil)

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

2.7. Matrimonios excepcionales:

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

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

A tal respecto, el Código Civil ha previsto el denominado matrimonio en el artículo de muerte, que puede ser autorizado, en caso de enfermedad grave de uno o de ambos contrayentes, sin observarse las formalidades legales ordinariamente requeridas, siempre que no exista ningún impedimento ostensible y evidente que no haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos, debiendo constituirse el funcionario en el lugar donde sea requerido por los interesados (Artículos 105 Código Civil). Es entendido que la expresión “sin observarse las formalidades establecidas”, no ha de considerarse en toda su laxitud puesto que determinadas formalidades son insoslayables.

Otro caso de matrimonio excepcional lo constituye el de los militares y demás individuos pertenecientes al ejército, que se hallen en campaña o en plaza sitiada, quienes contraen matrimonio ante el jefe del cuerpo o de la plaza, siempre que no tengan impedimento notorio que imposibilite la unión (Artículo 107 Código Civil).

2.8. Matrimonios celebrados en el extranjero:

El Código Civil dispone que el matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establecen las leyes, producirá todos sus efectos en la república, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por alguna de las causas que determina el propio Código Civil (Artículo 85 Código Civil)

Esa disposición es amplísima, y por ende aplicable al matrimonio celebrado fuera del territorio nacional entre extranjeros, entre guatemaltecos, entre

guatemalteco y extranjera o entre guatemalteca y extranjero, en cuya celebración se observe la forma y que se cumplan los requisitos establecidos por las leyes del país de que se trate, quedando supedita su validez a que no medie impedimento absoluto para contraerlo. Como impedimento absoluto ha de ser considerado cualquiera de los previstos en el Código Civil, toda vez que se trata de los efectos del matrimonio en Guatemala. Conviene recordar que el Artículo 36 del Código de Derecho Internacional Privado, que aprobó Guatemala, conocido como Código de Bustamante, dispone que los contrayentes estén sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa.

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

2.9. Inscripciones del Matrimonio:

A las formalidades y a la solemnidad del acto matrimonial, sigue su inscripción en el Registro Civil. A tal objeto, el Código Civil dispone que dentro de los quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, deberán enviar a dicho registro, los alcaldes copia certificada del acta, los notarios y los ministros de los cultos aviso circunstanciado (Artículo 102 Código Civil)

La inscripción del matrimonio la hará el registrador civil inmediatamente después de recibir la certificación del acta de su celebración, o el aviso respectivo (Artículo 422 Código Civil). En la partida se anotara cualquiera otra inscripción que posteriormente se hiciera en el registro y que afecte a la unión conyugal; sin perjuicio de la anotación marginal, la sentencia que se declare la nulidad o insubsistencia

del matrimonio, la separación, el divorcio o la reconciliación, se transcribirá en el libro correspondiente (Artículo 423 Código Civil).

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

2.10. Deberes y derechos que nacen del matrimonio:

Estipula el Código Civil en el acápite del párrafo IV del libro I. Obligaciones y derechos. Quizás el legislador prefirió la palabra deberes para no homologar la expresión con la terminología propiamente jurídica, visto que el ámbito matrimonial es en buen grado ajeno a lo patrimonial regulado por el derecho de obligaciones. Señala el Código Civil como unos u otros, o sea como deberes y derechos que nacen del matrimonio, en su orden:

- El derecho de la mujer a agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo hasta que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio (Artículo 108 Código Civil) esto quiere decir, como quedo expresado, que la mujer puede o no agregar al suyo propio el apellido del marido, aunque lo corriente es lo primero. Vease que el artículo citado no previo el caso de disolución del matrimonio por muerte del esposo como circunstancia que haga cesar el referido derecho de la mujer. Se acostumbra indistintamente que la

mujer utilice la palabra viuda o siga usando el apellido del marido, como si viviera.

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

La razón de ser de este precepto quedo expuesta en la exposición de motivos del proyecto del Código Civil: “Sin quebrantar el principio de la igualdad de ambos cónyuges, es necesario que alguno de los dos represente a la sociedad legal sea sus administrados. Es esta una cuestión que contradice aquel precepto sino, al contrario, faculta al marido para tal encargo como más adecuado para su desempeño, dejando a la esposa sin esas preocupaciones para que cumpla con mayor acierto el papel de madre que le incumbe por su propia naturaleza y ordene y dirija los quehaceres domésticos, como señora, ama de casa y directora de sus pequeños hijos tan necesitados de su constante cuidado. La autoridad de ambos cónyuges en el hogar debe ser igual, de común acuerdo fijaran al lugar de su residencia y arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar como lo expresa el Artículo 103 del Código Civil. (Artículo 109 del Código Civil).

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

El marido debe protección y asistencia a su mujer y esta obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas (Artículo 110 Código Civil).

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

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

Esta disposición parece desligar al padre de la obligación de atender y cuidar a sus hijos menores. No debe entenderse en términos absolutos. El Artículo 109 y el 166 Código Civil, por ejemplo, atenúan ese principio.

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

A propósito de esas disposiciones, en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Civil, se lee: “Problema actual es lo relativo al trabajo de la mujer fuera del hogar. Las necesidades materiales la obligan a buscar empleo u oficio desde que siente aptitud para el trabajo, una vez terminada su instrucción primaria, o secundaria, o cuando ha obtenido un diploma que la capacita para trabajos de oficina“. Así la sorprende el matrimonio y el hábito adquirido lo conserva, procurando con su sueldo o salario contribuir al sostenimiento del hogar. Esto es muy justificable y atendible; pero una vez que la procreación comienza con el nacimiento del primer

hijo, la mujer debe comprender que su misión está en el hogar y, a no ser por circunstancias muy especiales, no debe desatender a sus hijos con el pretexto de necesidades personales y del deseo de ayudar al marido. El marido puede oponerse a esas actividades de la mujer fuera del hogar, siempre que suministre todo lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientes justificados, lo que el juez, con su comprobación, resolverá. Esta facultad que se le concede al marido obedece a un interés superior que el del reconocimiento de la libertad de la mujer para normar su vida en la forma que le parezca más conveniente. Es el cuidado y educación de los hijos lo que se protege, en cuya realización deben estar igualmente empeñados el padre y la madre; es la conservación del hogar lo que se persigue, pues su abandono material implica el abandono moral aflojando los lazos que deben unir a los esposos y a los hijos... (Artículos 113 y 114 Código Civil). Son similares a los artículos 169 y 170 del Código Civil Mexicano.

2.11. Efectos personales del matrimonio:

2.11.1. Generalidades:

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

A diferencia de las relaciones matrimoniales o económicas son de pronunciado carácter jurídico, las relaciones personales entre los cónyuges que tienen fundamentalmente carácter moral y solo son incorporadas al Derecho en la limitada medida en que es posible lograr su sanción y efectividad por los medios legales. Se suelen desdoblar estas relaciones personales, o lo que es lo mismo, los

efectos del matrimonio relativos a las personas de los cónyuges, en derechos y obligaciones comunes a ambos cónyuges, y en derechos y obligaciones especiales de cada uno de ellos.

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

En cuanto a numerosos efectos legales de la unión conyugal, la libertad personal de decisión del hombre y la mujer termina en el momento en que el matrimonio fue celebrado: en adelante, su conducta queda normada en gran manera por reglas de observancia obligatoria mientras subsista el vínculo matrimonial.

2.11.2. Derechos y obligaciones de los cónyuges:

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

La enumeración de los derechos (o deberes como los denominan), así como de las obligaciones resultantes del matrimonio, varía necesariamente de acuerdo con las disposiciones de cada legislación.

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

- El vivir juntos, esto es hacer vida en común, cohabitar (Artículo 78 Código Civil)
- El procrear, alimentar y educar a los hijos
- El derecho y la obligación de alimentar a los hijos deben entenderse extensivos a los hijos por adopción (Artículo 230 del Código Civil)
- El auxiliarse entre si

O sea lo que Planiol y Ripert denominan deberes de socorro y de asistencia (previstos específicamente en el Artículo 110 Código Civil).⁴⁷

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

El Código Civil no llama derechos y obligaciones a los anteriormente expuestos. Se refiere a ellos, juntamente con el animo de permanencia, denominándolos fines del matrimonio, que son necesariamente básicos para la debida existencia de la institución, la vida en común no necesariamente ininterrumpida, la procreación de los hijos, su alimentación, educación y el auxiliarse entre si los cónyuges, son pilares fundamentales del matrimonio.

Puede ocurrir, y en efecto ocurre con frecuencia, que la unión conyugal no se desenvuelva dentro de los lineamientos previstos en la ley. En tal eventualidad, la

⁴⁷ . Planiol y Ripert. **Ob.Cit.**; pág. 155

misma ley señala taxativamente la solución a cada caso. La infidelidad, como quedo dicho abre el paso a la separación y el divorcio. También podrán modificar (separación) o disolver (divorcio) el matrimonio, los malos tratamientos de obra, las injurias graves, ofensas al honor, la conducta que haga insoportable la vida común, la separación o el abandono voluntario de la casa conyugal, la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimenticio a que esta legalmente obligado.

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

En gran mayoría, los derechos y las obligaciones personales existentes entre cónyuges por razón del matrimonio a pesar de surgir por disposición de orden publico, de obligada coercible observancia. Empero, su falta de cumplimiento si se trata de obligaciones (resultantes de derechos correlativos) da lugar a que los mecanismos legales puedan entrar en acción, ya para garantizar la propia unión o subsistencia de la familia, para que la unión cese o se disuelva por graves circunstancias que pone de manifiesto la imposibilidad o inconveniencia de que subsista.

2.11.3. Derechos y obligaciones del esposo:

En primer término procede señalar que la representación conyugal corresponde al marido (Artículo 109 Código Civil). Esa representación no significa prepotencia del varón en el hogar o fuera de él frente a la mujer. Dice el mismo Artículo que ambos cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, fijaran de común acuerdo el lugar de su residencia y arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar. Esos preceptos concuerdan lógicamente con el principio general aceptado por el Artículo

79 del Código Civil, en el sentido que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

El expreso reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones entre marido y mujer (precisados específicamente en cuanto a la fijación de común acuerdo del lugar de residencia y todo lo relativo a la educación de los hijos y a la economía familiar), alejan la legislación civil de Guatemala de los principios que rigen esos aspectos de la unión conyugal en legislaciones como la de Francia y España, que reconocen la autoridad del marido en aras de una dirección inequívoca de la vida matrimonial.

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

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

2.11.4. Derechos y obligaciones de la esposa:

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

La mujer tiene derecho a usar el apellido de su cónyuge, no la obligación de usarlo. Conforme al precepto citado, el marido no puede compeler a su esposa a usar el apellido de aquel. La mujer, si así lo desea, puede seguir usando solamente sus propios apellidos, caso recíproco que sería poco usual en la práctica por motivo de la influencia que es este sentido tienen costumbres sociales. Lo cual en Guatemala es que la mujer casada agregue a su nombre de pila o a éste y sus apellidos, el apellido del esposo, precedido de la preposición “de que cesa el derecho de la mujer a usar el apellido de su esposo, si se declara la nulidad del matrimonio o se disuelve el vínculo por el divorcio. Tratándose de un derecho surgido en razón de la existencia y validez del matrimonio, lógico es que desaparezca si el vínculo matrimonial a su vez desaparece. El Código Civil guarda silencio respecto a si el derecho de la mujer a usar el apellido del esposo subsiste en caso de muerte de éste. Ante el silencio de la ley, y dado que supuestamente solo reconoce como formas de extinción de ese derecho los casos de nulidad y divorcio, debe entenderse que subsiste.

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

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

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

2.12. Efectos patrimoniales del matrimonio:

2.12.1. Generalidades:

A la par de las relaciones de carácter personalísimo, se generan entre los cónyuges, por razón del matrimonio, relaciones de naturaleza patrimonial que el derecho regula para evitar que puedan incidir en el buen suceso de aquellas y para precisar el ámbito económico de la unión conyugal, a manera que los bienes y obligaciones presentes y futuros del varón y de la mujer sean rígidos por principios que en un momento dado permitan conocer la situación de unos y otros, tanto en relación con los propios esposos respecto a terceras personas

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

Acorde con la sistemática del derecho clásico, el Código Civil de 1877 reguló la materia en el libro II, que trataba de las cosas, del modo de adquirirlos y de los derechos de las personas sobre ellas, dedicándole el título XII, referente a los derechos de los cónyuges sobre sus bienes propios y comunes.

A partir del Código Civil de 1933 y con técnica tendiente a la unidad del derecho de familia, las disposiciones relativas a los bienes de los cónyuges se

insertan en el título correspondiente al matrimonio (libro I, título IV, capítulo VI de dicho Código), bajo la misma denominación que aparece en el vigente: régimen económico del matrimonio.

2.12.2. Regímenes económicos del matrimonio:

Puig Peña escribe a propósito de las enumeraciones y clasificaciones que se han hecho de los regímenes económicos matrimoniales: “Quizás sea este uno de los puntos sobre el que la doctrina ha polemizado más, pues los tratadistas pretenden cuadros completos de los regímenes matrimoniales haciendo un destaque de los elementos que más los singularizan. Respecto de esta cuestión es posible entrever tres criterios distintos. Unos formulan clasificaciones de los regímenes matrimoniales siguiendo una orientación amplia o un punto de vista restringido. (Roguin hace solo referencia a una clasificación de tipos y estudia el régimen de absorción, el de unidad de bienes, la unión de bienes, el régimen de comunidad, el dotal y la separación de bienes. Irureta distingue los absolutos de los relativos o mixtos. Castán, en nuestra Patria, hace una clasificación atendiendo al origen y a los efectos, comprendiendo dentro de este último grupo los regímenes dotal, de administración marital y separación, dentro de los sistemas de separación, en sentido amplio. Es curioso observar que algún autor ha presentado una lista verdaderamente inacabable de los regímenes existentes en las legislaciones positivas, aunque por punto general es corriente en la doctrina presentar un grupo reducido de los mismos. Otros entienden que con la clasificación de los sistemas no se totaliza la cuestión de los regímenes matrimoniales y prefieren colocar junto a los mismos aquellas instituciones particulares que no siendo verdaderos regímenes – como sucede con la dote y los bienes reservados- deben combinarse necesariamente con otro régimen típico para constituir un sistema completo (En este sentido, Carlos Farsi..Que distingue como regímenes dichos, el de absorción, el de separación de bienes, la unidad y la unión de bienes, y los regímenes de comunidad. Y como instituciones especiales, la dote y los bienes reservados. Y este otro criterio es generalmente seguido en Europa, no quieren formular una clasificación científica,

sino que buscan una mera enumeración de los regímenes existentes en los Derechos Patrios, efectuando, si acaso, algunas excursiones no sistemáticas al Derecho comparado.⁴⁸

Ante una variedad de posturas doctrinarias y legislativas, conviene reducir la exposición de la materia al criterio seguido por la legislación de Guatemala, para evitar en esa forma confusiones al respecto, dado, como puede verse de lo escrito por Puig Peña y otros autores, que no existe unidad sistemática en el desarrollo de tema tan importante.

El Código Civil de 1877 dispuso que del matrimonio resultara entre marido y mujer una sociedad legal, en que podía haber bienes propios de cada socio, y bienes comunes a los cónyuges (Art. 1090 Código Civil). “sociedad legal se llama escribió el doctor Cruz, porque resulta por ministerio y disposición de la ley, sin necesidad de convención especial, la que se forma por el matrimonio, entre marido y mujer, respecto a sus bienes”. Ese cuerpo de leyes, en la alternativa de incluir los preceptos concernientes a esa sociedad en el libro III, las obligaciones y contratos, o en el II, de las cosas, del modo de adquirirlos y de los derechos que las personas tienen sobre ellas, opto, como quedo dicho, por esta ultima solución, sin alcanzar a precisar con rigor científico, los diversos regímenes económicos del matrimonio: solo trata de los bienes parafernales, de los gananciales y de la separación de bienes matrimoniales (Artículo 1138 y 1184 del Código Civil de 1877), refiriéndose a los bienes comunes en las disposiciones relativas a la sociedad legal entre marido y mujer.

El Código Civil de 1933, abandonando el criterio del anterior, regula dentro del titulo dedicado al matrimonio lo relativo al régimen económico del mismo. Hace obligatorias las capitulaciones matrimoniales Artículo 100, y dispone que en las mismas deben los contrayentes hacer declaración expresa sobre si adoptan el régimen de la comunidad o el de la separación de bienes, haciendo constar en uno u

⁴⁸ .Puig. **Ob. Cit.**; pág. 120

otros casos todas las modalidades y condiciones a que quieran sujeción su régimen económico (Artículo 101 del Código Civil). Se desprende de dichos preceptos que el Código de 1933 solamente aceptó dos clases de regímenes económicos del matrimonio con denominación expresa: el de la comunidad de bienes y el de la separación de bienes; régimen subsidiario a falta de capitulaciones, optó el denominado por el Código vigente sistema de comunidad de gananciales, Artículo. 104 y 105 del Código Civil de 1933. Este Código permitió amplia flexibilidad al disponer que los contrayentes pudieran dar a los indicados sistemas las modalidades y condiciones que creyeran convenientes.

El Código Civil vigente reconoce las mismas clases de sistemas económicos del matrimonio que el de 1933, denominándolos: régimen de comunidad absoluta de bienes, régimen de separación absoluta de bienes y régimen de comunidad de gananciales cumpliendo este a la vez, la función de régimen subsidiario que la forma innominada cumplía en el Código anterior. Pueden verse a ese respecto los Artículos 121 y 126 del Código Civil en vigor.

2.12.3. Régimen de comunidad absoluta:

Para Fonseca, este régimen “se caracteriza porque todos... los bienes aportados por los cónyuges al matrimonio, o que adquieren durante el mismo, pasan a formar un solo patrimonio, perteneciente a ambos esposos y que administra el marido”.⁴⁹ Puig Peña escribe que “se caracteriza este régimen matrimonial porque a virtud del mismo todos los bienes que el marido y la mujer aporten al tiempo de contraer matrimonio y los que se adquieran con posterioridad, se hacen propiedad de ambos esposos.”⁵⁰

Nótese que según el criterio sustentado por Fonseca, el régimen de comunidad absoluta de bienes da como resultado que los bienes de ambos

⁴⁹. Fonseca. Ob. Cit.; pág. 89

⁵⁰. Puig. **Ob. Cit.**; pág. 269

cónyuges pasan a formar un solo patrimonio perteneciente a ambos; en tanto que según Puig Peña, “los bienes se hacen propiedad de los esposos, estos es, no se forma un nuevo patrimonio, subsiste el de cada cónyuge, aumentando o disminuido en la proporción en que los bienes de un cónyuge incide en el del otro.”⁵¹

El Código Civil vigente admite el primer criterio. En efecto, dispone que en el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridos durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio (Artículo 122 Código Civil). No obstante, esa absorción total de bienes hacia un solo patrimonio queda atenuada en cierta forma al disponer el Código Civil que son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera por herencia, donación u otro título gratuito, y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedad, deducidas las primas pagadas durante la comunidad (Art. 127 Código Civil).

El marido, en el régimen de que se trate, es el administrador del patrimonio conyugal, sin que sus facultades puedan exceder los límites de una administración regular, debiendo ser otorgada la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de la comunidad con el consentimiento de ambos cónyuges para que el acto sea válido (Artículo 131 del Código Civil). Nótese que esta disposición no hace referencia a bienes muebles registrables. Asimismo, téngase lo dispuesto en el Artículo 70 de la Constitución de 1965, el cual disponía en su parte que en el régimen económico o de la unión de hecho, cada cónyuge o conviviente tiene libre disposición de los bienes que se encuentren inscritos a su nombre en posregistros públicos, salvo las limitaciones que expresamente consten en las inscripciones de cada bien; y que en todos los casos los cónyuges o convivientes responderán entre sí por la disposición que hicieren de bienes comunes. Esto es, el precepto constitucional deroga el Artículo 131 del Código Civil en lo referente al otorgamiento conjunto del consentimiento de los cónyuges para enajenar o gravar bienes inmuebles, en la forma transcrita.

⁵¹ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 269

La mujer puede oponerse a cualquier acto del marido que redunde en perjuicio de los intereses administrados y también puede hacer cesar su administración y pedir la separación de bienes cuando por su notoria negligencia, incapacidad o imprudencia en la administración, amenaza arruinar el patrimonio común o no provee a un adecuado mantenimiento de la familia. En ambos casos, el juez con plena justificación de los hechos, resolverá lo procedente (Artículo 132 Código Civil).

Ese precepto engloba muy diversas situaciones o circunstancias: 1) oposición o dicho en otra forma, derecho de la mujer a oponerse a actos de mala administración por el marido; 2) cese de la administración a cargo de éste; 3) derecho de la mujer a pedir la separación de bienes en los supuestos indicados; 4) intervención del juez, quien resolverá lo procedente. No cabe dudar respecto a que hubiese sido conveniente que la ley separe con precisión cada uno de los casos a que se refiere el Artículo objeto de comentario.

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

Si el marido es menor de dieciocho años, ser asistido en la administración de sus bienes y los del patrimonio conyugal, por la persona que ejerza sobre él la patria potestad o la tutela; pero, si la mujer es mayor de edad, ella ejercerá la

administración de los bienes hasta que el marido llegue a la mayoría (Artículo 134 Código Civil). Esta disposición no quiere comentario, salvo la observación de que la ley debió referirse expresamente al caso de la administración de bienes si ambos cónyuges son menores de edad, aunque lógicamente ha de entenderse que corresponde al esposo asistido en la forma prevista en el citado Artículo 134 del Código Civil.

El Código Civil deja previsto que de las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges para el sostenimiento de la familia, responderán los bienes comunes, y si éstos fueren insuficientes, los bienes propios de cada uno de ellos (Artículo 135 Código Civil). En sentido contrario, de aquellas obligaciones que no fuesen contrarias con el objeto de procurar el sostenimiento de la familia, no responderán los bienes comunes sino los propios del cónyuge que se obligó. Éste criterio priva respecto a las deudas contraídas por uno de los cónyuges antes del matrimonio, aún cuando se rija por el régimen de comunidad (Artículo 137 Código Civil).

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

Conforme el Código Civil, la comunidad de bienes termina: 1) por la disolución del matrimonio; 2) por la separación de bienes; y 3) por ser condenado por un delito cometido en contra del otro. (Artículo 139 Civil).

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

En referencia a la separación de los bienes como a causa que hace terminar la Comunidad, debe decirse que la previsión legal ocurre cuando los cónyuges optan por cambiar voluntariamente el régimen que normaba su relación patrimonial pactada al de la separación (Artículo 117 Código Civil), acogiéndose al derecho irrenunciable que tienen para alterar las capitulaciones matrimoniales (Artículo. 125 Código Civil).

Quedo expuesto que la sentencia judicial firme en contra de alguno de los cónyuges por el delito cometido en contra del otro, da lugar a que termina la comunidad de bienes. Por no especificar el Código (a diferencia de cómo lo hace en las causas de divorcio Artículo 155, inciso 3º, 6º, 10 y 11) que delitos son productores de ese afecto, debe entenderse que cualquier delito, es decir, la condena de un cónyuge por cualquier delito que cometa contra el otro, lleva aparejada la terminación de la comunidad de bienes.

Concluida la comunidad de bienes, dispone el Código que se procederá inmediatamente a su liquidación (Artículo 140 Código Civil), debiendo tener presente las disposiciones de los Artículos 141 al 143 del Código Civil, que tratan de algunos efectos de la conclusión de la comunidad.

2.12.4. Régimen de separación absoluta de bienes:

La esencia de este régimen, en su aspecto absoluto, consiste en que “cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismo” (Artículo 123 Código Civil).

Es interesante leer lo que escribe Fonseca a propósito de este régimen “los sostenedores y defensores de este sistema lo refutan como el más justo, porque impide que el matrimonio sea buscado tan solo como una fuente de enriquecimiento personal; por que reconoce la capacidad jurídica de la mujer; porque evita que el marido pueda dilapidar el patrimonio de su esposa; porque es compatible con la situación cada vez más frecuente de los matrimonios disolubles y porque su sencillez impide cualquier confusión o problema tanto durante el matrimonio como en el momento de su disolución. No obstante lo anterior, el régimen de que nos ocupamos ha sido objeto de fuertes ataques, ya que se ha alegado que implica nada menos que la negación de los efectos del matrimonio con relación a los bienes, puesto que no puede existir un patrimonio común, se deja sin posibilidad de expresión la nulidad de deseos y fines del grupo familiar, que debe ser todo en cualquiera de sus manifestaciones. Sánchez Román ha dicho que la falta de solidaridad patrimonial puede resultar en daño manifiesto de la armonía familiar, ya que la desigualdad de caudales puede dar origen a diferencias inalcanzables entre los esposos. Por su parte, Vicente Jaén ha expuesto que el régimen de separación origina importantes problemas, debido a que resulta difícil determinar la forma y cuantía en que cada cónyuge debe contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales. Esos y otros argumentos se han utilizado para tratar de desacreditar

el régimen de separación de bienes. Pero cualquiera que sea su valor, es lo cierto que resultan mayores las ventajas que ofrece, por lo cual las corrientes legislativas modernas se inclinan francamente en su favor”.⁵²

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

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

2.12.5. Régimen de comunidad de gananciales:

El Código Civil da con ancestro español, el nombre de régimen de comunidad de gananciales al generalmente denominado régimen de comunidad relativa o régimen de comunidad parcial de bienes, “en el cual cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que lleva al matrimonio y de los que adquiriera durante él, a título gratuito o con el valor de unos y otros, pero harán suyos por mitad al disolverse la sociedad legal” determinados bienes.”⁵³

⁵² . Fonseca. **Ob. Cit.**; pág. 160

⁵³ . Código Civil, **Ob.Cit.**; Pág. 13

Federico Puig Peña, “la comunidad relativa de bienes se caracteriza por la formación de una masa patrimonial conjunta que coexiste con los peculios privativos de los esposos”, y agrega: “Existe, pues, en este sistema tres fondos económicos distintos: el capital del marido, los bienes propios de la mujer y el acervo común de la sociedad”.⁵⁴

Refiriéndose al desarrollo histórico de este régimen, el mismo autor escribe: “No sería aventurado decir que los sistemas de comunidad relativa de bienes se entroncan con el sistema de comunidad amplia del derecho germánico y surgen a la vida por necesidad del correctivo que fue imprescindible poner al rigorismo de aquel régimen, influyendo también quizás en algo la fuerza expansiva del sistema dotal romano. Lo cierto es que la comunidad relativa aparece cuando está en marcha histórica el régimen de comunidad absoluta. Pero cuando se trata de puntualizar a fondo común de los esposos que resulta desconectado de los grupos patrimoniales privativos-, se produce en la historia legislativa dos direcciones distintas muy acusadas: la dirección que pudiéramos llamar francesa, que ocasiona el llamado régimen de comunicación de muebles y adquisiciones, y la dirección castellana o sistema de los gananciales.

Véase como Fonseca precisa aún más el concepto del régimen de comunidad de gananciales: “Dentro del sistema de comunidad restringida caben muchos grados y variaciones, siendo las principales la comunidad de muebles y ganancias y la comunidad reducida a los gananciales. En la comunidad de ganancias al haber común lo forman los bienes inmuebles y muebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, los frutos de estos bienes y los productos de los muebles e inmuebles propios de los cónyuges, así como las rentas provenientes del trabajo de cada uno de ellos”, (Artículo 124 del Código Civil de Guatemala). Agrega Fonseca, refiriéndose a las bondades de este régimen: “El sistema de comunidad universal, y algunos autores lo consideran como un régimen justo y equitativo, puesto que a la par de las propiedades individuales de los esposos permite que nazca y prospere un patrimonio

⁵⁴ . Puig. **Ob. Cit.**; pág. 120

colectivo, consecuencia del esfuerzo común de aquellos, frente al cual tienen igualdad de derechos”.⁵⁵

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

Se trata entonces, de un régimen económico matrimonial cuya base es la separación absoluta de bienes propiedad de los cónyuges a la fecha de la celebración del matrimonio, surgiendo la comunidad de gananciales (o comunidad parcial o relativa) únicamente respecto a los bienes que expresa el Artículo citado, y con posterioridad a las nupcias.

Aunque la ley no lo diga con claridad, como lo dice respecto al régimen de comunidad absoluta, debe entenderse que en el régimen de comunidad de gananciales puede existir y en efecto existe un patrimonio conyugal (formado con los bienes comunes a que se refiere el Artículo 14) paralelamente a los patrimonios exclusivos de los cónyuges.

Nota saliente en régimen de comunidad de gananciales es el de ser el régimen subsidiario a falta de capitulaciones sobre los bienes (Art. 126, Conf.), disposición que tiene por objeto evitar la incertidumbre a ese respecto, o sea en cuanto a la propiedad de los bienes, presentes y futuros, de aquellos cónyuges que no celebraron capitulaciones matrimoniales.

⁵⁵ . Fonseca. **Ob. Cit.**; pág. 250

Son aplicables al régimen de comunidad de gananciales, las disposiciones atinentes a los bienes propios de cada cónyuge, menaje de la casa, administración del patrimonio conyugal, derechos de la mujer, responsabilidad en materia de obligaciones, y liquidación del patrimonio conyugal, inciertas en los Artículos 127 218, 129, 131, 135 y 140 al 143 del Código Civil, en lo que a los bienes comunes se refiere.

2.13. Capitulaciones matrimoniales:

De acuerdo con Castán, “la frase capitulaciones matrimoniales es clásica y castiza en España y es equivalente a la de contrato de bienes con ocasión del matrimonio, celebrada en atención a determinado matrimonio, por celebrar o ya celebrado, con el fin principal de fijar el régimen a quien deben sujetarse los bienes del mismo.”⁵⁶

Existe discrepancia de criterios en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales. “Quienes afirman escribe Fonseca, “que se trata de un contrato parten del hecho de que en las capitulaciones matrimoniales hay un acuerdo de voluntades tendiente a dar nacimiento a una relación jurídica, esto es, encaminada a producir consecuencias de Derecho y a crear obligaciones entre las partes. La peculiaridad que tiene dicen los respectivos autores, es que no se trata de un contrato principal, sino accesorio, puesto que su eficacia se subordina o depende del nacimiento y validez del matrimonio. Pero los impugnadores de tal opinión objetan diciendo que cuando la relación jurídica no tiene como finalidad primordial dar origen a obligaciones, nos encontramos en presencia, no de un contrato, sino de una convención. Y esto es aplicable a las capitulaciones matrimoniales, porque ellas se limitan a fijar el régimen económico del matrimonio o dar una simple relación de bienes”.⁵⁷

⁵⁶ . Castán. **Ob. Cit.**; pág. 82

⁵⁷ . **Ibíd.**

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

Dispone el Código Civil que son obligatorias las capitulaciones matrimoniales, en los casos siguientes: cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a dos mil quetzales; si alguno de ellos ejerce profesión, arte u oficio, que produzca renta en emolumento que exceda de doscientos quetzales al mes; si alguno tuviere en administración bienes de menores o incapacitados que sean bajo su propia potestad, tutela o guarda; y si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteca naturalizado (Artículo 118 Código Civil).

Nótese que el factor económico resulta determinante en el orden legal enumerativo, en cuanto a la obligatoriedad de las capitulaciones matrimoniales. Y ello es lógico si se toma en cuenta que estas son el medio para establecer y regular el régimen económico del matrimonio. Sin embargo, su obligatoriedad no es resultante de que por lo menos uno de los contrayentes tenga bienes o ejerza actividad que le produzca ingresos en las cantidades fijadas por el Código Civil

(Artículo 18 inciso 1º y 2º del Código Civil): puede no estar en estos supuestos, pero si tiene a su cargo bienes de menores o incapacitados (Artículo 18 inciso 3º del Código Civil), debe celebrar capitulaciones en pro de la pureza de la administración que desempeña; así como han de celebrarse en el caso de que la mujer sea guatemalteca y varón extranjero o guatemalteco naturalizado (Artículo 18 inciso 4º del Código Civil), a efecto de garantizar, en lo posible, que el patrimonio de la mujer no sea afectado si la unión conyugal obedece en realidad afán de lucro por parte de un marido con frágil o ningún asentamiento efectivo en el territorio nacional.

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

De los preceptos legales referidos se infieren los elementos concurrentes en las capitulaciones matrimoniales: Las personas, o sea la activa participación del varón y la mujer; el real, o sea la involucración patrimonial que por su propia naturaleza encierran las capitulaciones; y, el formal, consistente en la obligatoriedad de que consten por escrito, en la forma dispuesta por la ley.

CAPÍTULO III

3. Modificación del matrimonio:

3.1. Generalidades:

Quedo expuesto que el ánimo de permanencia, con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a los hijos, y el auxiliarse entre si, caracterizan la unión de un hombre y una mujer por medio del matrimonio, al cual la propia ley reconoce categoría de institución social. Indudablemente, la unión matrimonial está normada a manera de procurar la mayor permanencia y estabilidad de la unión, en tal forma que los preceptos que la rigen son de orden publico, en su gran mayoría, con aplicación en el ámbito del derecho privado, pero, por su indicada naturaleza, no es susceptible de elusión o modificación por voluntad individual.

Sin embargo, la permanencia y la estabilidad del matrimonio no dependen de la voluntad del legislador, quien fija las normas generales de observancia obligatoria por aparte de los cónyuges, pero no puede ir más allá las siguientes: circunstancias de índole personal, familiar o social, son determinantes del buen o mal suceso de un matrimonio que efectiva o aparentemente se celebros con animo de permanencia. Puede suceder, y en efecto sucede, que la armonía conyugal desaparezca y dé paso a un franco o velado antagonismo entre los cónyuges, que, al acentuarse, cree una situación insoportable para uno o para ambos; o bien las circunstancias determinadas impidan la consecución de importantes fines del matrimonio.

Así, desde tiempos antiguos ha surgido el problema en cuanto a si el matrimonio es o no indisoluble. Originalmente la solución sencilla: el matrimonio podía disolverse, aun mediante el repudio de uno de los cónyuges. Después, y en virtud de la influencia de las ideas cristianas sustentadas en principios de orden moral que fuero contrapuestos a la desorganización que acusaba el núcleo familiar, el divorcio es rechazado y admitida únicamente la separación de cuerpos o divorcio relativo, que no implicaba la disolución del vínculo matrimonial. Posteriormente, y en

especial a raíz de las ideas dominantes que influyeron en la revolución francesa, y por la clara tendencia de los legisladores a ocuparse de la materia (en pugna, más o menos abierta, la autoridad estatal y la eclesiástica), vuelve a ser manifiesto el problema de la disolubilidad o indisolubilidad del matrimonio, resolviéndose en cada país según las ideas religiosas dominantes y las condiciones sociales imperantes, sin perjuicio de que en muchos países, sobre todo en aquellos que admiten la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el problema sigue latente y visible a través de la discusiones doctrinales y parlamentarias.

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

El problema sin embargo, y sin restar importancia a sus proyecciones sociales en cuanto a la colectividad, tiene sobre todo singular relevancia para la familia en si, para cada familia que confronta la posibilidad de su desintegración, sea por la vía de la simple separación de los cónyuges o por el divorcio absoluto. En uno y otro caso (separación o divorcio), y el supuesto más generalizado de haber descendencia dentro del matrimonio, son los hijos quienes, por lo regular de improviso, se ven obligados afrontar difíciles situaciones surgidas en el seno de la propia familia, sin estar preparados o sin que se les haya preparado para comprenderlos en su real magnitud, lo cual se traduce en graves daños morales resultantes de las desavenencias entre sus padres, cuyo conocimiento le llega por senderos indirectos o violentamente cuando aquellos ya no pueden ocultarles una realidad insoslayable. En tal caso, difícilmente pueden los hijos sobreponerse al duro impacto psicológico resultante de esa situación. Tampoco lo podrán hacer si sencillamente los padres acuerdan separarse o divorciarse por causas de menor trascendencia, y de hecho el hogar queda disuelto, ya que súbitamente ven desaparecer el núcleo familiar que sustentaba.

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

3.2. Separación de los cónyuges:

Denominada simplemente separación, o separación de cuerpos o separación de personas, esta figura es definida por Planiol-Ripert como “el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”⁵⁸. Otros autores la denominan separación legal o divorcio relativo. Su característica fundamental consiste en que, a pesar de traer como consecuencia la terminación de la vida en común, deja vigente el vínculo matrimonial.

Su origen eclesiástico es expuesto por Planiol y Ripert, en los siguientes términos: “La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio se debe a la iglesia; ésta luchó contra las leyes romanas y costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró poco a poco para obtener su supresión, como no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra cosa sino el divorcio antiguo disminuido en sus efectos, y conservó la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación (*divortium quoad forum et mensum*). Los esposos separados no podían volver a casarse; “*manet enim vinculum conjugale Inter. Eos*”⁵⁹. Y agregan autores franceses: Otro cambio se produjo. Mientras que el divorcio antiguo resultaba de la sola voluntad de los esposos, la separación tenía

⁵⁸. Planiol y Ripert. **Ob. Cit.**; pág. 172

⁵⁹. **Ibíd.**

que ser pronunciada en justicia; la jurisdicción competente era la de la iglesia. Esta regla se fundaba sobre la necesidad de comprobar la existencia de una causa suficiente de separación, y ha sido mantenida en la legislación moderna del divorcio y de la separación de cuerpos, con la variante de que la competencia corresponde a los tribunales civiles.

La legislación civil de Guatemala es variante, porque regula lo relativo a la separación de los cónyuges remitiendo la materia a la competencia de los tribunales específicos del orden común, desde la promulgación del Código de 1877.

Espín Canovas escribe que “la separación conyugal puede verse perturbada por diversas anomalías, que impliquen una suspensión de la vida común de los cónyuges, o que lleguen incluso a producir la definitiva desaparición del vínculo matrimonial” y que “en el primer caso se trata de la llamada separación personal de los cónyuges o divorcio no vincular.”⁶⁰

Debido a la denominación divorcio no vincular o relativo, y a que ciertas legislaciones, como la española, al regular el divorcio se refiere exclusivamente a la separación de cuerpos, denominándola simplemente divorcio, la separación, en su aspecto doctrinario, es estudiada como una clase de divorcio. No obstante, cuando una y otra (separación y divorcio) se tratan en la ley como dos figuras distintas –tal el caso de la legislación vigente en Guatemala-, conviene estudiarlas por separado, a lo cual no obsta que numerosos efectos de ambos sean equiparados por la propia legislación.

3.3. Clases de separación:

Puede distinguirse claramente dos clases de separación afectantes del matrimonio: la separación de hecho y la legal. La separación de hecho se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, por su propia voluntad o de común

⁶⁰.Espin. **Ob. Cit.**; pág. 74

acuerdo con otro, a efecto que cese la vida en común, sin mediar en todo caso previa resolución judicial. Esta clase de separación no es la propiamente regulada por la ley, pero puede producir determinados efectos jurídicos. Por ejemplo, el abandono voluntario de la casa conyugal, por más de un año, es causa para obtener la separación legal o el divorcio (Artículo 155 inciso 4º. del Código Civil) el abandono injustificado del hogar conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan (Artículo 141 Código Civil); y en caso de separación de hecho el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación (Artículo 142 Código Civil).

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

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

3.4. Divorcio:

Para mayor claridad, e insistiendo en el tema conviene hacer desde un principio la necesaria distinción entre divorcio y separación, precisando los conceptos de ambas figuras, tal como lo hacen Planiol y Ripert,” quienes a ese

precepto escriben: “El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio valido. La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por postribunales de la obligación de vivir juntos; debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común. El divorcio y la separación de cuerpos no pueden obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley”.⁶¹ Esta cita oportuna en virtud de posconceptos que contiene son aplicables a las figuras del divorcio y la separación de cuerpos, tal como las regula el Código Civil.

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

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

⁶¹. Planiol y Ripert. **Ob. Cit.**; pág. 368

En la legislación de Guatemala, el divorcio ha tenido variantes claramente deslindables. Durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, fue emitido el Decreto Legislativo de fecha 19 de agosto de 1837, que admitió el divorcio como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial, o sea el divorcio vincular, en sus dos formas: divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causa determinada, disponiendo que los esposos que se divorcien por cualquier acusa no podían ya unirse ni ser reconocidos en ningún concepto como tales esposos, más podía verificarse entre si un segundo matrimonio, pasado un año de pronunciado el divorcio.

Durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios, fue abandonada esa postura sobre la materia de estudio. El Código Civil de 1877, dispone que el divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial (Artículo 165). A ese respecto conviene recordar lo opinado por la Comisión Codificadora: “El Artículo 165: declara que es divorcio la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial. El Artículo 169 del Código Civil reconoce lo que actualmente existe en práctica dice que la sentencia emanara de la autoridad eclesiástica. Pero el divorcio produce efectos civiles y canónicos. Todo lo que es civil se reglamento.”⁶² El concepto de divorcio estaba acorde con el concepto del matrimonio: un contrato civil solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente, según lo disponía dicho Código. Resulta evidente que el legislador de esa época actuó con suma prudencia al tratar el tema del divorcio, de por si tan difícil, “reconociendo lo que actualmente existe en practica”, como dijo la comisión redactora del proyecto de código o lo que es lo mismo la influencia de ideas religiosas imperantes y determinantes en las normas sociales que en todo tiempo influyen en la concepción del matrimonio y del divorcio.

Un cambio radica de criterio se manifiesta en el Decreto Gubernativo número 484, promulgado el 12 de febrero de 1894, cuando gobernaba el país el general José Maria Reina Barrios, el cual contiene el divorcio, basándose en que según la

⁶². Código Civil 1877 pág. 9

ley el matrimonio es un contrato civil, y que por lo tanto una de sus consecuencias es indudablemente la disolubilidad del vínculo legal, pues siendo el matrimonio obra de la naturaleza sino del mutuo consentimiento de las partes, debe considerarse destruido desde que faltan motivos a causas fundamentales que hicieron contraerlo; esa ley autorizó el divorcio, reconociendo: la separación de los cónyuges y el divorcio propiamente dicho, ya por mutuo consentimiento, ya por causa determinada. Disponía el Artículo 1º: La ley autoriza, no solo la separación de los cónyuges, sino también el divorcio, en virtud del cual queda disuelto ese vínculo, el Artículo 2º: El matrimonio se disuelve: 1) Por el mutuo consentimiento de los cónyuges y 2) Por voluntad de uno de ellos con causa determinada.

Con algunas variantes, los Códigos Civiles de 1933 y el vigente mantienen el mismo criterio en cuanto al divorcio, reconociendo la separación de personas, con efectos modificativos del matrimonio, y el divorcio por mutuo acuerdo o por voluntad de los cónyuges mediante causa determinada, con efectos disolutivos del vínculo matrimonial.

3.5. Regulación del divorcio:

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

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

El divorcio por mutuo acuerdo: Se debate en la doctrina si es conveniente aceptar el divorcio absoluto, se discute, aun entre los partidarios del mismo, si se conviene dejar al acuerdo de los cónyuges la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio por mutuo acuerdo, o por mutuo consentimiento o voluntario, como también se le denomina.

Es una figura regulada en pocos países, Guatemala entre ellos. “En realidad escribe, Rojina Villegas, la idea del divorcio voluntario que parte del Código francés, se debe a Bonaparte, quien logro imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre, Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario, en parte por la posibilidad de que Josefina no le diese hijos, y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye una forma conveniente de ocultar causas graves; causa que pueden ser escandalosas, que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges.”⁶³

Dispone el Código Civil que la separación o divorcio (debió decir o el divorcio) por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebrou el matrimonio (Artículo 154 Código Civil). La razón de este precepto puede encontrarse también en propósito del legislador de evitar la posibilidad de la celebración de matrimonios simulados que podría inmediata y fácilmente disolverse mediante el trámite de un divorcio voluntario.

El Artículo 163 Código Civil, preceptúa que si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes: 1) A quien quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio, 2) por cuenta de quien de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en proporción contribuirá cada un de ellos, 3) que pensión deberá pagar el marido a la mujer siesta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades, y 4)

⁶³. Villegas **Ob. Cit.**; pág. 41

garantía que preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges. Conforme el Artículo 164, es al juez a quien corresponde, bajo su responsabilidad, calificar la garantía y en caso, ordenara la ampliación de la misma a efecto de que lo estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges. En todo caso, dispone el Artículo 165, no podrá declararse el divorcio mientras no estén suficientemente garantizadas la alimentación y educación de los hijos.

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

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

3.6. Divorcio por causa determinada:

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

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

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

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.

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

La infidelidad, como causa de divorcio, ha de tener las características del adulterio, sin que necesariamente tipifique la figura delictiva, sino el denominado adulterio civil. Basta que en forma grave, atentaría a la propia sentencia del matrimonio, el cónyuge culpable falte a la obligación de fidelidad, en grado tal que el agravio inferido al otro amerite la disolución del vínculo matrimonial.

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

Este inciso debe entenderse comprensivo de varias causales de divorcio: a) los malos tratamientos de obra, (que ha de consistir en vejaciones que atenten contra la integridad del otro cónyuge); b) las riñas y disputas continuas, (que por su reiterada

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

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

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

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

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

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

Esta es una causa de divorcio lindante con las disposiciones relativas a la filiación. Si la mujer estaba embarazada antes de celebrarse el matrimonio, por razón de las relaciones sexuales con varón que no fuera el marido, y éste lo ignoraba, no cabe duda que la lesión a su hogar sea tan grave que justifique la disolución del matrimonio.

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

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

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

Si deliberadamente uno de los cónyuges incumple tales deberes (asistencia, alimentación o lo indispensable para la subsistencia), la unión matrimonial se priva de una de sus bases fundamentales, esto es causa para exigir judicialmente los alimentos en la forma que corresponda.

La disposición de la hacienda doméstica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Respecto a la anulabilidad del matrimonio (Artículo 145, inciso 3º. Código Civil) el Código Civil emplea la expresión incapacidad mental, circunstancia que puede ser transitoria. A los efectos de divorcio, ha de ser enfermedad mental incurable, discernimiento, conforme a lo dispuesto en el Artículo 9º. Código Civil

La separación de personas declarada en sentencia firme.

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

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

Efectos comunes de la separación y del divorcio:

Según lo estipulado en el Código Civil, son los siguientes:

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

- Derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso el cónyuge culpable pierde el derecho a recibir alimentos.

- La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada. Procede, aquí, deslindar cuando se suspenderá o perderá la patria potestad, a tenor de ese precepto. Se suspenderá cuando la causal en que se funde la separación o el divorcio sea cualquiera de las siguientes:

- La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y hay petición expresa de parte interesada. Por no estar claramente comprendidas entre las causas de separación o divorcio las causas determinantes de la suspensión o de la pérdida de la patria potestad, según se infiere al comparar la redacción de los Artículos 155, 273 y 274 del Código, queda sobre la procedencia de suspensión o la pérdida de la patria potestad, cuando haya petición expresa al respecto.

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

A diferencia del Código Civil de 1933, el vigente incluye necesarias disposiciones relativas a protección de la mujer y de los hijos, al cuidado de éstos y las obligaciones de los padres separados en relación a los hijos, así como la obligación de los jueces en el sentido de calificar debidamente la garantía a que se refiere el inciso 4º del Artículo 163 Código Celular, y de dictar en cualquier tiempo las providencias que consideren beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos (Artículo 162, 164, 166, 167, 168 y 169. Código Civil)

CAPÍTULO IV

4. La violación al derecho de defensa, que les asiste al hombre y a la mujer en el Juicio ordinario de divorcio

4.1. Principios constitucionales:

Los principios constitucionales son las garantías establecidas en nuestra carta magna, toda vez que la familia es la base fundamental de la sociedad, nuestra Constitución garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, la igualdad de derechos de los cónyuges, el derecho de petición, el derecho de defensa, la paternidad responsable y el derecho de las personas de decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos

La familia, como elemento fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una jurisdicción privativa, reglada por norma y disposiciones procesales que hagan posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes.

Que para la eficacia de esa protección al núcleo familiar, debe establecerse un sistema procesal actuando e impulsado de oficio con suficiente flexibilidad y esencialmente conciliatorio. Los derechos individuales constituyen garantías constitucionales y parte especial de los derechos humanos en general y en consecuencia el derecho defensa, de igualdad, de petición.

Esta clase de normas indican que la Constitución es reglamentaria en el sentido que regula la conducta y actividad del particular o del funcionario, invadiendo campo propio de las leyes y de los reglamentos, así mismo como instituciones que velan por la protección de la familia, como la Fiscalía de la Mujer del Ministerio Público, Procurador General de la Nación, Policía Nacional Civil,

Juzgado de Familia, los Bufetes Populares de las Facultades de derecho, Procuraduría de los Derechos Humanos.

La doctrina jurídica advierte que la condena a la privación de derechos de la persona será precedida del deber de advertir e invitar a la persona que se defiende. En lo administrativo o lo judicial, la defensa se hace efectiva concediendo audiencia a la persona.

El término procesal comprende el procedimiento ante autoridad administrativa o judicial ante juez. El término preestablecido significa que el procedimiento o proceso legal debe de estar regulado en una ley anterior a la fecha en que se tome una decisión contra la persona. Antes ocurran los hechos, debe existir leyes o los reglamentos que se aplican.

Eduardo Coutore, mencionado por Aguirre Godoy, se refiere a que la “demanda debe ser comunicado al adversario a través de un emplazamiento válido en relación al cual el demandado, debe tener un plazo razonable para comparecer y poderse defender.”⁶⁴

4.2. Derecho de defensa:

4.2.1. Definición doctrinaria:

Castillo Gonzáles. Expresa que “El derecho de defensa es inviolable. La defensa consiste en el hecho de ser oído o escuchado antes de que se tome una decisión administrativa o judicial, el desconocimiento o violación de este derecho, causa nulidad absoluta.”⁶⁵

⁶⁴ . Couture, Eduardo. **Fundamento de derecho procesal civil**, pág. 150

⁶⁵ - Castillo Gonzáles. **Constitución Política de la República de Guatemala**, pág. 15

Castillo Gonzáles, refiere que “Los tribunales y las oficinas que juzgaran a la persona serán comunes y público, no serán especiales o secretos para una persona determinada.”⁶⁶

En el derecho de familia el demandado debe comparecer con su abogado igualmente como en el derecho penal, el Estado debería proveerle un abogado de oficio o solicitarle la asistencia jurídica a los bufetes Populares, como lo es con los imputados, dentro del proceso penal mientras se crea una defensoría en derecho de familia para las personas de escasos recursos económicos.

El derecho de defensa es un principio procesal que debe preservarse para el buen diligenciamiento de un proceso, que ambas partes tengan derecho a tener un abogado para que los defiendan, asesore y auxilie gratuitamente cuando es notoria su pobreza o que son de escasos recursos económicos. Finalmente nótese que a proclamar este derecho se dice en plena igualdad.

La igualdad jurídica es muy importante en todos los aspectos, cobra el máximo de importancia en las relaciones con los tribunales.

Se expresa tradicionalmente en la administración de justicia como una patrona con los ojos vendados, para que no se deje influir por las condiciones particulares de las partes, para que no atienda al poder de cualquier clase que los litigantes tengan, ni su riqueza, ni su posición social, ni a su prestigio, etcétera.

Los tribunales no deben hacer ninguna clase de distinción entre el poderoso ni siquiera cuando este sea el Estado y el desvalido, entre rico y el pobre, entre el gran hombre y la mujer, entre el humilde desconocido y la humilde desconocida, entre el amigo y el enemigo etcétera.

⁶⁶ . *Ibíd.*

4.2.2. Regulación legal:

La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante un juez, tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente. (Artículo 12 Constitución Política de la República de Guatemala).

“Toda persona tiene derecho a ser oído con la debida garantía dentro de un plazo razonable por un juez competente, independientemente e imparcial, establecido con anterioridad por cualquier acusación penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Toda persona se presume inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas. Derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y comunicarse libre y privadamente con el. Derecho irrenunciable de ser asistido por un abogado proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si no se defiende por si mismo, ni nombrare defensor dentro del plazo establecido.” (Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Las partes deberán comparecer auxiliadas por abogado colegiado. No será necesario en asuntos de ínfima cuantía y cuando en el asiento del juzgado radiquen menos de cuatro abogados. Los escritos deben llevar firma y sello del abogado director, así como timbres forenses. (Artículo 50 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Los que carezcan de recursos económicos para ligar, en razón de su pobreza, podrán gestionar el beneficio de litigar gratuitamente con arreglo a las disposiciones siguientes: (Artículo 89 al 95 del Código Civil).

- Beneficios de la declaratoria.
- Solicitud inicial.
- Oposición, prueba y resolución.
- Cuerda separada.
- Pobreza notoria,
- Cese de los efectos de la declaratoria.

Las personas que carezcan de recursos para litigar en los tribunales de familia podrán seguir ante las mismas diligencias de asistencia judicial gratuita, de conformidad con lo establecido en los Artículos del 89 al 95 del Código Procesal Civil y Mercantil. Dicha declaración sólo será válida para los juicios relacionados con asuntos de familia.

4.3. Derecho de igualdad:

4.3.1. Definición doctrinaria:

Jorge Mario Castillo Gonzáles, define “el derecho de igualdad ante la ley es el que les asiste a todos los habitantes de un país sin distinción de raza, color, religión, sexo, nacimiento, posición económica o social u opiniones políticas, ni ser sometido o servidumbre, ni a otra condición que menoscabe su dignidad”.⁶⁷

Mario Aguirre Godoy, expresa que el derecho de igualdad, “también se le llama principio de contradicción o de bilateralidad de audiencia. Se apoya en el principio de bilateralidad porque a ambas partes debe dársele la oportunidad para intervenir en los actos procesales”.⁶⁸

Se refiere a que la demanda debe ser comunicada al adversario o a través de un emplazamiento válido, en relación al cual el demandado debe tener un plazo razonable para comparecer y poder defenderse.

⁶⁷ . Castillo. **Ob. Cit.**; pág. 10

⁶⁸ . Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. pág. 266

El hombre y la mujer gozan de libertad política, de ideas de enseñanza y aprendizaje de trabajo, comercio e industria, de prensa y de pensamiento, de organización y de manifestación. Un conjunto de libertades individuales que desarrolla nuestra Constitución Política de la República de Guatemala.

Jorge Mario Castillo Gonzáles, expresa que: “goza también de igualdad ante la justicia, la ley y las cargas tributarias. Ningún hombre y mujer que sean afectados en sus libertades y derechos por razón de su nacionalidad, raza, sexo, religión, situación, económica, social o política. Tampoco podrá discriminarse a ningún hombre y mujer por tales razones”.⁶⁹

En lo procesal debe garantizarse el derecho de igualdad ante la ley sin distinción de sexo por parte de las instituciones como los Bufetes populares de las diferentes Universidades del País y Juzgados.

4.4. Regulación legal:

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre si. (Artículo 4 Constitución Política de la República de Guatemala).

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (Artículo 24 Convenio Americano sobre Derechos Humanos).

⁶⁹ . Castillo. **Ob. Cit.**; pág. 9

4.4.1. Derecho de petición:

4.4.1.1. Definición Doctrinaria:

Según Jorge Mario Castillo González, “El derecho de petición es la potestad de toda persona para formular requerimiento, peticiones o demandas, en forma individual o colectiva a los órganos de poder o funcionarios públicos a efecto de lograr que estos asuman determinados actos u omisiones.”⁷⁰

Se le estima como un derivado de la libertad de pensamiento y de expresión. La libertad de pensamiento y de expresión. La libertad de petición principalmente cuando recae sobre temas para los que la ley impone. Las peticiones de contenido administrativo se presentan ante las instituciones públicas o privadas como bufetes populares de las universidades.

La autoridad administrativa como los bufetes populares podrán adoptar por defender la Constitución Política de la República de Guatemala, nombrando asesores a los hombres y mujeres de escasos recursos económicos demandados en juicio ordinario de divorcio, cuando sea notorio que el Bufete solicitado ya patrocina a la mujer demandada. La negativa transmitir o resolver, da lugar a la Acción de Amparo.

4.4.2. Regulación legal:

4.4.2.1. Juicio ordinario de divorcio:

Queda expuesto que el ánimo de permanencia, con el fin de vivir juntos, procrear alimentar y educar a los hijos, y el auxiliarse entre si, caracteriza la unión de hombre y mujer por medio del matrimonio, al cual la propia ley reconoce categoría de Institución Social. Indudablemente, la unión matrimonial está normada

⁷⁰ . Castillo. **Ob. Cit.**; pág. 31

a manera de procurar a la mayor permanencia y estabilidad de la unión, en tal forma que los preceptos jurídicos que la rigen son de orden público, en su gran mayoría, con aplicación en el ámbito del derecho privado pero por su indicada naturaleza no susceptible de elusión o modificación por la voluntad individual.

Sin embargo la permanencia y la estabilidad del matrimonio no dependen de la voluntad del legislador, quien fija las normas generales de observancia obligatoria por parte de los cónyuges, pero no puede ir más allá; circunstancias de índole personal, familiar o social, son determinantes del buen o mal suceso de un matrimonio que efectiva o aparentemente se celebró con ánimo de permanencia, puede suceder y en efecto sucede que la armonía conyugal desaparece y dé paso a un franco o velado antagonismo entre los cónyuges que al acentuarse cree una situación insoportable para uno o para ambos; o bien que circunstancias determinadas impidan la consecución de importantes fines del matrimonio.

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

El problema a sus proyecciones sociales en cuanto colectividad, tienen sobre todo singular relevancia para la familia en si, para confrontar la posibilidad de su desintegración, sea por la vía de la simple separación de los cónyuges o por la del divorcio absoluto. En uno u otro caso (separación o divorcio), y en el supuesto más generalizado de haber descendencia dentro del matrimonio, no son los hijos quienes, por lo regular de improviso, se ven obligados a afrontar difíciles situaciones surgidas en el seno de su propia familia, sin estar preparados o sin que se les haya preparado para comprenderlos en su real magnitud, lo cual se traduce en graves daños morales resultantes de las desavenencias entre sus padres, cuyo conocimiento les llega por senderos indirectos o violentamente cuando aquellos ya

no pueden ocultarles una realidad insoslayable. En tal caso, difícilmente pueden los hijos substraerse al duro impacto psicológico resultante de esa situación. Tampoco lo podrán hacer si sencillamente los padres acuerdan separarse o divorciarse por causas de menor trascendencia y de hecho el hogar queda disuelto, ya que súbitamente ven desaparecer el núcleo familiar que los sustenta.

4.5. Separación de los cónyuges:

Denominada separación de cuerpos, separación de personas o simplemente separación esta figura es definida por Planiol y Ripert como “El estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”.

Otros autores la denominan separación legal o divorcio relativo. Su característica fundamental consiste en que a pesar de traer como consecuencia la terminación de la vida en común, deja vigente el vínculo matrimonial.”⁷¹

Su origen eclesiástico es expuesto por Planiol Ripert, en los siguientes términos “La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio se debe a la Iglesia; ésta luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró poco a poco obtener su suspensión. Como no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra cosa el divorcio antiguo disminuido en sus efectos, y conservo la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación (*divortium quoad torum et mensum*). Los esposos separados no podían volver a casarse; “*manet enim vinculum conjugale iter eos*”. Y agregan dichos autores francés. “Otro cambio se produjo. Mientras que el divorcio antiguo resultaba de la sola voluntad de los esposos, la separación tenía que ser pronunciada en justicia; la jurisdicción competente era la de la Iglesia. Esta regla se fundaba sobre la necesidad de comprobar la existencia de una causa suficiente de separación, y ha sido mantenida en la legislación moderna del divorcio

⁷¹ . Planiol y Ripert .**Ob. Cit.**; pág. 150

y de la separación de cuerpos, con la variante de que la competencia corresponde a los tribunales civiles.

La legislación civil de Guatemala, acogiendo esa variante regula lo relativo a la separación de los cónyuges, remitiendo la materia a la competencia de los tribunales del orden común (Derecho Civil).

Espín Canovas escribe que “La relación conyugal puede verse perturbada por diversas anomalías, que implique o que lleguen incluso a producir la definitiva desaparición del vínculo matrimonial” y que “en el primer caso se trata de la llamada separación personal de los cónyuges o divorcio no vincular”.⁷²

Debido a la denominación divorcio no vincular o relativo, y a que ciertas legislaciones, como la española, al regular el divorcio se refieren exclusivamente a la separación de cuerpos, denominándola simplemente divorcio, la separación, en su aspecto doctrinario, es estudiada como una sola clase de divorcio. No obstante, cuando una y otra (separación y divorcio) se traten en la ley como dos figuras distintas, tal es el caso de la legislación vigente en Guatemala, conviene estudiarlas por separado, a lo cual no consta que numerosos efectos de ambos sean equiparados por la propia legislación.

4.6. Clases de separación

Puede distinguirse claramente dos clases de separación afectantes del matrimonio: la separación de hecho se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto que cese la vida en común, sin mediar en todo caso previa resolución judicial. Esta clase de separación no es la propiamente regulada por la ley, pero puede producir determinados efectos jurídicos. Por ejemplo, el abandono voluntario de la casa conyugal, por más de un año, es causa para obtener la separación legal o el divorcio

⁷² . Espín. **Ob. Cit.**; pág. 213

(Artículo 155 inciso 4, Código Civil); el abandono injustificado del hogar conyugal, hace cesar para él, desde el día del abandono los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezca (Artículo 141 Código Civil), y en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación (Artículo 142 Código Civil).

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

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

4.7. El divorcio:

Para mayor claridad conviene hacer desde un principio la necesaria distinción entre divorcio y separación, precisando los conceptos de ambas figuras como lo hace Planiol y Ripert, quienes a ese respecto escriben: El Divorcio “Es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”. La separación de cuerpos “Es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación relativa”; difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común. El Divorcio y

la separación de cuerpos no pueden obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley. Esta cita resulta oportuna en virtud de los conceptos que contiene son aplicables a las figuras del divorcio y de la separación de cuerpos, tal como las regula el Código Civil.

4.8. Trámite del Juicio ordinario de divorcio:

4.8.1. Parte procesal:

De conformidad con nuestra legislación procesal vigente todas las contiendas que no señala la tramitación especial en los asuntos relativos al Divorcio Ordinario, se ventilan por el procedimiento del juicio ordinario, para cuyo efecto el juicio ordinario se sustanciara de la siguiente manera: (Artículo 98 del Código Procesal Civil y Mercantil).

- Demanda

La demanda en esta clase de juicio puede interponerse verbalmente o por escrito llenando los requisitos requeridos por la ley.

La sustanciación del juicio en primera instancia, se puede llevar a cabo con la comparecencia de una de ellas, continuándose el juicio en rebeldía del contumaz y en algunos casos conlleva la confesión ficta del demandado.

La demanda puede ser ampliada antes o en la primera audiencia, en cuyo caso el juez suspende la celebración de esta y señala una nueva para que las partes comparezcan a juicio, a menos que el demandado prefiera contestarla en el propio acto, de la misma manera procedería el juez en caso de reconvenición. (Artículos 106, 107, 108, 109, 110 Código Procesal Civil y Mercantil).

- Emplazamiento

Presentada la demanda con las copias, y si se ajusta a las prescripciones legales el juez señalara el día y la hora para que las partes comparezcan a juicio, previniéndoles presentar sus pruebas en la audiencia, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía de la que no compareciere. Entre el emplazamiento del demandado y la audiencia, deben mediar por lo menos nueve días. El demandado puede adoptar cualquiera de las siguientes actitudes que regula la ley en su derecho de contradicción en juicio, puede interponer: el Allanamiento, Rebeldía, Contestación Negativa, Excepciones Previas y Perentorias. (Artículo 111 Código Procesal Civil y Mercantil).

- Excepciones previas

Se plantearan o interpondrán dentro del sexto día de emplazado. Por ella se depura la falta de presupuestos procesales, su tramite es incidental.

- Pruebas

En lo referente a los medios de prueba, su ofrecimiento sigue las mismas reglas del juicio ordinario, deben ofrecerse en la demanda o su contestación con la debida individualización, de lo contrario el litigante corre el riesgo de que no se reciba.

El Período de Prueba ordinario es de 30 días. Artículo 123 Código Procesal Civil y Mercantil.

Este término podrá ampliarse a 10 días más cuando no se haya podido practicar en tiempo. Artículo 123 Código Procesal Civil y Mercantil.

La solicitud de prórroga podrá hacerse por lo menos 3 días antes de que concluya el término ordinario. Artículo 123 Código Procesal Civil y Mercantil.

Período extraordinario es de 120 días, si existieran pruebas que deban recibirse fuera de la República.

- Vista

Se solicita concluido el término de la prueba, dentro del término dentro 15 días. Artículo 195 Código Procesal Civil y Mercantil y 142 Ley del Organismo Judicial.

- Auto para mejor fallar

Sirve para recabar aquellos documentos, reconocimientos o avalúo y cualquier actuación necesaria para dictar sentencia dentro del plazo de 15 días. Artículo 197.

- Sentencia

Efectuada la vista o vencido el plazo del auto para mejor fallar se dictara sentencias dentro de los quince días. Artículo 198 Código Procesal Civil y Mercantil y 141, 147 de la Ley del Organismo Judicial.

- Recursos

En este tipo de proceso solo será apelable la sentencia, el Juez o Tribunal Superior al recibir los autos señalar día para la vista.

CONCLUSIONES

1. Los derechos de defensa, petición e igualdad, son garantías eminentemente constitucionales que en muchas ocasiones se violan dentro de los juicios ordinarios de divorcio.
2. En algunos Bufetes Populares se viola el derecho de defensa, petición e igualdad, especialmente a las personas de escasos recursos ya que por su apariencia personal no son tratados de acuerdo a los derechos constitucionales establecidos.
3. Los Jueces de Primera Instancia del Ramo de Familia, violan el derecho de defensa e igualdad de los hombres de escasos recursos económicos, al no indicarles que pueden acudir a cualquiera de los Bufetes Populares de las universidades del país, para que les nombren un pasante para ser asesorado y auxiliado dentro del Juicio Ordinario de Divorcio.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, debe desarrollar la normativa sobre la igualdad de derechos tanto en la mujer como en los hombres, para que en los Juzgados de Instancia de Familia, no se viole el derecho de defensa.
2. Los Bufetes Populares deben de dar un mejor apoyo a todas las personas de escasos recursos económicos y tratarles de acuerdo a los derechos constitucionales que les asisten.
3. Los Jueces de Instancia del Ramo de Familia, deben de tener un mejor control de expedientes y agilización del trámite del Juicio Ordinario de Divorcio, para cumplir con las Garantías Constitucionales.
4. Los Oficiales de los Juzgados de Instancia de Familia, deben de atender de una mejor manera a todos los usuarios que tengan un Juicio Ordinario de Divorcio, porque en muchas ocasiones no dan la información correcta.

BIBLIOGRAFÍA

- BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. Editorial José M. Cajica. Jr. Puebla 1946.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Instituto Editorial Reus, Madrid. 1941.
- COVIELLO, Nicolás. **Doctrina general del derecho civil**. Editorial Uteha. 1942
- CRUZ, Fernando. **Instituciones de derecho civil patrio**. Editorial tipografía el Progreso, Guatemala. 1880.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo II, Décima Edición, Editorial Heliasta S.R.L.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **Compendio de derecho civil**. Institutos de estudios políticos, Talleres Tipografía Gráficos Gonzáles, Madrid., 1956.
- ENGELS, Federico. **El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado**. Editorial Claridad, Buenos Aires. 1957.
- ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación jurisprudencia**. Eugenio Maillefert y compañía, Paris 1968.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Editorial Revista de derecho privada. Madrid, 1959.
- FONSECA, Gautana. **Curso de derecho de familia**. Editorial Imprenta López y Cias. Tegucigalpa, s.f.
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**. Editorial Eliasta, Buenos Aires, República de Argentina, 1981.
- LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil**. Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1956.
- MAZEAUD, Henry león y Jean. **Lecciones de derecho civil**. Editorial Ediciones jurídicas Europa, América, Buenos Aires. 1959.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Editorial, Ediciones Jurídicas, Europa, América, Buenos Aires. 1954.
- PALLARES, Eduardo. **Derecho Civil**. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

PLANIOL, Merce y RIPERT, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés.** Editorial Cultural S.A. la Habana 1946.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil.** Editorial revista de derecho privado. Madrid. 1957.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano.** Editorial antigua librería robredo, México. D.F. 1959.

SALVAT, Raymundo M. **Tratado de derecho civil argentino.** Editorial la ley. Buenos Aires. 1946.

SAYAGUES LASO, Enrique. **Tratado de derecho civil.** Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español.** Editorial talleres tipográficos cuesta. Valladolid España. 1932.

LEGISLACIÓN

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

Código Civil, Congreso de la República de Guatemala Decreto Ley 106.año 2007 y sus reformas.

Código Procesal Civil y Mercantil, Congreso de la República de Guatemala. Decreto Ley 107 año 2007 y sus reformas.

Código Penal, Congreso de la República de Guatemala Decreto número 17-73 y sus reformas.

Código Procesal Penal, Congreso de la República de Guatemala, decreto 51-92 y sus reformas.

Ley del Organismo judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89 año 2006 y sus reformas.

Ley de Tribunales de Familia. Congreso de la República de Guatemala. 206 año 2007 y sus reformas.