

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



**ANÁLISIS DOCTRINARIO Y LEGAL
DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES
DE EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO
Y NECESIDAD DE REFORMAR
EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL**

NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL

GUATEMALA, FEBRERO DE 2009.

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

**ANÁLISIS DOCTRINARIO Y LEGAL DE LA CAPACIDAD DE LOS
MENORES DE EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y NECESIDAD
DE REFORMAR EL ARTÍCULO 81 DEL
CÓDIGO CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2009.

**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:

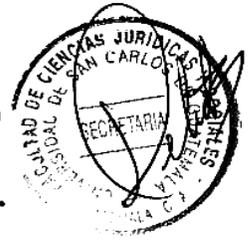
Presidente: Licda. Aura Marina Chang Contreras
Vocal: Lic. Héctor Antonio Roldan Cabrera
Secretario: Licda. Berta Aracely Ortiz Robles

Segunda Fase:

Presidenta: Lic. Ronan A Roca Menéndez
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretario: Lic. José Alejandro Córdova Herrera

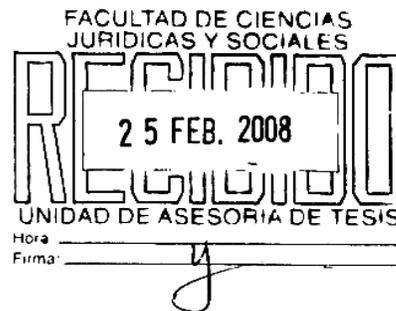
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

**BUFETE JURÍDICO DEL ABOGADO Y NOTARIO
VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
4ª. CALLE 4-108 "A" ZONA 3. CHIMALTENANGO.
TELÉFONO: 7839-3906. CELULAR: 5215-4148.**



Chimaltenango, veinticinco de febrero del año dos mil ocho.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín,
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



Respetable Lic. Marco Tulio Castillo Lutín:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha veinte de septiembre del año dos mil siete, procedí a ASESORAR el Trabajo de Tesis de la Bachiller NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL Intitulado: "ANÁLISIS DOCTRINARIO Y LEGAL DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL".

He realizado la Asesoría de la investigación y en su oportunidad, he sugerido a la sustentante, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico social de actualidad, la recolección de información realizada por la Bachiller NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

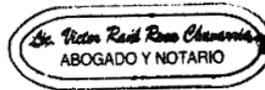
La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de la investigación bibliográfica que comprueba que se efectuó la recolección de la bibliografía actualizada. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.

Al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, es procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE, aprobando la investigación realizada por la Bachiller NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL.



Al agradecerle la atención que se sirva prestar al presente DICTAMEN FAVORABLE DE ASESOR, me es grato suscribirme de usted, atentamente:

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



LIC. VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR DE TESIS
COLEGIADO ACTIVO: 3,863.

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de febrero de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CRUZ ARMANDO CHOC SUBUYUC, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL, Intitulado: "ANÁLISIS DOCTRINARIO Y LEGAL DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/ragm



BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

LIC. CRUZ ARMANDO CHOC SUBUYUC
ABOGADO Y NOTARIO.

3ra Calle 4-17 Zona 1 Chimaltenango,
Tel. 78396757



Guatemala, 31 de Marzo del año 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Licenciado Castillo:

Tengo el honor de dirigirme a usted, con relación a la resolución emanada de ese despacho, en donde se me nombró Revisor de Tesis de la Bachiller NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL, quien realizó el trabajo de tesis intitulado ANÁLISIS DOCTRINARIO Y LEGAL DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL.

Es importante hacer un análisis, del trabajo desarrollado por la autora de la monografía y al respecto la Bachiller PORÓN ROQUEL, hace un recorrido profundo de una institución tan importante en nuestro medio como lo es EL MATRIMONIO, sin embargo su estudio se enfoca específicamente a lo relacionado al matrimonio de menores de edad, que según la autora se da en desigualdad de derechos establecidos constitucionalmente.

Es el matrimonio, la base de las familias, y constitucionalmente 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, en tal sentido la autora atinadamente, desarrolla su trabajo, y concluye que los menores de edad, con capacidad de contraer matrimonio, cumpliendo con ciertos requisitos, lo deben hacer en igualdad de condiciones, para revalidar la norma suprema constitucional, por lo que es necesario regular legalmente a través de una reforma legal el Artículo 81 del Código Civil, en igualdad de condiciones.



Por último hago constar que el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva. La metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, cumpliéndose con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales, y Examen General Publico, siendo motivo de satisfacción dar DICTAMEN FAVORABLE, al trabajo desarrollado.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con mis muestras de consideración y estima.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Cruz Armando Choc Subuyuc
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Cruz Armando Choc Subuyuc
Revisor de Tesis
NUMERO DE COLEGIADO: 4725

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de enero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante NEYDA YOLANDA PORÓN ROQUEL, Titulado ANÁLISIS DOCTRINARIO Y LEGAL DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





DEDICATORIA

- A Dios:** Porque llenas de sabiduría mi corazón, haces del conocimiento algo agradable para mi alma, haces que la habilidad de pensar me vigile y el discernimiento mismo me salvaguarde.
- A mis padres:** Hilario Porón Gómez y María Trinidad Roquel Patzán de Porón. Con todo el amor del mundo. Porque mi éxito es el regalo que Dios les da como fruto de su amor, trabajo, dedicación, y apoyo. ¡Que Dios les dé infinitas bendiciones!
- A mis hermanos:** Giovanni, Silvia, Vinicio y Heber. Por su amor, su apoyo incondicional y por creer en mí.
- A mis sobrinos:** Arleny, Ander, Brandon y Harry. Con mucho amor. Porque su sola presencia me llena de alegría.
- A mi cuñado y cuñadas:** Con afecto.
- A mis abuelos:** Carmen Roquel Quisque. Con cariño y respeto.
A: Petrona Paulich Patzán, Máxima Patzán, Catarina Gómez, y Bernardo Porón. Una rosa sobre su tumba.
- A mis tíos, tías, primos y primas:** Gracias por su apoyo moral.



A los profesionales:

Lic. Víctor Raúl Roca Chavarría.

Lic. Cruz Armando Choc Subuyuc.

Gracias por su apoyo incondicional.

En especial al Lic. Carlos Enrique Román Figueroa, por sus enseñanzas.

A todos mis amigos y amigas:

En especial a Marta Ixchel Sincal Cumez y a Gonzalo Abaj Sinaj y Carolina Montejo Figueroa. Gracias por la solidaridad, el apoyo y el cariño.

A familia Sincal Cumez:

Por la amistad sincera y el apoyo que me han brindado; gracias por todos los momentos compartidos.

**A la Gloriosa y Tricentenaria
Universidad de San Carlos
de Guatemala:**

Templo de sabiduría en el que forje mi éxito.

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La capacidad jurídica de la persona individual	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.1.1. Justicia de la ley.....	2
1.2. Conceptos y definición.....	3
1.2.1. Persona	3
1.2.1.1. Definición de persona	4
1.2.1.2. La persona en el derecho civil.....	5
1.2.2. Personalidad jurídica.....	6
1.2.2.1. Naturaleza jurídica.....	7
1.2.2.2. Postura del Código Civil guatemalteco.....	9
1.2.3. Estado jurídico de la persona	9
1.2.3.1. Generalidades.....	9
1.2.3.2. Estado de libertad	11
1.2.3.3. Estado de nacionalidad	11
1.2.3.4. Estado de familia	12
1.2.3.5. El título de estado	13
1.2.3.6. Acciones de estado	14
1.2.4. Capacidad jurídica.....	14
1.2.4.1. Principios que rigen la capacidad.....	15
1.2.4.2. Ámbito de la capacidad.....	16
1.2.5. Incapacidad.....	17
1.2.5.1. Incapacidad relativa.....	17
1.2.5.2. Incapacidad absoluta.....	18
1.2.5.3. Regímenes de incapacidad.....	18
1.2.5.4. Restricciones a la capacidad de ejercicio en las personas naturales.....	19
1.2.5.4.1. Restricciones genéricas de carácter total.....	19



1.2.5.4.2. Restricciones genéricas de carácter parcial.....	20
1.3. Clasificación de la capacidad jurídica.....	21
1.3.1. Capacidad de ejercicio.....	21
1.3.2. Capacidad de derecho.....	22
1.3.3. Diferencias entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.....	23
1.4. Características de la capacidad jurídica.....	23
1.5. Regulación legal.....	24

CAPÍTULO II

2. El matrimonio en la doctrina y en la legislación	27
2.1. Concepto.....	27
2.2. Antecedentes.....	28
2.3. Características.....	32
2.3.1. Implica la unión del hombre y la mujer.....	32
2.3.2. Es una unión permanente.....	32
2.3.3. Es monogámica.....	32
2.3.4. Es legal.....	33
2.4. Contenido de la ley respecto a la celebración del matrimonio.....	33
2.4.1. Requisitos personales.....	33
2.4.1.1. Capacidad.....	34
2.4.1.2. Impedimentos para contraer matrimonio.....	34
2.4.1.2.1. Impedimentos dirimentes.....	35
2.4.1.2.2. Impedimentos impidientes.....	36
2.4.1.3. Consentimiento.....	37
2.4.2. Requisitos formales y solemnes.....	37
2.4.2.1. Requisitos formales.....	38
2.4.2.2. Requisitos solemnes.....	40
2.5. Derechos y deberes que nacen del matrimonio.....	41
2.6. Derechos y deberes de la mujer.....	43



2.7. Derechos y deberes del varón.....	44
2.8. Matrimonio de menores de edad	45
2.8.1. Generalidades.....	45
2.8.2. El derecho a contraer matrimonio “Ius Connubii”.....	45
2.8.3. La capacidad de las partes: presupuestos físicos y psíquicos.....	46
2.8.4. Autorización.....	48

CAPÍTULO III

3. Estado y constitución.....	51
3.1. La Constitución.....	51
3.2. La supremacía constitucional.....	54
3.3. Estado de derecho	58
3.4. Principios constitucionales.....	63
3.4.1. Identificación constitucional de los principios.....	63
3.5. El principio de igualdad	66
3.5.1. El principio de igualdad como un derecho.....	66
3.5.2. Evolución del principio de igualdad	67
3.5.3. Igualdad como norma	73
3.5.4. Igualdad ante la ley.....	75
3.5.5. Principio de igualdad como límite a la legislación.....	76
3.5.6. Igualdad formal y sustancial.....	77
3.5.7. Principio de igualdad en la constitución guatemalteca.....	79
3.5.8. Igualdad en el matrimonio	80
3.6. Derecho comparado relacionado al principio de igualdad.....	81

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del Artículo 81 del Código Civil y su carácter violatorio con respecto al principio constitucional de igualdad como consecuencia jurídica de su aplicación	85
4.1. Aspectos a considerar	85



4.1.1. La jerarquía de las normas jurídicas.....	85
4.1.2. Menores de edad y derecho de igualdad en el derecho internacional.....	87
4.1.3. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	88
4.2. El Artículo 81 del Código Civil.....	89
4.3. Necesidad de su reforma	90
4.4. La aptitud para procrear desde el punto de vista científico.....	92
4.4.1. Pubertad.....	92
4.4.2. Aparición de la pubertad.....	93
4.4.3. El ambiente es solo un agente modulador.....	93
 CAPÍTULO V	
5. Bases para una propuesta de reforma	95
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101



INTRODUCCIÓN

A partir de la Revolución Francesa, la igualdad como principio jurídico, ha sido uno de los ideales sociales más controvertidos. Dicha controversia tiene que ver con lo que a de entenderse por igualdad, con la relación entre justicia e igualdad y con la determinación de “igualdad de que” e “igualdad entre quienes”.

El Estado de Guatemala a través de la Constitución Política de la República, reconoce la igualdad humana como uno de los principios que deben regir la creación y aplicación de leyes. Dicha igualdad, supone que situaciones en igualdad de circunstancias sean tratadas de la misma forma, pero supone también que situaciones que se dan en circunstancias distintas, sean tratadas de distinta forma.

La igualdad humana como principio, se extiende a diversas circunstancias, siendo una de ellas, la igualdad de género, la cual pretende una eliminación de las diferencias por razón de sexo injustificadas, de modo que el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República se convierte en un derecho tanto de varones como de mujeres a no sufrir discriminación en al ámbito jurídico y social.

En la presente investigación, el problema que se plantea, es que respecto al matrimonio, la normativa jurídica vigente en el territorio nacional, reconoce la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, es decir, en igualdad de circunstancias, sin embargo, el Código Civil al regular la edad para contraer matrimonio, en el caso de los menores de edad, establece, el legislador, distintas edades, por lo que dicha situación se convierte en una violación al principio de igualdad así como un irrespeto a la supremacía constitucional.

La regulación de la edad para contraer matrimonio, de acuerdo al Artículo 81 del Código Civil guatemalteco, señala que los menores de edad podrán contraer matrimonio el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, edades que pueden



considerarse como aquellas que para el legislador determinan la aptitud para la procreación, habilitante en cierta forma a los fines del matrimonio, sin embargo, éste es uno de los fines de dicha institución, de la cual se desprenden otras de mayor importancia como lo son el alimentar, educar, atender y cuidar a los hijos, situaciones que hacen necesaria la existencia no sólo de la aptitud física sino que también de aptitudes psíquicas como el entendimiento de la responsabilidad y cargas que conlleva el matrimonio. Además, científicamente, a través de la anatomía funcional, se establece que la pubertad o capacidad para procrear inicia entre los 11 y los 16 años; por término medio a los 13 años, tanto en el hombre como en la mujer; no obstante, el entorno físico que les rodea, puede crear circunstancias que varíen el inicio de la misma. Por lo que no es valedera la posición del legislador al regular distintas edades para que el varón y la mujer menores de edad puedan contraer matrimonio.

En este sentido, el presente trabajo se sustenta en la magnanimidad del principio de igualdad, protector de la justicia y de la equidad en la sociedad.

Por ello, se ha propuesto una hipótesis central que consiste en señalar la necesidad de reformar el Artículo 81 del Código Civil, puesto que el contenido del mismo, violenta al principio de igualdad constitucional al regular diferente trato en igualdad de circunstancias.

El principal objetivo de la investigación es efectuar un estudio jurídico y doctrinario de la violación del principio de igualdad que surge como consecuencia de la aplicación del Artículo 81 del Código Civil y el menoscabo del derecho en sí que sufre el varón frente a la mujer por existir un trato diferente en iguales circunstancias; así como plantear una propuesta de reforma, con el propósito de que la ley al otorgar capacidad a los menores de edad para contraer matrimonio, regule una misma edad tanto para el varón como para la mujer.



El principal supuesto de la investigación, es el hecho de que el principio de igualdad, no debe desnaturalizarse en la creación de normas subordinadas a la constitución, pues se estaría incumpliendo, por parte del estado, el deber de garantizar la justicia y la seguridad jurídica, así como el desarrollo integral de la persona.

Para una adecuada exposición, el presente trabajo se divide en cinco capítulos; en el primero de ellos, se analiza la capacidad jurídica de la persona, tomando en cuenta aspectos importantes como sus características, clasificación y su regulación legal; en el capítulo II, se examina lo relativo al matrimonio, incluyendo su estudio tanto doctrinario como legislativo, en lo referente a antecedentes, características; siendo lo más importante dentro de este capítulo lo relativo al matrimonio de los menores de edad; en el capítulo III, se profundiza en el estudio de la relación del estado y la constitución, lo cual comprende como eje principal la supremacía constitucional; además se estudia en este capítulo el principio de igualdad en sus diferentes aspectos; el capítulo IV, se basa en aspectos que son importantes para analizar la violación al principio de igualdad en la regulación de la edad para contraer matrimonio en el caso de los menores de edad, para lo cual se toma en consideración la jerarquía de las normas jurídicas; y finalmente en el capítulo V, se hace una exposición de las razones por las que se debe reformar el Artículo 81 del Código Civil y se plantea una propuesta de reforma.

Se exponen y aplican los métodos de la inducción y la deducción y, por supuesto, el método jurídico, propio de la disciplina, o sea lo que comprende los procedimientos lógicos y establecer las causas y fines del derecho, y el método interpretativo para entender el sentido de las normas jurídicas.



CAPÍTULO I

1. La capacidad jurídica de la persona individual.

1.1. Antecedentes.

“En el derecho moderno, a diferencia de lo que acontecía en Roma, en que la personalidad era consecuencia del status, todo ser humano es persona en sentido jurídico, pero mientras que desde un punto de vista lusnaturalista, se considera que la personalidad jurídica es atributo esencial del ser humano, que sólo éste puede ostentar, y que el ordenamiento jurídico se limita a reconocer esa personalidad, en cambio, partiendo de las teorías formalistas, se piensa que la personalidad es una atribución o investidura del ordenamiento jurídico, aduciendo en prueba de esto, que la historia nos muestra ejemplos, tanto de seres humanos que carecían de personalidad jurídica (esclavitud, muerte civil, etc.), como de personas que no eran seres humanos (difuntos y animas, animales y plantas, etc.).”¹

Por su propia naturaleza, el derecho surge como un término medio entre la anarquía y el despotismo. Donde impera el derecho se realiza un intento de mantener un equilibrio social concediendo y asegurando -dentro del sistema social- ciertos derechos a los individuos y grupos.

Bodenheimer, citando a Jhering, expresa: “Todo derecho que ha existido en el mundo debió ser adquirido por la lucha; los principios de derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos por la lucha a quienes no los aceptaban; por ello todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo suponen que sus titulares el pueblo y el individuo, estén constantemente dispuestos a defenderlo.”²

¹ Espín Canovas, Diego, **Manual de derecho civil español**, pág. 167 y 168.

² Bodenheimer, Edgar, **Teoría del derecho**, pág. 35.



“En su forma mas pura y desarrollada, el derecho requiere el reconocimiento — al menos hasta cierto grado— de los derechos individuales; presupone, pues una cierta generalidad e igualdad en la asignación de derechos. Cuanto más se aleja el derecho del poder y más se aproxima a su forma ideal, mayor importancia se ve obligado a atribuir a la realización de la igualdad. Desde el punto de vista del derecho puro casi parecería lógico pedir una absoluta igualdad social y económica de todos los hombres, porque harían imposibles las condiciones que permiten la dominación y la sujeción. Si el derecho establece meramente una igualdad de oportunidad, que no implique una igualdad de situación, el influjo de la selección natural tenderá a crear nuevas relaciones de poder.”³

1.1.1. Justicia de la ley.

“Por influencia singularmente de la escolástica y juristas patrios establecieron como uno de los caracteres más sobresalientes de la ley el que esta sea justa; es decir, represente un mandato orientado en el mismo sentido de la justicia. Tal afirmación ha podido ser puesta en duda en los modernos tiempos; pero, a pesar de ello, la justicia de la ley es un carácter que se consigna por la mayoría de los autores. La injusticia, en efecto, de la norma infringiría el derecho natural que indudablemente debe informar todo el derecho positivo.”⁴

El problema de la justicia esta íntimamente relacionado con el de igualdad en la vida social humana. Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica.

“Tratar a hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual, es el primero y más importante de los mandamientos de la justicia.”⁵

³ *Ibid.* pág. 35 y 36.

⁴ Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho civil*, tomo I, pág. 267.

⁵ Bodenheimer, *Ob. Cit.*, pág. 54.



1.2. Conceptos y definición.

Para definir y entender lo que representa y comprende la capacidad jurídica de la persona individual, es indispensable comprender varios conceptos relacionados con el tema:

1.2.1. Persona.

En el derecho romano la existencia de la esclavitud y la consideración de los siervos como hombres desprovistos de la condición de personas, la consiguiente negación de derechos y bienes para los sujetos a ella, determinó la distinción entre el hombre y la persona (los esclavos y los siervos no eran considerados personas).

“En el derecho romano, en donde se había consagrado la esclavitud, era exacta la distinción pues el esclavo, despojado de toda clase de derecho, no era realmente persona, sino solamente hombre, ser humano, y aún nada mas cosa, que podía comprarse y venderse como un bien mueble. Ello llevó a que el jurista haya conocido a lo largo de la historia, hombres que no eran personas, y que, siga conociendo personas que no son hombres, como los llamados entes jurídicos o colectivos.”⁶

En las últimas décadas ha cobrado relevancia singular el desarrollo de la obra legislativa en relaciona a la persona. En especial referencia a la persona humana, conviene señalar que su regulación jurídica, tradicionalmente dominio del derecho privado, trasciende ahora las fronteras de éste y se adentra en el derecho público, relegadamente en el derecho constitucional y en el internacional. La generalidad de las constituciones modernas aceptan numerosos Artículos que consagran ciertos derechos como derechos fundamentales de la persona humana. “Cierta y fuerte corriente de opinión publica, en especial de juristas, se esfuerza por lograr una vigorosa legislación, para cada país, que reconozca la existencia de derechos inherentes a la persona, e inviolables, como base de todo ordenamiento jurídico, reforzada mediante convenios o

⁶ Vásquez Ortiz, Carlos Humberto, **Derecho civil I**, 1ª. parte, pág. 12.



tratados internacionales que a su vez vigoricen y salvaguarden la situación jurídica de la persona humana, del ser humano.”⁷

1.2.1.1. Definición de persona.

Vásquez Ortiz cita distintos puntos de vista para definir lo que es persona:

“1. *Filosóficamente*: a) La persona es la substancia individual de naturaleza racional (Boecio); b) Es la naturaleza humana encarnada en un individuo (Headrick); 2. *Moralmente*, desde el punto de vista cristiano, la persona es el sujeto de actos libres, capaz de salvarse o condenarse; 3. *Legislativamente*, en el derecho positivo, son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones; y 4. *Jurídicamente* se dice que la persona es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones.”⁸

Espín Canovas aporta una definición más amplia: “Jurídicamente se llama persona a todo ser capaz de derechos y deberes, es decir, de estar vinculado por relaciones jurídicas, bien sea como sujeto activo (titular de un derecho subjetivo) o pasivo (sometido a un deber jurídico). Sinónimo de persona son las expresiones sujeto de derecho o sujeto de la relación jurídica, que se refieren a posibilidades abstractas, no a la titularidad de un derecho determinado, la titularidad de un derecho supone necesariamente aptitud para tenerlo, pero, en cambio, la mera susceptibilidad jurídica no implica la tenencia efectiva de derechos; mientras todo titular de un derecho es una persona, no toda persona es titular de un derecho.”⁹

Para Brañas, existen dos conceptos de persona: “el corriente y el jurídico, que aquí interesa. De acuerdo con el concepto corriente, persona es sinónimo de ser humano; el hombre y la mujer, de cualquier edad y situación, son seres humanos, personas. Este concepto no es el que interesa en derecho, si bien éste no puede desligarse de él, si se parte del principio de que el derecho es obra humana, de y para

⁷ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 23.

⁸ **Ob. Cit.** pág. 11 y 12.

⁹ **Ob. Cit.** pág. 30.



los seres humanos. El derecho crea o reconoce otra clase de personas (sociedades, asociaciones, universidades, municipios, etcétera), que no son propiamente seres humanos, individuos. Por ello, es necesario eludir el concepto corriente al hacer el esfuerzo de desentrañar el concepto jurídico, lo que significa -a la búsqueda de este concepto- afrontar no pocos problemas en la investigación”.¹⁰

Evitando posibilidades de confusión, en el concepto de persona, otros autores, como Planiol, dicen escuetamente que “persona es el sujeto de derecho, expresión aparentemente más vaga, pero, en realidad más concreta, porque efectivamente el concepto de persona, para el derecho, solo tiene validez en cuanto se le refiere, ya en abstracto, ya en concreto, a la calidad de sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas”.¹¹

1.2.1.2. La persona en el derecho civil.

“Es necesario precisar que el estudio de la persona en el derecho civil se contrae fundamentalmente al concepto de la misma, al hecho de su nacimiento y de su muerte, a la aptitud para ser titular de derechos y para contraer obligaciones y a ciertos aspectos de su actividad individualmente considerada. Disposiciones legales de carácter constitucional administrativo, o de otro orden público, tienden en la actualidad a precisar con mayor énfasis ciertas disposiciones relativas a la persona y a los denominados derechos humanos, ello debe entenderse como resultado de tendencias ideológicas, jurídicas o políticas, o de una reacción en contra de la subestimación de la importancia del hombre, individualmente considerado, en la prosecución y alcance de los altos fines del estado. Esas actitudes o tendencias pueden, con mayor o menor probabilidad, variar o desaparecer. Sin embargo, para el derecho civil la persona seguirá teniendo la importancia que siempre ha tenido, y su tratamiento y el de las instituciones que han surgido y surgirán como producto de su actividad nítidamente privada, seguirán ocupando espacio importante en el derecho civil. Ha de entenderse, entonces, que la regulación de ciertos derechos de la persona por disposiciones

¹⁰ Ob. Cit. pág. 25.

¹¹ Planiol, Marcel, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. I pág. 178.



legales de jerarquía constitucional, por ejemplo, no significan en manera alguna desplazamiento del régimen legal de la persona hacia el derecho constitucional, sino un propósito de garantizar hasta donde sea jurídicamente posible la inviolabilidad de importantes derechos del ser humano como miembro de una sociedad políticamente organizada.”¹²

1.2.2. Personalidad jurídica.

No existe acuerdo entre los civilistas respecto al concepto propio, intrínseco, de la personalidad jurídica. Se afirma en expresión muy generalizada, que la personalidad es aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, o de las relaciones jurídicas. Algunos autores consideran que personalidad es sinónimo de capacidad, singularmente de la capacidad de derecho, o un resultado de esta.

Por cierto, y si bien se examina, la personalidad no es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas (esa aptitud es una consecuencia de la personalidad). Más cerca de lo real se encuentra la afirmación, recogida por Puig Peña, de que “la personalidad es una investidura jurídica”.¹³

Siguiendo con definiciones sobre el tema es necesario conocer los conceptos de otros autores, para lo cual Vásquez Ortiz cita a los siguientes: “para Guillermo Cabanellas la personalidad jurídica es la aptitud legal para ser sujeto de derecho y obligaciones o relaciones jurídicas; para Efraín Moto Salazar, es todo derecho estudiándolo desde el punto de vista subjetivo, es decir, como la facultad reconocida al individuo por la ley para realizar determinados actos en satisfacción de sus propios intereses, presupone, necesariamente, un titular, es decir, un ser que sea capaz de poseer ese derecho; para Capitant, la personalidad en el ámbito jurídico general, comprenden los derechos que tienen por objeto la protección de la persona misma y que, aún permaneciendo dentro de su patrimonio, son susceptibles, de llegar a ser lesionados, de servir de base de una demanda, de restauración, derecho al honor, a la

¹² Brañas, **Ob. Cit.** pág. 26 y 27.

¹³ **Ob. Cit.**, pág. 38.



consideración, a la integridad moral, intelectual y física, derecho al nombre, derecho para un autor de seguir siendo dueño de su pensamiento”.¹⁴

Con respecto a la evolución de la personalidad jurídica, Vásquez Ortiz, establece que “la personalidad en el derecho romano, se concebía al individuo bajo tres condiciones o status que debían llenarse: a) Status Libertatis, ser libre y no esclavo; b) Status Civitatis, ser ciudadano y no latino o peregrino; y c) Status Familiae, ser cabeza de familia o estar sujeto a la patria potestad del pater familias. Siendo el principal el status libertatis, por que los esclavos no podían tener personalidad civil, ya que eran excluidos del concepto persona y considerados como objetos. Por otra parte, los extranjeros carecían de personalidad. Actualmente todas las legislaciones han adoptado el principio de reconocer personalidad a todo ser humano, sin subordinar ésta a ningún estado o condición”.¹⁵

1.2.2.1. Naturaleza jurídica.

Existen diversas teorías para determinar cuando se considera que una persona existe físicamente y cuando aparece la investidura que el derecho le otorga de personalidad jurídica siendo las siguientes:

a) Teoría de la concepción. Se basa en el principio de que la personalidad se inicia desde el momento de la concepción. Si la personalidad jurídica, afirman sus seguidores, es inherente al ser humano, resulta lógico y consecuente que sea reconocida a partir de la concepción, máxime si se toma en cuenta que la ley protege la existencia humana aún antes del nacimiento.

Esta teoría no ha tenido, ni en la antigüedad ni en los tiempos modernos, una aceptación más o menos general. Se le ha criticado, en esencia, porque científicamente resulta muy difícil, y quizás imposible hasta ahora, comprobar el día en que la mujer ha concebido. Un hecho tan importante como lo es determinar cuándo

¹⁴ Ob. Cit. pág. 14.

¹⁵ Ibid, pág. 15.



comienza la personalidad, no puede quedar sujeto a la eventualidad de una difícil prueba.

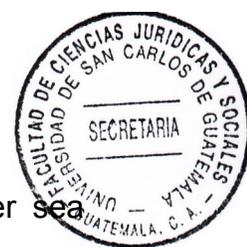
b) Teoría del nacimiento. Tiene ancestro romano. El momento en que la criatura nace, es el momento en que principia la personalidad. El nacimiento implica que el nuevo ser humano tiene vida propia independiente de la vida de la madre, y es un hecho que puede ser objeto de prueba razonablemente fehaciente.

Esta teoría, aceptada por el Código Civil alemán, y otros códigos europeos, tiende en la actualidad a imponerse como criterio rector para determinar cuándo comienza la personalidad. Las avalan su nitidez científica y la facilidad probatoria.

c) Teoría de la viabilidad. Agrega esta teoría, al hecho físico del nacimiento, el requisito de que el nacido tenga condiciones de viabilidad, que sea viable, es decir, que haya nacido con aptitud fisiológica para seguir viviendo fuera del vientre materno, por sí solo.

Seguido por el Código Civil francés, y bajo su influencia por los códigos de otras naciones, este criterio es objeto de crítica severa por cuanto no existe un criterio científico preciso para determinar qué debe entenderse por viabilidad y que condiciones serían requeridas para que la misma existiera. Por otra parte, si un ser humano nace sin condiciones de viabilidad, pero fallece no inmediatamente después de nacido sino días o meses mas tarde, afirmar que no tuvo personalidad sería atentar contra principios fundamentales ahora dominantes en cuanto a la inherencia de la personalidad jurídica al ser humano, a la persona.

d) Teoría Ecléctica. Trata de conjugar las teorías anteriores. En su expresión mas generalizada, fija el inicio de la personalidad en el momento del nacimiento, reconociendo desde la concepción derechos al ser aún no nacido, bajo condición de que nazca vivo. Otra tendencia, dicho con distintas palabras, otra modalidad de esta



teoría exige, además del nacimiento, las condiciones de viabilidad, que el ser sea viable, apto para seguir viviendo.

1.2.2.2. Postura del Código Civil guatemalteco.

El Artículo 1º. del Código dispone que “la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”. Esta disposición engloba todas las teorías sobre el inicio de la personalidad, anteriormente expuestas, excepto la de la concepción en su forma nítida. Nótese que la redacción del precepto legal no es acertada en lo que se refiere a la viabilidad. En efecto, parece que las condiciones de viabilidad fueran exigibles sólo en el caso de la persona por nacer a quien algo (un derecho) le favorece; y que en el caso general bastaría el nacimiento para el comienzo de la personalidad.

“Esa confusión conceptual se originó porque en el Artículo 1º. del proyecto del Código Civil se consagraba la teoría del nacimiento sin otro requisito, pero la comisión revisora optó por mantener el criterio del Código de 1933 (tajantemente consagratorio de la viabilidad), a cuyo efecto agregó al final de dicho Artículo la frase “siempre que nazca en condiciones de viabilidad”, en substitución de la frase “a condición de nazca vivo”, inserta en el proyecto y con la cual terminaba la redacción del citado proyecto.”¹⁶

1.2.3. Estado jurídico de la persona.

1.2.3.1. Generalidades.

Desde el momento en que nace, la persona es referida, o, dicho de otra forma, ligada por el derecho a un conglomerado social y a una familia, atribuyéndole un estado personal generalmente denominado estado civil, que a su vez presenta numerosos aspectos.

¹⁶ Brañas, **Ob. Cit.**, pág. 39.



El estado personal o jurídico no tiene ya la significación que tuvo en el derecho romano. Coviello citado por Brañas, afirma que “al estar la personalidad reconocida al hombre por el hecho de ser hombre, el estado no es otra cosa que fuente de cualidades o de atribuciones que de otro modo la persona no tendría, y que no es un derecho sino una relación jurídica, y por eso fuente de derechos y deberes jurídicos, inherentes de tal modo a la persona que no puede cederse ni transmitirse, y que no pueden ser objeto de transacción las cuestiones que se refieren a ella”.¹⁷

Como se expuso anteriormente, en el derecho romano eran determinantes tres estados para el reconocimiento de la calidad de persona y de la personalidad.

En relación al tema, Puig Peña expone: “Ahora bien, la frase, estado de las personas, no tiene, sin embargo, para todos los tratadistas el mismo contenido. Para unos (Chironi, Dusi, Valverde) es equivalente a cualidad o posición jurídica, y así estos tratadistas atienden, para clasificar el estado de las personas, a las diversas categorías de situación en que puede encontrarse y que implican un contenido especial de derechos. En tales respectos distinguen: si se atiende a la persona en si misma (estado individual), a la persona como parte de la comunidad política (estado de ciudadanía) y a la persona como miembro de la familia (estado de familia). Para esta tendencia estado de las personas y causas modificativas de la capacidad viene a ser en definitiva lo mismo. Una segunda postura entiende por estado de las personas aquellas cualidades que son inherentes a la misma y que la ley toma en consideración para asignarles efectos jurídicos con exclusión de aquellas otras que le corresponden en razón de sus ocupaciones. Para esta segunda teoría la frase, estado de las personas, no es exactamente igual que la de, circunstancias modificativas de la capacidad, ya que aquélla esta determinada por situaciones inherentes. Una tercera tesis se sostiene por aquellos que, como Capitán y Coviello, dan también a la frase, estado de las personas, una acepción restringida, pero partiendo de aquellas cualidades que tienen un carácter de permanencia, principalmente la ciudadanía y las relaciones de familia.

¹⁷ *Ibid*, pág. 43



En esta tercera acepción el estado de las personas se reserva, pues, para estas situaciones permanentes y estables, siendo causas modificativas todas las demás. Debe entenderse que en realidad todo depende de la acepción que se dé a la expresión las circunstancias modificativas de la capacidad.”¹⁸

“Se distinguen dos estados: el de ciudadanía y el de familia”.¹⁹ Sin embargo, analizando lo expuesto por Puig Peña, podría afirmarse que en realidad son tres: el de libertad, el de nacionalidad (termino más genérico que es el ciudadanía) y el de familia.

1.2.3.2. Estado de libertad.

La libertad, para el derecho, es el fundamento de otro principio general: la igualdad ante la ley. Sin perjuicio de las controversias ideológicas surgidas a propósito de dichos principios en que descansa el ordenamiento legal, éste los admite explícita o implícitamente para de inmediato regularlos en forma tal que, si bien se analiza, termina por negarlos, o dicho de otro modo, por encauzarlos a manera de que la libertad del hombre no signifique facultad para la inobservancia de la forma jurídica, y la igualdad ante la ley sea efectiva sólo en ciertos preceptos de carácter general, puesto que múltiples actividades humanas son objeto de regulaciones jurídicas especiales y privativas para determinados grupos sociales.

1.2.3.3. Estado de nacionalidad.

El ser humano, desde el momento en que nace, queda vinculado por el derecho a una sociedad políticamente organizada, a un estado, al cual pertenece como miembro integrante del mismo, lo cual resulta de suma importancia para determinar cuál es el ordenamiento jurídico que le es aplicable como normativo de su calidad de persona. Determinado este punto de partida (nacionalidad el nuevo ser), prácticamente no existirá problema, al menos en principio, en lo concerniente al mundo jurídico que le pertenece de inmediato. Por la preeminencia de este estado, las disposiciones

¹⁸ Ob. Cit., t. I, Vol. II, pág. 41.

¹⁹ Coviello, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, pág. 165.



atinentes al mismo son de innegable carácter público y están localizadas preferentemente en el derecho constitucional y en el administrativo.

1.2.3.4. Estado de familia.

La persona forma parte, además, de una familia, núcleo o base de la sociedad, a la cual pertenece. El estado de familia es, para el derecho civil, el más importante, puesto que de él emanan numerosas situaciones reguladas por el propio derecho civil, tales, como ejemplo, las derivadas del parentesco, del matrimonio, de la calidad de heredero y los consecuentes efectos patrimoniales.

Es por ello que la expresión estado civil tiende a ser referida de manera especial al estado de familia, lo cual no obsta para que eminentes civilistas la refieren a otras calidades (domiciliado, residentes, socio de una compañía, funcionario, etcétera), con acierto indiscutible.

“El estado civil tiene las siguientes características: 1ª. Significado personal, incluso cuando se deriva de instituciones con propios principios (p. ej., matrimonio, filiación, nacionalidad), pues afecta a la capacidad de obrar. Cada persona ha de ser encajada en alguna de las casillas que contienen los distintos tipos de estado, para saber el trato jurídico que le corresponde. ...2ª. Su regulación se considera de orden público. Se hace mediante disposiciones imperativas, que excluyen fundamentalmente la autonomía de la voluntad... 3ª. Ha de tener eficacia general, la que se procura ordenando y facilitando la inscripción de todos los hechos concernientes al estado civil de las personas... y haciendo posible su conocimiento a cualquier interesado...”²⁰

Para encuadrar con mayor precisión el concepto de estado de familia, es menester relacionarlo con otros dos conceptos ligados a él, el título de estado y el de posesión de estado.

²⁰ De castro y bravo, Federico, **Compendio de derecho civil**, pág. 178 y 180.



1.2.3.5. El título de estado.

Es el vínculo familiar legalmente constituido y debidamente acreditado, que origina derechos y obligaciones entre las personas a quienes liga. Los vínculos de filiación, de matrimonio, de parentesco en sus diversos grados que ligan a las personas, constituyen su estado civil, esto es la causa jurídica que suscita el nacimiento de ciertos derechos y obligaciones jurídicas. Por extensión, la denominación título se aplica también a los documentos capaces de acreditar el vínculo, como por ejemplo las partidas del registro civil.

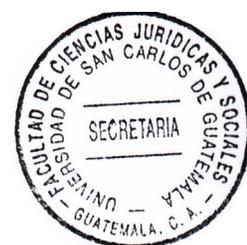
El estado de familia es una resultante del título. Si éste es una causa, el estado de familia es una consecuencia. Es el conjunto de derechos y obligaciones que dimanen de un vínculo familiar y que atribuyen a la persona una determinada posición dentro de la familia.

La posesión de estado, consiste en el ejercicio prolongado de los derechos y las obligaciones propias de una determinada situación familiar, con prescindencia de que quien lo ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él. Hay posesión de estado cuando alguien disfruta de un determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo estado. Por lo general, quien ejerce la posesión de estado tiene también título para esa posesión.

“Caracteres del estado de familia.

- Imperativo;
- Imprescriptible;
- Inalienable e indisponible;
- Recíproco; y
- Oponible erga omnes.”²¹

²¹ **Familia y Matrimonio**, www.prociuk.com/Derecho%20Civil%20-%20Familia.pdf 15 de octubre de 2007.



1.2.3.6. Acciones de estado.

“La expresión acciones de estado debería, en realidad, referirse a la facultad de toda persona para exigir el reconocimiento de cualesquiera de los estados que conforme a la ley pueda tener. No obstante, se acepta en el derecho civil restringiéndola a ciertos aspectos del estado de familia, denominándolas generalmente acciones del estado civil.”²²

Con respecto a las acciones de estado, Planiol expresa: “Las acciones derivadas del estado civil son aquellas que tienden, o a la constitución, o a la destrucción, o a la declaración de un estado. Son, pues, constitutivas, destructivas o declarativas del estado civil.”²³

1.2.4. Capacidad jurídica.

Algunos estudiosos del derecho, en sus enunciados, consideran la personalidad jurídica como sinónimo de la capacidad jurídica, sin embargo, habiendo entendido la personalidad jurídica como la investidura que confiere el estado a la persona para entrar el mundo de lo normativo; debemos entonces entender la capacidad jurídica como la aptitud derivada de la personalidad jurídica que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas.

Al respecto, se citará lo enunciado por algunos tratadistas: “la capacidad jurídica es un atributo (algo inherente al ser), de las personas, que debe reconocer, no otorgar el derecho”.²⁴

“Es la condición jurídica de una persona, en virtud de la cual, puede ejercitar sus derechos y contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en

²² Brañas, **Ob. Cit.**, pág. 46.

²³ **Ob. Cit.**, t. I, pág. 17.

²⁴ Rojina Villegas, Rafael, **Derecho civil mexicano**, t. I, pág. 423.



general; es la aptitud que tiene el hombre para ser sujeto de relaciones jurídicas; y es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.”²⁵

Es importante también, tomar en cuenta algunos aspectos relacionados con la capacidad:

1.2.4.1. Principios que rigen la capacidad.

“a) Una persona natural siempre tendrá capacidad jurídica, legal o de goce, porque no existen individuos de la especie humana que carezcan totalmente de capacidad de goce;

b) La capacidad de obrar presupone la capacidad de goce, porque para tener capacidad de obrar es necesario que la persona sea titular de los derechos o deberes que ese acto esta llamado a producir;

c) La capacidad de goce no presupone la capacidad de obrar, porque una persona puede ser titular de derechos o deberes que pueden nacer no por voluntad propia, porque su nacimiento puede provenir de otra fuente. Por ejemplo, la sucesión hereditaria;

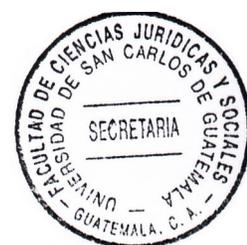
d) Las normas que rigen la capacidad jurídica y la capacidad de obrar son diferentes;

e) No puede haber incapacidades generales de goce, pero si existen incapacidades generales de obrar;

f) Las personas afectadas por incapacidades de obrar son mucho más que el número de personas afectadas por incapacidades especiales de goce;

g) La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción;

²⁵ Vásquez Ortiz, **Ob. Cit.**, pág. 21.



- h) La incapacidad existe porque esta establecida en un texto legal;
- i) Las normas que establecen incapacidades son de interpretación restrictiva; y
- j) Quien alega la incapacidad tiene la carga de probarla.”²⁶

1.2.4.2. Ámbito de la capacidad.

Para desarrollar este punto es necesario citar el Artículo 24 de la Ley del Organismo Judicial: "El estado y capacidad de las personas y las relaciones de familia, se rigen por las leyes de su domicilio".

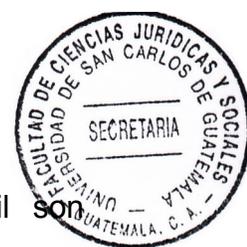
Otro Artículo que ayudaría a la comprensión de este punto sería el 26 de la ley antes citada: "El estado y capacidad de la persona individual extranjera adquiridos conforme a su ley personal, será reconocido en Guatemala si no se opone al orden publico". Estas normas de la legislación guatemalteca concuerdan con los principios pautados al respecto en el Código de Bustamante de 1928, el cual es derecho positivo y vigente en nuestro país y al cual debe recurrirse cuando se presente un problema de Derecho Internacional Privado entre los países que han igualmente ratificado este convenio.

Al respecto el mencionado Código Internacional determina:

"Artículo 27: La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local".

"Artículo 30: Cada Estado aplica su propia legislación para declarar extinguida la personalidad civil por la muerte natural de las personas individuales y la desaparición o disolución oficial de las personas jurídicas, así como para decidir si la menor edad, la

²⁶ Peñaranda Quintero, Héctor Ramón, **Personalidad Jurídica**, <http://www.monografias.com/trabajos17/personas-juridicas/personas-juridicas.shtml?monosearch>.



demencia o imbecilidad, la sordomudez, prodigalidad y la interdicción civil son únicamente restricciones de la personalidad, que permiten derechos y aún ciertas obligaciones".

Es por estas razones que el estado y capacidad de las personas son arrastradas por la misma persona aunque no se encuentren en el país.

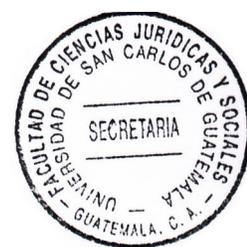
1.2.5. Incapacidad.

Habiendo entendido la capacidad jurídica como la aptitud derivada de la personalidad que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas, tenemos, entonces, que la incapacidad jurídica es la ausencia o falta de aptitud en la persona para ser sujeto de las relaciones jurídicas. Pero también es importante tomar en cuenta que la incapacidad de la persona deriva tanto de la naturaleza así como del ordenamiento jurídico del estado.

“La incapacidad es la carencia de la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. Doctrinariamente, la incapacidad se clasifica de la siguiente manera:

1.2.5.1. Incapacidad relativa.

Son las restricciones de carácter temporal que se aplican porque existen circunstancias subjetivas en ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender, su aptitud para realizar ciertos actos jurídicos. A estas circunstancias subjetivas se refiere el Código Civil al establecer que los menores de edad pero que son mayores de catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley. Cuando manifiesta que los que padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia y los sordomudos, son capaces si pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Asimismo, cuando establece que las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, siendo nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones.



1.2.5.2. Incapacidad absoluta.

Esta incapacidad es de carácter total y permanente, llamada también interdicción civil, que significa prohibición o vedamiento. Doctrinariamente se distingue la interdicción legal de la interdicción judicial. La interdicción emana directamente de la ley, de ahí su nombre, la causa que la determina es la condena penal que se impone como consecuencia de delitos graves. La segunda nace de una resolución judicial (sentencia); constituye el estado de una persona a quien judicialmente se le ha declarado incapaz absoluto para el ejercicio de sus derechos.”²⁷

1.2.5.3. Regímenes de incapacidad.

Es en este sentido que la incapacidad de obrar se podría clasificar en incapacidad natural e incapacidad civil. La primera deriva de la propia naturaleza, por lo que debe ser reconocida por la ley, como es el caso de la incapacidad del enajenado mental, entre otras cosas. Por otro lado, la incapacidad civil es la que establece la misma ley, como es el caso de la minoría de edad.

Peñaranda Quintero, citando a José Luis Aguilar Gorrondona, expresa que “tanto la incapacidad civil como la natural coinciden, a pesar de que la ley dicta normas generales, ciertas personas afectadas de incapacidad natural no están afectadas de incapacidad civil, como por ejemplo los enajenados no entredichos”.²⁸ Además, es importante mencionar que la ley establece una incapacidad civil para determinada clase de personas, por ejemplo los condenados a presidio, quienes no tienen incapacidad natural.

Existen dos regímenes de incapaces:

A. Los regímenes de representación, en los que el incapaz es sustituido por otra persona quien realiza el negocio jurídico, es decir, que el incapaz no interviene en dicha realización del negocio jurídico.

²⁷ Vásquez Ortiz, **Ob. Cit.**, pág. 25 y 26.

²⁸ Peñaranda Quintero, **Ob. Cit.**



B. Los regímenes de asistencia y autorización, en los cuales el incapaz conserva la iniciativa y voluntad de realización del negocio jurídico y no es sustituido, sino que para la validez de un acto se requiere la actuación conjunta del incapaz y de la persona que lo esta protegiendo, es decir de la persona que lo asiste. Ahora bien, si la persona capaz tiene la función de aprobar o improbar los negocios jurídicos, entonces se dice que ya no es asistente, sino que se habla de autorización.

En determinadas ocasiones la incapacidad y los regímenes de incapacidad no bastan para la protección de una persona, porque sólo protegen a los incapaces en la esfera de los negocios jurídicos, cuando el sujeto podría requerir que también se provea al gobierno de su persona. Por esta razón, además de la incapacidad y regímenes de incapacidad, la ley ha creado el sometimiento de determinadas personas naturales al gobierno y dirección de su persona por otra, que no es otra cosa que el sometimiento a la potestad de otro.

No todos los incapaces están sometidos a la potestad de otro, solamente lo están los menores no emancipados y los entredichos por defecto intelectual.

Es importante destacar que todos los incapaces sometidos a potestad de otra persona están sometidos a régimen de representación, sin embargo no todos los incapaces sometidos a régimen de representación están sometidos a dicha potestad, como es el caso de los entredichos por condena penal; y en ocasiones las funciones de potestad y representación se encuentran en manos diferentes.

1.2.5.4. Restricciones a la capacidad de ejercicio en las personas naturales

1.2.5.4.1. Restricciones genéricas de carácter total.

Este tipo de restricciones se llaman genéricas de carácter total, porque mientras existan personas con los caracteres de minoridad e interdicción no podrán realizar negocios jurídicos válidos, a no ser que tengan un régimen de representación o de potestad.



a) Minoridad La minoridad se refiere a la minoría o menoría de edad, menoridad, menor de edad. Consiste en el estado de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, es decir la edad que la ley confiere al ser humano a partir de la cual éste tendrá plena capacidad para la generalidad de los efectos jurídicos.

Son menores de edad los que no hayan cumplido 18 años de edad. Porque según el Artículo 18 del Código Civil, es mayor de edad el que haya cumplido 18 años, y por lo tanto es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones que establecen las disposiciones especiales.

La minoría de edad presupone que el niño o niña no tienen una conciencia o voluntad suficiente para participar en actos jurídicos o comprometer su responsabilidad civil o penalmente.

Toda persona en la legislación guatemalteca que no haya llegado a la edad de dieciocho años se llama menor y por lo tanto incapaz, por lo que esta colocado bajo la autoridad de una persona de su familia, no pudiendo realizar actos jurídicos por si mismo o en todo caso, sin la debida autorización.

b) Interdicción civil: La interdicción civil consiste en el estado de una persona que ha sido judicialmente declarada entredicha, es decir, incapaz, por lo cual se le priva de ciertos derechos, ya sea por razón de delito o por otra causa establecida en la ley.

1.2.5.4.2. Restricciones genéricas de carácter parcial.

a) La inhabilitación: La Inhabilitación consiste en el estado de una persona débil de entendimiento que ha sido judicialmente declarada como inhábil, porque no presenta un estado tan grave que de lugar a la interdicción y como consecuencia se le priva de ciertos derechos.



b) La emancipación: la emancipación tiene lugar por el matrimonio del menor y por concesión judicial o de quienes ejerzan la patria potestad. En este último caso se exige que el menor tenga una edad concreta y que consienta en la emancipación; se requiere también que la emancipación, otorgada en escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del registro, sea inscrita en éste.

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, con las siguientes salvedades: tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, u objetos de extraordinario valor.

1.3. Clasificación de la capacidad jurídica.

“La doctrina ha clasificado a la capacidad en derecho distinguiendo entre la capacidad de ejercicio, disfrute o de obrar, que consiste en la medida de la aptitud para producir plenos efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad. Por otra parte, la capacidad de derecho, jurídica, legal o de goce, que constituye la medida de la aptitud de ser titular de derechos o deberes.”²⁹

1.3.1. Capacidad de ejercicio.

La cual también es denominada como capacidad de obrar, o de hecho; según Espin Canovas, “es la aptitud para ejercitar derechos”.³⁰ Coviello afirma que “la capacidad de obrar consiste en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos y en asumir por sí las obligaciones”.³¹ Rojina Villegas establece acerca de la capacidad de ejercicio “supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”.³²

²⁹ **Ibid.**

³⁰ **Ob. Cit.** Vol. I, pág. 168.

³¹ **Ob. Cit.**, pág. 159.

³² **Ob. Cit.**, t. I, pág. 441.



Al respecto, Brañas establece “por ser la capacidad de ejercicio o de obrar una expresión o dicho en otra forma, el complemento de la plena capacidad jurídica, son circunstancias determinantes de ella: el sexo (ahora, por la evolución de las instituciones jurídicas, sin mayor relevancia, salvo los casos de capacidades relativas, en que a la mujer se le habilita a más temprana edad para contraer matrimonio, por ejemplo); la edad (que es determinante para fijar la mayoría de edad y autorizar a los menores para la celebración de ciertos actos); la nacionalidad (también ahora sin mayor importancia para los efectos civiles, a no ser en ciertos casos de excepción: los extranjeros no pueden ser propietarios o poseedores de los bienes inmuebles a que se refería el Artículo 131 de la Constitución de 1965, obligada publicidad del matrimonio que desean contraer en el país); el domicilio (uno de cuyos efectos principales es el de precisar el lugar o lugares en que se han de cumplir las obligaciones o de éstas su cumplimiento puede demandarse judicialmente); el parentesco (que generalmente da lugar a ciertas prohibiciones: marido y mujer no pueden celebrar contratos de compraventa entre sí; o determina el orden de la prestación de alimentos o de la sucesión intestada, por ejemplo); y, enfermedades físicas y mentales (éstas últimas, en especial, puede tener relevancia cuando alcanzan a constituir causa de incapacitación)”.³³

1.3.2. Capacidad de derecho.

Denominada también como capacidad jurídica, legal o de goce. Según Coviello, “consiste en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, de la cual están dotados todos los hombres (los seres humanos, las personas físicas)”.³⁴ De Castro y Bravo cita a Sánchez Román, quien denomina “capacidad jurídica a la capacidad de derecho. Entiende por esta la aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones de derecho”.³⁵ “La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las

³³ Ob. Cit., pág. 34.

³⁴ Ob. Cit., pág. 30.

³⁵ Ob. Cit., pág. 173.



ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”.³⁶ Esta clase de capacidad la poseen todos los hombres por el mero hecho de serlo y poseer la personalidad, es superior al arbitrio legislativo y por ende, ilegislable, no pudiendo tampoco desconocerse o limitarse por el legislador. La capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, es la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico, asimismo, se presume una capacidad pasiva, ya que toda persona es capaz de adquirir cualquier clase de derechos.

1.3.3. Diferencias entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

De acuerdo a Vásquez Ortiz, “la capacidad de ejercicio a diferencia de la de goce que existe en todos los hombres, exige determinadas condiciones, para que pueda hacer efectivo un acto jurídico, como la edad, la salud física y mental, condiciones que están reguladas por el Derecho Positivo y que limitan la capacidad de ejercicio y que por éstas circunstancias varía de una persona a otra; la capacidad de derecho es considerada como el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho; se adquiere por el hecho mismo de la existencia, nadie puede ser privado de ella por ningún motivo que no sea el término normal de la vida humana.”³⁷

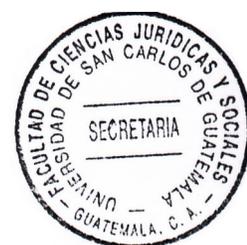
En síntesis, la capacidad de goce consiste en poder ser sujeto de derechos y obligaciones, ser sujeto pasivo; mientras que la capacidad de ejercicio, consiste en poder adquirir y ejercitar por sí mismo esos derechos y hacerlo con eficacia jurídica.

1.4. Características de la capacidad jurídica.

Atendiendo a la clasificación de la capacidad jurídica en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, así también, de esa manera se les atribuyen distintas características de acuerdo a la naturaleza de cada una, teniendo entonces las siguientes:

³⁶ Bonnecase, Julián, *Elementos de derecho civil*, t. I, pág. 277.

³⁷ *Ob. Cit.*, pág. 22 y 24.



Capacidad de goce:

1. Común para todos los hombres;
2. Independiente de la conciencia humana;
3. Independiente en todas las personas;
4. Comprende todos los derechos inherentes a todas las personas;
5. Es inseparable;
6. No puede limitarse;
7. Es abstracta;
8. Es un atributo de la personalidad;
9. Es única e indivisible; y
10. Es irreductible.

Capacidad de ejercicio:

1. Puede faltar o limitarse;
2. No es igual en todas las personas;
3. Es múltiple y varía porque esta condicionada a diversos supuestos de hecho;
4. Su ejercicio depende de la voluntad de la personas;
5. Ejercita los derechos que le corresponden por sí mismo; y
6. Es contingente (que puede o no suceder).

1.5. Regulación legal.

Con respecto a la capacidad, el Código Civil Guatemalteco, regula lo siguiente:

Artículo 8º.- Capacidad. “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años con capaces para algunos actos determinados por la ley.”

Artículo 9º.- Incapacidad. “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción.



Pueden asimismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos. La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que es establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.”

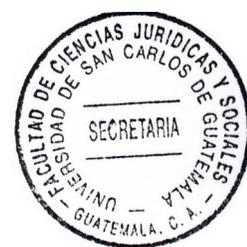
Artículo 10.- “Las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones.”

Artículo 11.- “Después de la muerte de un individuo, los actos realizados por él mismo no podrán impugnarse por incapacidad sino cuando la interdicción ha sido pedida antes de su muerte, o cuando la prueba de la incapacidad resulte del mismo acto que se impugna.”

Artículo 13.- “Quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia, y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos, pero son capaces los que puedan expresar su voluntad de manera indubitable.”

Artículo 14.- “Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.”





CAPÍTULO II

2. El matrimonio en la doctrina y en la legislación.

2.1. Concepto.

Para el desarrollo de este tema, es menester, tomar como punto de partida, la definición que al respecto establece nuestro Código Civil: Artículo 78.- “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

Teniendo como base la definición citada, para un mejor entendimiento del tema, debe de tomarse en cuenta las definiciones aportadas por los estudiosos del derecho: “el matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”.³⁸

Puig Peña, refiriéndose a la definición de matrimonio, expone: “Para caracterizar y definir el matrimonio como vínculo, adóptase por los escritores formulas muy diversas de sentido jurídico formal, de sentido sociológico o bien de tipo finalista. Las del primer grupo, o sea las de sentido jurídico formal, se fijan exclusivamente en la nota de legalidad. El matrimonio es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley (Baudry-Lacantinerie y Hougues-Fourcade). Las del segundo grupo, de sentido sociológico, giran el rededor de la nota de permanencia. Así Westermarck, buscando un concepto de índole histórico-sociológico, dice que es el matrimonio una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga mas allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura. Entre las del tercer grupo o de tipo finalista, las hay que atienden a la finalidad estrictamente sexual del matrimonio (Kant: Unión de dos personas de diferente sexo para la reciproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales), y

³⁸ Borda, A. Guillermo, *Tratado de derecho civil*, pág. 49.



otras más aceptables, que atienden a la finalidad espiritual e integral. En este último sentido ya las definiciones de los juristas romanos señalaron a 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 moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia, y Kipp y Wolf, al definirlo como la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida. Todas estas definiciones recogen la idea moral del matrimonio, propia de la civilización cristiana y moderna y que inspira las legislaciones positivas. No faltan, por lo demás, definiciones mixtas. En realidad, las tres notas aludidas de legalidad, permanencia y plenitud son otros tantos aspectos parciales de la vida del matrimonio. Reuniéndolas podríamos definir este como la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia. Y si quisiéramos definirlo en su acepción de acto, podríamos decir que el matrimonio es el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre si una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia.”³⁹

2.2. Antecedentes.

“El matrimonio ha ido sufriendo a través de los tiempos un largo proceso evolutivo hacia su perfeccionamiento y dignificación.

La forma más bárbara y más repugnante a la naturaleza, de la unión permanente entre dos individuos de diferentes sexos, es la poliandria, o sea al vínculo simultaneo de una mujer con varios hombres. Sólo muy pocos ejemplos se conocen. Mucho más extendida fue en cambio la poligamia, que supone la unión de un hombre con varias mujeres. Esta es sin duda alguna mucho más compatible con la naturaleza que la anterior. Permite al hombre satisfacer sus apetitos sexuales durante el largo período del embarazo, de lo que esta privado en el matrimonio monogámico y puede así seguir

³⁹ Ob. Cit., t. III, pág. 18.



engendrando hijos; no tiene, además, el inconveniente de la poliandria de hacer incierta la paternidad. Aún así, esta institución es una deplorable forma de barbarie. La poligamia disminuye la dignidad de la mujer, excita la concupiscencia del hombre, es fuente de interminables querellas en las familias, corrompe la moral. La misma naturaleza indica la necesidad de aceptar la unión monogámica; por un misterio que no tiene otra explicación que el designio divino, el número de hombres y mujeres es casi igual. Las estadísticas de todos los pueblos revelan apenas ligerísimas diferencias a favor de uno u otro sexo. ¿No es esto prueba de que cada hombre debe vivir con una mujer?

Todos los pueblos civilizados han adoptado la monogamia; sólo se mantiene aún la excepción de los musulmanes, pues la poligamia esta autorizada por el Corán. Aun así, no es practicada sino por un número muy reducido de personas, pues la forma normal es la singular. En un esfuerzo por combatirla, algunos juristas árabes se han esforzado en demostrar que no obstante que el Corán parece autorizar la poligamia, la condiciona de tal modo que la hace prácticamente imposible para quien practique con honestidad y rigor los preceptos del Libro Santo.

La barbarie primitiva se manifiesta también en la forma del casamiento y en su régimen. Las mujeres se conquistaban por el raptó y la guerra; naturalmente se les aplicaba la ley del vencido. Se encontraban en una situación similar a la esclavitud y su marido tenía sobre ellas derecho de vida y muerte. Todas las tareas manuales pesaban sobre ellas; el hombre sólo se ocupaba de la guerra y de la caza.

La compra de la mujer a sus padres significó un progreso de la civilización, pues la fuerza se reemplazó por la negociación pacífica. Pero no por ello mejoró sustancialmente la situación de la mujer, que siguió sometida a la voluntad omnímoda de su dueño.



En el derecho romano se conocieron tres formas de matrimonio: La confarreatio ceremonia religiosa cumplida en presencia del Flamens Dialis y diez testigos; la coemptio o compra, que al principio fue efectiva y luego meramente simbólica; y el usus, que era la adquisición de la mujer por una suerte de prescripción: bastaba la posesión de ella por un año. En los primeros tiempos, la mujer se encontraba en una situación de absoluta dependencia de la voluntad omnímoda de su marido; más tarde, dulcificadas las costumbres, se inició un proceso de emancipación que la corrupción de la época convirtió en libertinaje. El divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges se hizo frecuentísimo; estalló la unidad y fuerza de la familia primitiva, la vida sexual se volvió licenciosa.

El cristianismo emprendió entonces la tarea de dignificar el matrimonio. Ante todo, le dio carácter sacramental; las consecuencias eran fundamentales, pues teniendo el vínculo una naturaleza sagrada escapa a la voluntad de los esposos. En otras palabras, el matrimonio fue declarado indisoluble. Dignificó a la mujer, elevándola a la condición de compañera y amiga y ordenando a los maridos guardarles fidelidad y amarlas como Cristo amo a la iglesia, y sentó el principio moralizador de que la celebración del matrimonio requiere la libre voluntad de los contrayentes, con lo que combatía no sólo las formas bárbaras de la violencia y la compra, sino también las más evolucionadas pero no menos repudiables de los “matrimonios de conveniencia” concertados por los padres a espaldas de los propios interesados.

Durante muchos siglos el matrimonio y la familia se estructuraron sobre las solidas bases sentadas por la iglesia. Más tarde, los factores de descomposición condujeron a un debilitamiento de la institución; pero en todos los pueblos de civilización occidental la influencia de la moral cristiana sobre la concepción del matrimonio y sobre su régimen sigue siendo decisiva.



Los últimos y más serios ataques contra la institución del matrimonio tal como ha configurado bajo la influencia del cristianismo, han provenido del comunismo ruso y del neopaganismo alemán.

El régimen comunista estableció el casamiento y el divorcio de hecho, es decir, el amor libre. El parentesco de hecho esta reconocido como base de la familia.

Muy desastrosas deben haber sido las consecuencias de esta brutal degradación del matrimonio, cuando el propio régimen ha debido dar marcha atrás. Primero exigió la inscripción del matrimonio y del divorcio; más tarde se han establecido las nupcias formales y el divorcio declarado judicialmente. Finalmente, el estado interviene activamente para evitar la disolución de las uniones.

El neopaganismo alemán fue la filosofía de un momento de soberbia y extravío. Adopta un panteísmo evolucionista, Dios es el cosmos viviente, es el hombre y para el hombre que adquiera conciencia de sí mismo. Es necesario desarrollar plenamente la personalidad humana y todas sus fuerzas vitales, destruyendo los prejuicios y los obstáculos que se opongan en ese camino; sólo así se formará una raza fuerte capaz de dominar el mundo y vencer sobre todos. El matrimonio cristiano que se concibe como un derecho natural al que tiene acceso tanto los sanos y fuertes como los deficientes, tiene que ser superado. El engendramiento debe ser el resultado de una cuidadosa selección científica, no interesa, pues, tanto la unión estable del matrimonio como la unión de las mejores madres y los mejores padres. Además, la formación de una raza superior exige una educación altamente tecnificada, que solo puede estar en manos del organismo estatal, la familia pasa pues a segundo plano en el orden formativo del espíritu de los hijos.

Es necesario decir, sin embargo, que estas exageraciones de algunos teóricos del nacionalismo no llegaron a destruir la familia alemana ni se tradujeron en una legislación coherente. Empero, se dictó bajo su influencia la ley del 14 de julio de 1933



sobre esterilización de deficientes, la del 15 de septiembre de 1935 sobre la defensa de la sangre y del honor alemanes, la del 18 de octubre de 1935 sobre el certificado prenupcial de que no se padecía ninguna enfermedad contagiosa o hereditaria peligrosa o de trastorno mental, y la del 6 de julio de 1938 que prohibió el matrimonio entre arios y judíos.

La derrota alemana en la segunda guerra mundial y la consecuencia derrota del hitlerismo pusieron término a esta nueva desviación pagana.”⁴⁰

2.3. Características.

Como toda institución, ya sea de origen social o jurídico, el matrimonio tiene características que lo distinguen, le dan forma y lo hacen especial frente a otras que son de uno u otro origen.

2.3.1. Implica una unión del hombre y la mujer.

Unión que se traduce en derechos y deberes recíprocos. Para fortalecerla, la ley procura una división de trabajo y de potestades, y en determinados casos, concede la decisión preponderante a uno de los esposos, generalmente al marido.

2.3.2. Es una unión permanente.

Este carácter se manifiesta aún en los países que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando dos personas se casan, lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depare el destino, y aunque más tarde se divorcien y vuelvan a contraer nuevas nupcias, hay siempre en la institución un íntimo connatural sentido de permanencia.

2.3.3. Es monogámica.

Aunque algunos pueblos conservan todavía la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de singularidad. Y no

⁴⁰ Borda, **Ob. Cit.**, pág. 52-56.



solamente no se concibe más que un solo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual con otra persona que no sea su cónyuge. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución.

2.3.4. Es legal.

No basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia, como en el caso del concubinato, o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley. Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de ésta. Es claro que la noción del matrimonio no se agota aquí, pues por encima de lo legal esta su substancia moral y religiosa. De ahí que las normas jurídicas, religiosas y morales se disputen el dominio en esta materia y que, como lo observa Guillermo Borda citando a De Ruggiero y a Modestino: “Una de las características más salientes de la historia de la institución es la lucha mantenida entre la iglesia y el estado afirmando su derecho exclusivo a regularla; hace ya muchos siglos, Matrimonio es la unión del marido y la mujer y la fusión de toda vida y comunicación del derecho divino y humano.”⁴¹

2.4. Contenido de la ley respecto a la celebración del matrimonio.

Nuestra legislación civil, al referirse al matrimonio, regula tanto requisitos personales como formales y solemnes; tanto para mayores como para menores de edad y dado que para el presente trabajo es de vital importancia tratar por separado lo relativo al matrimonio de menores de edad, en este apartado se tratara únicamente lo relativo al matrimonio de mayores de edad; tomando en consideración lo expuesto por estudiosos del derecho.

2.4.1. Requisitos personales.

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

⁴¹ *Ibid*, pág. 50 y 51.



deberían ser determinantes de esta, aunque en la práctica pueda no suceder así, sin perjuicio de los efectos nugatorios posteriores.

2.4.1.1. Capacidad.

“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 podría alcanzar uno de los objetivos básicos del matrimonio, como es la procreación; la aptitud intelectual, porque el matrimonio supone un estado permanente de responsabilidades y deberes que sólo encontrándose en el pleno goce de las facultades intelectivas es posible atender y comprender; y la 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.”⁴²

A este respecto, nuestro Código Civil establece: “Artículo 81.- **Aptitud para contraer matrimonio.** La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio...”

2.4.1.2. Impedimentos para contraer matrimonio.

Para Vásquez Ortiz, “se denominan impedimentos, los hechos o circunstancias que constituyen obstáculos legales para la celebración del matrimonio. Los impedimentos se producen cuando no se han llenado los requisitos que la ley exige para la validez del matrimonio; sin hechos anteriores a éste. El matrimonio que se celebra existiendo impedimentos, es nulo y, cualquier interesado puede pedir que se declare dicha nulidad”.⁴³

⁴² Fonseca, Gautama, **Curso de derecho de familia**, pág. 61.

⁴³ **Ob. Cit.**, Pág. 131.



La teoría de los impedimentos matrimoniales tuvo su origen en el derecho canónico, el cual hizo de los mismos una clasificación que alcanzó aceptación universal, dicha clasificación los divide en dos categorías, dependiendo de su gravedad, así:

- Impedimentos dirimentes.
- Impedimentos impidientes.

Aunque la facultad de contraer matrimonio las leyes la extienden liberalmente a fin de que pueda ejercerla el mayor número posible de individuos, sin embargo, especiales motivos de moralidad o de interés público, inducen a prohibir su celebración a ciertas personas o entre ciertas personas, o a romper el lazo indebidamente formado; acerca de la cual versa el asunto relativo a los impedimentos, lo que se define diciendo que con determinadas causas que conforme a la ley estorban en el matrimonio u ocasionan su anulación.

De esto resulta que existe una división para diferenciar esas causas que impiden el matrimonio: unos, los denominados impidientes, relativos o prohibitivos, que consisten en prohibiciones de la ley para la celebración del matrimonio, pero que no entrañan su nulidad en la hipótesis de que se efectúe a pesar de la prohibición a que esté sometido; y otros, los denominados dirimentes, absolutos o anulatorios, que constituyen causales de cuya virtud se produce la invalidación del matrimonio.

2.4.1.2.1. Impedimentos dirimentes.

Se deriva de dirimunt que significa anular. Están constituidos por aquellas prohibiciones cuya violación produce la nulidad del matrimonio. Es el obstáculo canónico o legal que se opone a la celebración de un matrimonio, o que lo anula si se ha contraído, no son dispensables. La misma legislación canónica los dividió en absolutos y relativos.



Impedimentos dirimentes absolutos. Son aquellos que colocan a una persona en la imposibilidad de celebrar con cualquier otra, o sea que la persona no puede contraer matrimonio.

Impedimentos dirimentes relativos. Son aquellos que impiden a una persona contraer matrimonio con persona determinada.

Tomando en cuenta lo versado por el derecho canónico y lo establecido por las normas legales; pueden clasificarse como impedimentos dirimentes los regulados en el Artículo 88 del Código Civil: “Casos de insubsistencia. Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio: 1º. Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medio hermanos; 2º. Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y 3º. Las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su convivientes, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.”

2.4.1.2.2. Impedimentos impidientes.

“Están 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, es decir, son relativos, impiden la celebración del matrimonio, pero si éste se ha celebrado, las partes pueden pedir la dispensa del impedimento, si así lo desean, y una vez que se ha concedido, éste tiene toda su validez quedando firme.”⁴⁴

Tomando en cuenta lo anterior, pueden clasificarse como impedimentos impidientes, los regulados por el Código Civil en el “Artículo 89. Ilícitud del matrimonio. No podrá ser autorizado el matrimonio: 1º. Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor; 2º. Del 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

⁴⁴ *Ibid*, pág. 137.



patria potestad o la tutela; 3°. 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 declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de éste término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno; 4°. Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que éste bajo su tutela o protutela; 5°. 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; 6°. Del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquellos, ni garantizar su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona; y 7°. Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

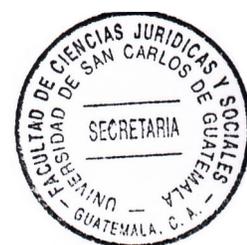
2.4.1.3. Consentimiento.

“El estudio de este requisito se hace 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.”⁴⁵

“El consentimiento es uno de los más importantes requisitos personales para la validez del matrimonio. En tal grado que, por ejemplo, el código civil francés dispone que no hay matrimonio cuando no hay consentimiento. En el hombre y en la mujer debe existir la voluntad consciente y libre de unirse en matrimonio. Puede definirse como 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.”⁴⁶

⁴⁵ Brañas, **Ob. Cit.**, pág. 135.

⁴⁶ Puig Peña, **Ob. Cit.**, pág. 157.



2.4.2. Requisitos formales y solemnes.

En la legislación moderna, se ha regulado cuidadosamente lo que concierne a los requisitos formales cuyo cumplimiento es necesario previamente al acto matrimonial en sí. A ello responde la iniciación y tramitación del expediente respectivo ante el funcionario autorizante, con el objeto esencial de que la prueba escrita o documental respalde a la manifestación de voluntad de los contrayentes.

Según Fonseca, citado por Brañas, “Las formalidades cumplen en el matrimonio un papel principalísimo, porque facilitan la prueba del acto; porque impiden que éste se realice en forma precipitada, esto es, sin tomar en cuenta todas sus consecuencias y porque fijan de modo preciso toda la gama de supuestos o requisitos que deben concurrir para que surja el vínculo conyugal, y producen el efecto de que hacen cierta su concurrencia tanto en relación al tiempo como a las personas. Si bien es cierto que en la actualidad se advierte en muchas legislaciones una atenuación del rigor formal que siempre ha caracterizado al matrimonio, no puede negarse que por amplias que sean las concesiones a la libertad individual que tal hecho implique, el connubio continúa siendo un acto jurídico esencialmente solemne.”⁴⁷

2.4.2.1. Requisitos formales.

“Expediente matrimonial. 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.”⁴⁸

En cuanto a la iniciación y tramitación del expediente, interesa señalar que de acuerdo al Artículo 92 del Código Civil, 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 les otorgue esa facultad.

⁴⁷ **Ob. Cit.**, pág. 138.

⁴⁸ **Ibid**, pág. 139.



Con propiedad, de acuerdo al Artículo 93 del Código Civil, 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, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona.

El Código Civil, en los Artículos 94, 95, 96 y 97, dispone la forma de proceder en el caso de quien pretende contraer matrimonio sea menor de edad, o hubiese sido casado, o sea extranjero o guatemalteco naturalizado, así como, salvo en el caso previsto en la última parte del Artículo 97, 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 a la descendencia, o que no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación.

Según establece el Artículo 91 del Código Civil, sí el funcionario que interviene en el acto tuviere conocimiento de la existencia de algún impedimento legal, ya por razón de oficio o por denuncia del Ministerio Público o de cualquier persona, ordenará 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, quedará sin efecto. Este precepto legal tipifica lo que en doctrina se denomina oposición al matrimonio.

Dispone el Código que contra los actos y providencias del funcionario que deba celebrar el matrimonio, que pongan obstáculos a su celebración, podrán ocurrir los interesados a los jueces correspondientes, quienes en vista de las justificaciones que



se les presenten resolverán lo que proceda, sin demora alguna (Art. 106). La razón de ser de ese precepto es clara: impedir que el funcionario se transforme irrecurriblemente, por razones no justificables, en valladar para la celebración del matrimonio.

2.4.2.2. Requisitos solemnes.

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

La ceremonia de la celebración del matrimonio es el acto solemne con el que culminan las diligencias iniciadas a ese efecto. Planiol y 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. “En el antiguo derecho, la iglesia católica había establecido la solemnidad del matrimonio. El derecho moderno de casi todos los países la ha considerado. Nada señala mejor el carácter de institución civil del matrimonio que esa intervención de la autoridad pública y la palabra celebración que ha sido conservada. Se puede observar también que la ley civil otorga en la ceremonia un papel más importante al oficial 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 sólo otorga la bendición nupcial.”⁴⁹

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 112 del Código Civil; recibe de cada uno de los contrayentes su consentimiento expreso de tomarse, respectivamente, como marido y mujer, y, en seguida, los declara unidos en matrimonio (Art. 99).

⁴⁹ Ob. Cit., t. II pág. 156 y 163.



De acuerdo a los Artículos 99 y 100 del Código Civil, el funcionario que celebre el matrimonio, debe levantar 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 le presenten los contrayentes.

Como parte también de los requisitos solemnes, regula el Código Civil en el Artículo 101 lo siguiente: “Las actas de matrimonio serán asentadas en un libro especial que deberán llevar las municipalidades. Los notarios harán constar el matrimonio en acta notarial que deberá ser protocolizada, y los ministros de los cultos, en libros debidamente autorizados por el Ministerio de Gobernación.

“Mediante el cumplimiento de los requisitos formales y solemnes para la celebración y consecuente validez del matrimonio, la ley persigue que los cimientos de éste sean inmovibles en razón de la prueba del acto, en cuya realización interviene no sólo el consentimiento de los cónyuges sino la fe pública del funcionario llamado a autorizar el matrimonio, que han de manifestarse hasta después de haberse completado el expediente matrimonial.”⁵⁰

2.5. Derechos y deberes que nacen del matrimonio.

“Inicialmente debemos entender por derechos, las facultades que les asisten a los cónyuges de conformidad con la ley; y por deberes, aquellas atribuciones que la ley da a los cónyuges como efecto del matrimonio.

Tanto derecho como deberes, surgidos del matrimonio, tienen características genéricas, las cuales son:

⁵⁰ Brañas, **Ob. Cit.**, pág. 142.



- Fundamentalmente son de carácter moral y solo son incorporadas al derecho en una limitada medida en que es posible lograr su sanción y efectividad por los medios legales.
- Son normas de orden público, en su gran mayoría de inexcusable observancia.
- Son recíprocos.
- Son irrenunciables.
- Son de carácter positivo.
- Son de marcado carácter ético.”⁵¹

Antes de individualizar los derechos y deberes que surgen como efecto del matrimonio para la mujer y para el varón, cabe señalar los que son comunes a ambos:

1. De acuerdo al Artículo 78 del Código Civil, y aunque generalmente son aceptados como fines del matrimonio, al consolidarse el mismo, ambos cónyuges se obligan a vivir juntos, esto es, hacer vida en común; 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); y auxiliarse entre sí.

2. Artículo 109. “La representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar; de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar.”

3. Artículo 110 último párrafo. “...Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de estos últimos.”

Con ocasión del matrimonio y cuando se ha dado la procreación, surgen también derechos y deberes tanto del hombre como de la mujer, así encontramos:

⁵¹ Vásquez Ortiz, **Ob. Cit.**, pág. 127.



4. Artículo 252. “la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”

5. Artículo 253. “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.”

6. Artículo 254. “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.”

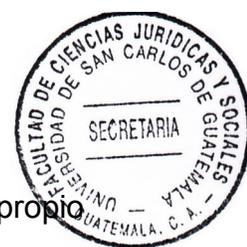
7. Artículo 283. “Están obligados recíprocamente a darse alimentos, los cónyuges, los ascendientes, descendientes...”

8. Artículo 135. “De las obligaciones que contraiga 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.”

9. Artículo 138. “Los gastos que causaren las enfermedades, así como los que se originen por funerales y lutos a consecuencia de la muerte de un cónyuge o de los hijos de ambos, se reputan deudas comunes del matrimonio, por las cuales son responsables los bienes propios de los cónyuges, en el caso de ser insuficientes los comunes.”

2.6. Derechos y deberes de la mujer.

Señala el Código Civil, como deberes y derechos de la mujer, en su orden:



1. Artículo 108. “Por el matrimonio, la mujer tiene el derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo siempre, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio.”

2. Artículo. 111 “La mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; pero si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, la mujer cubrirá todos los gastos con los ingresos que reciba.”

3. Artículo 112. “La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos del marido, por las cantidades que correspondan para alimentos de ella y de sus hijos menores.”

4. Artículo 129. “Corresponde exclusivamente a la mujer el menaje del hogar conyugal, exceptuándose únicamente los objetos de uso personal del marido.”

2.7. Derechos y deberes del varón.

Señala el Código Civil como derechos y deberes del varón en el matrimonio los siguientes:

1. Artículo 110. “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...”

2. De acuerdo al Artículo 112 último párrafo, el marido tendrá derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos de la mujer, en los casos en que la mujer tenga la obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia.

3. Surgen como efecto del matrimonio, en caso de haber procreado, otras obligaciones para el varón, tal es el caso de los alimentos que debe brindar tanto a la mujer como a los hijos, así lo dispone el Artículo 286 del Código Civil: “De las deudas que la mujer se



vea obligada a contraer para alimentos de ella y de los hijos, por no proporcionar el padre lo indispensable para cubrirlos, será éste responsable de su pago en la cuantía necesaria para ese objeto.”

2.8. Matrimonio de los menores de edad.

2.8.1. Generalidades.

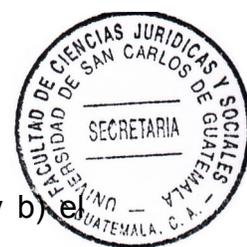
Entre los dos modelos de matrimonio que ha ofrecido la cultura occidental, el romano y el canónico, no cabe la menor duda que ha sido el modelo canónico el que ha sobrevivido influyendo decisivamente en la formación de los sistemas matrimoniales civiles en el mundo occidental.

Es evidente que el actual carácter aconfesional de los estados ha alejado al matrimonio civil de los fundamentos metajurídicos en que se inspira el sistema matrimonial canónico. No obstante, la técnica jurídica canónica continúa presente en la mayor parte de las categorías jurídicas utilizadas por el legislador civil. No sólo la primacía del consentimiento, como pilar fundamental de la confección del matrimonio, sino también los requisitos de capacidad o la formalización del matrimonio continúan presentes en la arquitectura legal del matrimonio civil.

2.8.2. El derecho a contraer matrimonio “ius connubii”.

El Ius Connubii es un derecho generalmente reconocido en la actualidad con carácter universal. La Declaración Universal de Derechos Humanos declara que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La edad constituye, por tanto, un requisito de capacidad para contraer matrimonio. En el derecho romano ya se utilizaron dos criterios distintos: a) la



adquisición personal e individual de la aptitud para el matrimonio (pubertad); y b) el cumplimiento de la edad establecida legalmente.

2.8.3. La capacidad de las partes: presupuestos físicos y psíquicos.

“El requisito de la edad, presupone la necesidad de poseer la correspondiente capacidad biológica y psicológica para realizar el compromiso matrimonial. Desde que el consentimiento se ha convertido en un acto personal y necesario para contraer matrimonio, se ha planteado la necesidad de una capacidad psíquica para acceder al matrimonio. Nuestro Código Civil, establece que podrán contraer matrimonio, el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización correspondiente. Ciertamente la Declaración Universal de Derechos Humanos añade que sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.”⁵²

Según la teoría psicológica clásica, el consentimiento, para ser válido, debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad. De ahí que el error, el dolo y la violencia, que afectan aquellos elementos internos de la voluntad, vician los actos jurídicos. Naturalmente, estos principios son aplicables al matrimonio, como a todo otro acto.

No es verdad que el discernimiento sea un requisito del matrimonio válido. Nuestra ley lo autoriza desde los 16 años para los varones y 14 para las mujeres y aun antes, con el límite de 12 años, si la mujer hubiera sido víctima de alguno de los delitos comprendidos en los Artículos 173 al 187 del Código Penal y sin límite alguno, si la mujer hubiere quedado encinta. “Es indudable que a los 14 años y con mayor razón aún si tiene menos edad, una criatura carece del desarrollo intelectual suficiente para apreciar el significado y trascendencia del acto, las responsabilidades de padre o madre de familia, las dificultades y problemas de la convivencia.”⁵³

⁵² Souto Paz, José Antonio, **Concepto de matrimonio y el ius connubii**, <http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000443.doc>.

⁵³ Borda, **Ob. Cit.**, pág. 113.



El matrimonio no es solamente un problema de sexo y desarrollo físico, sino también de desarrollo mental. Brañas, se refiere a este aspecto en cuanto que “las edades señaladas para que un menor pueda contraer matrimonio pueden considerarse como aquellas que para el legislador determinan la aptitud para la procreación. Si la pubertad coincide con las edades de 14 y 16 años, ello significa que la propia naturaleza señala que a esa edad es factible la unión de sexos y, por tanto, el matrimonio. Es imposible negar el derecho a casarse a una mujer encinta. Y no por embarazada tendrá mayor discernimiento. La validez del matrimonio no depende pues de la existencia de discernimiento, sino de que la ley reconozca capacidad para contraerlo”.⁵⁴

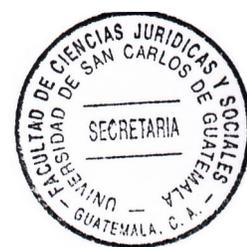
“La consideración del matrimonio como un contrato exigirá la aptitud necesaria (uso de razón) para conocer y querer el acto jurídico que va a realizar. La capacidad psíquica sería, en este caso, común a la capacidad general para contratar. Además, será necesario una capacidad o madurez de juicio proporcionada a las obligaciones conyugales que se asumen por la prestación del contrato matrimonial.”⁵⁵

“La ley entonces, da primordial importancia a la aptitud física (posibilidad de engendrar) como determinante para la celebración del matrimonio, es decir, de la aptitud para contraer matrimonio. Este criterio es discutible. En efecto, para el buen suceso de la unión conyugal es innegable que otros factores o circunstancias -sereno discernimiento, medios económicos razonables para el sostenimiento del hogar, experiencia- concurren, o deben concurrir, es la estabilidad de la unión, más, podría decirse que la tradición romana y el código tratan de facilitar fundamentalmente, que, dada la aptitud física de engendrar, si esto ocurre la nueva familia pueda surgir bajo la protección del marco legal de un matrimonio.”⁵⁶

⁵⁴ **Ob. Cit;** pág. 128.

⁵⁵ Souto Paz, **Ob. Cit.**

⁵⁶ Brañas, **Ob. Cit;** pág. 123.



2.8.4. Autorización.

Si bien la ley permite, más que todo por razones biológicas y morales, el matrimonio de los menores de edad, es obvio que su falta de experiencia y de desarrollo mental, los expone a serios peligros. Con el fin de prevenirlos, se exige 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 hijo adoptivo; y en su caso, a falta de padres la autorización del tutor (Artículo 82 del Código Civil). En el caso de no poder obtener la autorización conjunta del padre y de la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de ellos; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez (Artículo 83 del Código Civil). Pero bien entendido que estas personas no tienen, en este caso, funciones de representación legal, sino de asistencia. No actúan a nombre del menor, puesto que son éstos quienes deben dar personalmente su consentimiento. Pero esta manifestación de voluntad no es suficiente por sí sola, para que produzca todos sus efectos legales es menester que sea completada por la autorización aludida.

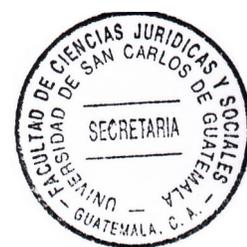
Para la celebración formal del matrimonio de los menores de edad, éstos deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores, o presentar autorización escrita de ellos, en forma autentica, o judicial si procediere y, además, las partidas de nacimiento o, si ésto no fuere posible, certificación de la calificación de edad declarada por el juez (Artículo 94 del Código Civil).

La autorización judicial, denominada dispensa judicial, podrá ser otorgada en caso de que no pueda obtenerse la autorización de ninguno de los padres, en caso de desacuerdo entre los mismos o de la negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren razonables (Artículos 83 y 84 del Código Civil). A este respecto, el Código Procesal Civil y Mercantil, establece en su Artículo 425: “En los casos en que, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, puede el juez suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores para que pueda contraer matrimonio un menor, la solicitud de éste se



tramitará en forma de Incidente con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del opositor. Rendida la prueba, el juez, previos los informes que crea convenientes, concederá o negará la licencia. La resolución es apelable. Si antes de otorgar la licencia prestaren su consentimiento el padre, la madre, los abuelos, o el tutor, en su caso, del que la haya pedido, se sobreseerá el expediente.”





CAPÍTULO III

3. Estado y constitución.

3.1. La Constitución.

“Todos los entes, comunidades o instituciones en general que forman parte del orden jurídico, se rigen por un complejo de normas jurídicas que son impuestas unas veces, a sus integrantes, en forma coactiva por órganos especializados, y otras acatadas voluntariamente por los mismos. Cuando estas normas rigen la vida del estado, organizando sus poderes, delimitando sus funciones y estableciendo los derechos y garantías de los habitantes y del Estado, reciben el nombre de constitución. Aquí su concepto como punto de partida.”⁵⁷

“Cuando se habla de constitución, se esta refiriendo al principio de organización que permite identificar aquello en que consiste el estado como unidad política. En un sentido total el Estado no tiene una Constitución, sino que es una constitución, formada por tres segmentos o estructuras, a saber la costumbre constitucional, que se expresa en la conducta del pueblo o en la practica de los órganos de gobierno; la ideología constitucional, que constituye el sentido común social o el espíritu del pueblo hecho de valores sociales y la normativa constitucional, hija de la lucha histórica que se encarna en la Constitución positiva del Estado. La referida Constitución Política del Estado es la materia del derecho constitucional (su objeto), el cual puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas de competencia suprema en un Estado. Dice que es un conjunto porque las normas de la constitución no están aisladas, sino integradas a un sistema en forma de estructura: se trata del sistema constitucional. La función del derecho constitucional como sistema es la de articular la unidad del ordenamiento jurídico a fin de posibilitar la organización política del Estado y su recreación.”⁵⁸

“El concepto de constitución es uno de los más difíciles y disputados, abarca múltiples aspectos, no sólo jurídicos, de todo ordenamiento estatal. Según un concepto

⁵⁷ Enciclopedia jurídica omeba, t. III, pág. 1024, 1025.

⁵⁸ Quiroa Lavié, Humberto, Curso de derecho constitucional, pág. 1 y 2.



amplio, la Constitución coincide con la estructura organizadora de un grupo social y por tanto en el caso del Estado, también con la organización de su comunidad. Tal organización asumiría carácter jurídico, y no de mero derecho, en cuanto fruto de una autodisciplina social que transforma la fuerza en poder, poder que puede calificarse jurídico, supremo. La Constitución es, pues, disciplina del supremo poder constituido que se refleja en las diversas entidades a las que todo ordenamiento reconoce la titularidad del poder, variando en concreto de Estado a Estado (según la forma de Estado y de gobierno). Formular listas de normas indispensables (por ejemplo relativas a las finalidades que caracterizan la forma de Estado, a la titularidad el poder soberano, a los criterios respecto a la institución y competencias de los órganos fundamentales y a sus relaciones, a las que median entre gobernantes y gobernados, a la posición del individuo y de los grupos, etc.), es a veces, ilusorio, porque toda la Constitución parece elegir (formal y sustancialmente) sus propios criterios positivos que destacan cómo tales enumeraciones responden a juicios de valor opinables que valen sólo para quienes los sostienen y no, necesariamente, para cualquier ordenamiento”.⁵⁹

“La constitución es el conjunto de reglas fundamentales que organizan la sociedad política, estableciendo la autoridad y garantizando la libertad; es el sentido amplio de esta palabra; o sea, como conjunto de leyes que regulan su vida y acción. Pero en el sentido estricto, la Constitución exige la norma especial, votada por la nación, y aplicada en forma regular, principalmente en el conjunto de derechos y de deberes establecidos en forma general y particularmente para cada ciudadano.

La constitución es la cúspide jerárquica entre las leyes; o, si se prefiere situarse en la solidez de la estructura jurídica, la base de la pirámide del derecho positivo. Nada goza de auténtica legalidad si es inconstitucional en un Estado de Derecho, que cuanto además con una judicatura competente. Pero la ley de leyes muestra invalidez casi absolutamente en cuanto a la eficacia inmediata, porque tal vez ninguno de sus preceptos rige por la sola inscripción en uno de los artículos constitucionales. Y es que

⁵⁹ De Vergottini, Giuseppe, **Derecho constitucional comparado**, pág. 130-132.



cada uno de ellos exige las andaderas de una ley especial que lo desarrolle y que le de vida; aún cuando en ocasiones, por previa vigencia de tales cuerpos legales, la Constitución que lo ratifica cuenta ya con dinamismo de efectiva aplicación. Ese necesario complemento de la legislación especial es válvula reguladora del sentido de las previsiones constitucionales, que puede, a través de la misma, experimentar restricciones y hasta desconocimiento de los principios inscritos en la Carta Magna.

Así, la Constitución, no pasa de constituir un programa político nacional, que para conseguir realidad, precisa la coexistencia de leyes, menores en jerarquía pero con mayor vitalidad, y la de actos de gobierno en ella inspirados y que la reflejen. El cuerpo formado por los constituyentes, o por las constituyentes, requiere animarlo con el espíritu del legislador común, árbitro en definitiva de sus alcances concretos. En síntesis, el texto constitucional es más un mandato de legislar que una norma aplicable por los tribunales como derecho vigente. De tal manera, si la Constitución requiere para aplicarse leyes especiales; estas son nulas si no se ajustan a aquel crisol jurídico.”⁶⁰

“La constitución es un cuerpo de normas jurídicas fundamentales del Estado, relativas a la institución, organización, competencia y funcionamiento de las autoridades públicas, a los deberes, derechos y garantías de los individuos y al aseguramiento del orden jurídico que por ella se establece”.⁶¹

“La Constitución se define de dos formas, a saber:

a) Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado. Parte del supuesto de que toda sociedad organizada ha de estar constituida mediante normas legales o consuetudinarias encaminadas a establecer un orden de gobierno, aunque sea autocrático; por cuanto, sin la existencia de esas normas -incluso si tiene su origen en un hecho de mera fuerza-, no podría subsistir una vida en comunidad.

⁶⁰ Cabanellas Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 315-317.

⁶¹ Couture, Eduardo J., **Vocabulario jurídico**, pág. 169.



b) Ley fundamental de la organización de un Estado. Es la ley o conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización de un Estado, y que tienen que ser establecidas por la nación misma; ya sea por votación o por aplicación, indiscutida y respetada de la costumbre. Dichas leyes o reglas fundamentales tienen por finalidad fijar y limitar las facultades que el pueblo impone a los gobernantes que elige. De acuerdo a esta definición, es de señalar que ninguna de las leyes o normas legales que se dicten para regular aspectos concretos de la vida nacional puede estar en oposición con las normas constitucionales, so pena de nulidad, derivada precisamente de su inconstitucionalidad; porque, de otro modo, la Constitución resultaría letra muerta y violado el principio de su supremacía.”⁶²

“La Constitución es el conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización y las relaciones entre los poderes públicos, y fijan los grandes principios del derecho Público de un Estado.”⁶³

“La constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que: a) establece su forma y la de su gobierno; b) crea y estructura sus órganos primarios; c) proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales y d) regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados.”⁶⁴

3.2. La supremacía constitucional.

Uno de los principios fundamentales que informa el derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico esta la constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y para gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

⁶² Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 159.

⁶³ Capitant, Henri, **Vocabulario jurídico**, pág. 155.

⁶⁴ Burgoa, Ignacio, **Derecho constitucional mexicano**, pág. 327.



La superlegalidad constitucional se reconoce con absoluta precisión en tres Artículos de la Constitución Política de la República; el 44 establece: “serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”; el Artículo 175 establece: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure” y el 204 establece: “los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observaran obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

Los medios jurídicos por los que se asegura la superlegalidad de las normas fundamentales que rigen la vida de la República están la acción de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad de ley en caso concreto y el amparo. Cuando los actos del poder público se realizan fuera de la competencia prevista en la Constitución sin cumplir con los requisitos establecidos en ella, es procedente poner en funcionamiento la actividad de la justicia constitucional para restablecer la supremacía constitucional a fin de asegurar el régimen de derecho. La justicia constitucional en Guatemala, se imparte tanto por los jueces ordinarios constituidos en Tribunal de amparo o en Tribunal Constitucional y por la Corte de Constitucionalidad.

La supremacía constitucional comprende el hecho de que las normas jurídicas deben sujetarse a la constitución, las que son ordenadas dentro de una estructura jerárquica que las hace estar subordinadas una a otras. Las leyes calificadas como constitucionales, a pesar de regular la misma materia que la Constitución, son normas inferiores y, dentro del orden jerárquico existente, deben sujetarse a ella.

“La supremacía de la Constitución es la doctrina según la cual las normas de la constitución prevalecen sobre todas las demás, de tal suerte y manera que, cualquier disposición de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones administrativas, sentencias, negocios jurídicos, etc., que no estuvieren de acuerdo con la constitución,



carecen de validez y corresponde declarar la nulidad, o mas propiamente, hablando en el lenguaje de esta ciencia: su inconstitucionalidad.”⁶⁵

La supremacía de la Constitución constituye el aspecto o elemento jurídico de la soberanía, cuando ésta adquiere formas orgánicas de manifestación mediante el poder constituyente, y por esa causa todo otro poder y toda otra autoridad se hallan sometidos o subordinados a la normación constitucional vigente, ya se trate de un poder del gobierno o de otra autoridad funcional, porque todos ellos tienen origen en la Constitución y, en tal carácter, son siempre poderes constituidos. El gobierno ordinario nace de la Constitución, que lo crea, organiza y reglamenta. Los poderes que lo forman son, sin excepción, poderes constituidos y subordinados al poder constituyente. No esta demás tener presente que la supremacía o, si se quiere, soberanía constitucional, es la única forma de lograr para el individuo “seguridad”. Esa protección la necesita el individuo no sólo contra los abusos provenientes de la autoridad legítima o ilegítimamente ejercida, sino también contra la sociedad misma, o una parte de ella en trance de oprimir al resto.

“Imaginemos un Estado como el nuestro en el cual las leyes ordinarias, reglamentarias e individualizadas, tuvieran la misma jerarquía y, por ende, el mismo valor todas las normas jurídicas; si ello existiera traería una terrible anarquía, inseguridad y confusión. Por eso, surge la imperiosa necesidad de la gradación jerárquica de las distintas especies de normas que imponen el principio de unificación y de fundamentación del orden nacional. Además señala que Kelsen (Teoría Pura del Derecho), decía: El derecho regula su propia creación, en cuanto a que una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. La unidad de todo sistema jurídico lo constituye, precisamente, la norma de mal alto grado, la norma básica o fundamental, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico de una nación y la legitimidad de la autoridad. Es la Constitución, el nivel más alto dentro del derecho nacional, la premisa mayor de

⁶⁵ Ramírez Gronda, Juan D., **Diccionario jurídico**, pág. 285.



la que las demás normas jurídicas derivan sus conclusiones, fuente en donde las leyes corren por su cauce. La ley fundamental cuya función consiste en regular los órganos y el procedimiento de la propia producción jurídica general, la cual, en algunos casos prescribe su contenido.”⁶⁶

Por tanto, la Constitución esta en la cúspide del orden jurídico nacional y esa supremacía de la Constitución en el Estado, confiere a ésta la cualidad de medida y sustento superior de la regularidad jurídica.

Es la Constitución el fundamento del orden jurídico total de una nación, unificándolo, la cumple la Constitución, a través de una doble vía. Una, declarando e instituyendo los órganos de acción y de sanción del derecho en una relación jerárquica de competencias. La otra, determinando el contenido o desarrollando el ordenamiento jurídico.

La naturaleza de ese carácter fundamental, de ese rango superior de la Constitución, se expresa en una serie de características:

- a) Sea por su carácter solemne de su promulgación o por el estilo, forma o contenido de sus expresiones;
- b) Porque establece los valores vinculantes de una comunidad, ordenando la conexión o coordinación de los órganos de poder con las instituciones y fuerzas efectivas del orden social;
- c) Siendo la Constitución la estructura esencial del orden, la tendencia a asegurar su estabilidad, como salvaguarda de los principios que en ella se formulan, incita a dificultar su transformación, bien sometiendo su reforma a un procedimiento específico

⁶⁶ Polo Bernal, Efraín, **Manual de derecho constitucional**, pág. 13 - 16.



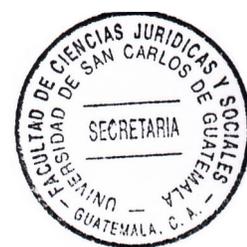
de particular dificultad, bien prohibiendo ésta por un tiempo dado o la reforma de algunos principios o instituciones establecida por la Constitución y;

d) Las actuaciones u ordenaciones que discrepen o controvertan los fundamentos constitucionales se someterán a su enjuiciamiento. De aquí que el control de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de cualquier acto o ley es una consecuencia del carácter fundamental de la Constitución que resulta de la necesidad de limitar el poder por el derecho, el cual es inherente a la esencia del Estado de Derecho. Todos los poderes deben mantenerse dentro de la órbita de sus competencias y obedientes a las normas que a través de la Constitución fijó el poder constituyente.

De lo anterior dicho se puede afirmar que formalmente la Constitución es suprema como resultado de su condición escrita y de su rigidez que la abrigan contra cualquier acto de los poderes estatales que la quieran destruir o contradecir. Asimismo, materialmente es suprema, por cuanto a que es la expresión originaria de la soberanía del pueblo, por lo que ninguna autoridad puede colocarse encima de ella, ni trasponer o delegar la competencia que le fue por ella asignada.

Un elemento fundamental en la Constitución es su supremacía como aparato regulador del comportamiento político. La idea del Estado Constitucional impone que la Constitución, ocupando la cúspide del orden jurídico estatal, revista el carácter de la ley suprema del país, conformándose así el principio de supremacía de la Constitución, que descansa en el presupuesto de la distinción entre el poder constituido, inmerso al sistema de las constituciones rígidas.

Hay que hacer notar que sea que fuere escrita o consuetudinaria, es un principio universalmente admitido que la Constitución es la ley suprema del Estado; la que viene a condicionar a todas las autoridades, quienes no tienen más poderes que los que autoriza la Constitución.



3.3. Estado de derecho.

Guillermo Cabanellas dice al respecto que “desde una posición simplista, e incluso absolutoria de excesos y abusos autocráticos, se proclama que la expresión es en cierto modo redundante, porque todo Estado es creador del derecho que en el mismo rige; y que, escrito o consuetudinario, en todos los pueblos existe un régimen jurídico. Sin embargo, calificando ética y socialmente al derecho que no se considera tal cuando no tiene por espíritu lo justo, lo equitativo y lo bienhechor, por Estado de Derecho se entiende aquella sociedad, políticamente organizada, donde la ley esta sobre los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos. En la actualidad exige la existencia y la vigencia de una Constitución; y, en otros tiempos, un estatuto tradicional de equilibrio entre los poderes, que se cumple o que, si se infringe, lleva consigo las consiguientes reparaciones privadas o las sanciones criminales previstas. No pueden calificarse de Estados de Derecho, ni pueden serlo los regímenes totalitarios ni otras especies de tiranías, dictaduras o autocracias con predominio avasallador y la infabilidad política de un caudillo, soberano o partido único. Por el contrario, sí lo son honrados gobiernos provisionales que ponen término a aquellos regímenes y se trazan, como permanencia en el Poder, el lapso preciso para calmar las pasiones, reeducar a la ciudadanía; aunque gobiernen sin parlamento, legislen por Decretos-Leyes y procedan a nombramientos en las jerarquías judiciales; pero con respeto de los derechos supremos de la dignidad humana. No configura un Estado de Derecho todo aquel en que el Poder Judicial no es independiente y donde jueces soberbios quieren erigirse en legisladores o desprecian la letra inequívoca de la ley; tampoco aquellos donde el parlamento juega a derribar gobiernos y torna estéril toda gestión pública superior; ni aquellos otros donde el Poder Ejecutivo legisla y juzga a la par, para satisfacer una posición personal o partidista, dispuesto a perpetuarse mientras sean eficaces los medios represivos o la sumisión de los súbditos. Poniendo el Estado de Derecho bajo la advocación del pensamiento de Lincoln: el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.⁶⁷

⁶⁷ Ob. Cit; pág. 571



Alberto Herrarte, citando a varios autores manifiesta lo siguiente: “según Kant, el estado tiene como único fin, tutelar el derecho, o sea, garantizar la libertad. Su misión, entonces, es negativa, como simple custodio del orden jurídico. A este concepto de Estado se dio el nombre de Estado de Derecho, en oposición a doctrinas anteriores, como las del Estado Providencia. Con el advenimiento del liberalismo, tanto político como económico, muy especialmente con las teorías de Adam Smith que trataron de limitar la actividad del Estado para hacer de éste un simple Estado Gendarme, el Estado de Derecho se estimó consubstancialmente a este sistema, de fuerte carácter individualista. El Estado de Derecho como expresión jurídica nace de las doctrinas alemanas. Ihering nos habló ya del Rechtsstaat, que presupone una limitación de las funciones del Estado por el Derecho, que obliga bilateralmente, tanto al individuo como al propio Estado. Sin embargo, se ha objetado que el Estado de Derecho existió alguna vez en Roma, más concretamente en la época de la República. También, según Max Weber, el Estado de Derecho existió en la Edad Media, como un haz de derechos subjetivos, en oposición al ordenamiento objetivo contemporáneo. Según Legaz y Lacámbra indica que el Estado de Derecho es una forma histórica que se da con cierta constancia en distintos periodos, frente a otras formas que no revisten sus características; y que en la medida en que puede hablarse de Estado en el período medieval, es posible plantearse la cuestión sobre la existencia de un Estado de Derecho. Indican que el Estado de Derecho es el que realiza una determinada concepción de la justicia, de carácter personalista, de donde, aunque no necesite vincularse a las ideas liberales, es incompatible con toda filosofía que nos reconozca el valor sustancial de hombre. Carl Schmitt, sostiene que el actual concepto de Estado de Derecho se ha fijado desde el punto de vista de la libertad burguesa. Podría calificarse, pues, como Estado de Derecho todo Estado que respete el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Pero ello significaría legitimar y eternizar el status quo vigente y tener por más importantes los derechos bien adquiridos que la existencia jurídica y seguridad del Estado. En tal sentido -dice- el viejo Imperio Alemán era, en los



tiempos de su disolución, un ideal Estado de Derecho, cuya condición no significó otra cosa que la expresión y medio de su caída”.⁶⁸

El Estado de Derecho pese a toda su juricidad, sigue siendo un Estado y contiene otro elemento específico que es el político. Sobre esa mistura, no hay ninguna Constitución que sea puramente un sistema de normas jurídicas para la protección de individuo frente al Estado. El Estado de Derecho es sólo una parte de la Constitución moderna. Por su parte Adolfo Muñoz Alonso, citado por Herrarte, nos habla de un “Estado de Equidad que de un Estado de Derecho. Para ello efectúa un análisis de los que es el Estado Moderno; argumenta que el Estado Moderno queda filosóficamente al descubierto como un Estado con pretensión universalista. Siente la conciencia histórica de la unidad del planeta y siente la conciencia unificadora y universalizante. Los Estados Nacionales no son una objeción, sino una confirmación, ya que surgen en virtud de la conciencia política universalizante y con una pretensión de universalidad desde su autonomía. En la actualidad, nada de lo que sucede es una parte del mundo es totalmente extraño o ignorado a los demás. La participación informativa es activa con intervención estatal; y el Estado aparece con una estructura política progresiva. La interdependencia política tiende a uniformar todas las demás realidades que las que otorga y que son como realización de su soberanía. Por tanto, el Estado Moderno se considera necesario para el cumplimiento de los fines de la sociedad, incluso para la proclamación de la realidad personal y la inviolabilidad de sus prerrogativas. La voluntad política de poder del Estado resulta más fuerte que el reconocimiento comunitario de los valores de la persona; pero justifica su voluntad política por razones de seguridad y afianzamiento de los valores personales, especialmente la libertad individual. De ahí que suponga una evolución del estado liberal y una técnica política contraria la que sigue el estado totalitario. El reconocimiento del orden moral como justificación del estado moderno, permite hablar de un Estado en función variable

⁶⁸ El estado de derecho, pág. 51.



respecto de los estados nacionales y en proyecto de convivencia en un estado único que podría denominarse Estado Supranacional.”⁶⁹

Podría afirmarse que sólo en el Estado y por él se salva la libertad del hombre, pues es el Estado el que potencia esa libertad socialmente, siendo, como es, una exigencia de la libertad humana y no una limitación. La libertad esencial de que goza el Estado le permite configurarse como realizador de la justicia, con poder coactivo necesario y suficiente, para que la justicia se resuelva en equidad. El Estado moderno tiene para el filósofo una primera misión que cumplir, que es liberar a las personas de las presiones que sobre ella realizan otras fuerzas. El Estado lo somos todos y no sólo quienes ostentan el poder. La libertad personal no se debilita porque se reconozca al Estado en un poder sobre las fuerzas sociales, ni se favorece si se concibe al Estado como una de tantas fuerzas sociales que se han impuesto a las demás. La libertad personal se puede cuando la justicia no se encuentra amparada por el derecho en un Estado que se siente capaz de proclamarla e imponerla con equidad. El Estado de Derecho presupone, pues, una limitación del Estado, pues implica que el Estado solo puede actuar sobre sus súbditos por una regla preexistente y que nada puede erigir de ellos sino en virtud de reglas preexistentes. Pero esta limitación del Estado ha suscitado opiniones encontradas por cuanto se dice que el Estado, como soberano, no puede ser objeto de limitación.

Herrarte, citando a otros autores expone: “Tal como lo concibió Ihering, la regla impuesta por el Estado no es tal regla de derecho sino a condición de que obligue tanto a los súbditos como al propio Estado que la dicta. Se expresa por unos que esa limitación no puede provenir de fuera, por cuanto entonces el Estado dejaría de ser soberano y que, por lo tanto, se trata de una autolimitación; aún así, se asegura que no puede ser creada, modificada o suprimida, no es tal situación. Otros sin embargo, sostienen que el derecho es anterior y superior al Estado y que, por consiguiente, el

⁶⁹ *Ibid*, pág. 53.



Estado se halla sujeto al derecho. Entre quienes sostienen esta tesis están los defensores del derecho natural, entre ellos: Maurice Hauriou, afirma que el régimen de derecho se atribuye al Estado, pero cabría preguntarse si no es la persona moral del Estado la que resultaría del régimen de Derecho. Señala este autor que el poder y la regla de derecho no son completamente separables; ya que, por una parte, el poder de derecho es creador del derecho y las reglas de derecho positivo no tienen otra fuente que el poder; y por la otra, estas reglas de derecho necesitan ser sancionadas por el poder, pero como no lo puede ejercer directamente, delega su representación, en los que lo detentan directamente, pero limitándoles el ejercicio del mismo. El Estado no está constituido solamente por quienes detentan el poder, sino por la sociedad entera, gobernantes y gobernados. Puede entonces determinarse condiciones del Estado de Derecho, en una democracia constitucional, a saber:

1. Existencia de una Constitución o constitucionalismo;
2. División o separación de poderes del estado;
3. Control jurisdiccional de la administración pública y de la legislación;
4. Descentralización administrativa;
5. Control mediante el sufragio; y
6. Afirmación de los derechos humanos fundamentales y sus garantías.”⁷⁰

3.4. Principios constitucionales.

3.4.1. Identificación constitucional de los principios.

La identificación constitucional de los principios debe hacerse salvando la idea de Constitución que parece denominaba antes cabalística que se esfuerza por encontrar coherencia o sistema donde no los hay ni es necesaria su existencia, de modo que se sacrifica quizás el relieve de esa dimensión genérica o principal por el hallazgo de tipos o ejemplos concretos reconocidos expresamente como principios en el texto constitucional. Es cierto que el tenor literal obliga (un constitucionalista no puede olvidar la letra de la Constitución, que es vehículo de la eficacia de la misma y protección frente a su disolución), pero cuando se habla de principios la clave

⁷⁰ *Ibid*, pág. 55.



identificatoria debe ser más conceptual que literal, de modo que con independencia de su reconocimiento explícito nos encontramos ante principios cuando se trate de normas que a la vez que modulan la comprensión de otras orientándolas en determinado sentido -esto es lo que quiere decirse cuando se afirma que los principios informan- se trata de cláusulas que requieren de completamiento y además que los principios constitucionales no son los únicos principios del orden constitucional que el intérprete constitucional deriva, si no desprende, de la Constitución y que establecidos por el Tribunal Constitucional, se imponen en la interpretación del ordenamiento -leyes y reglamentos- a jueces y tribunales.

Admitiendo el género de las normas principiales -a la vez exponentes del carácter consensual, la vocación de permanencia y la apertura de la Constitución al resto del ordenamiento y a la cultura- distinguiría entre principios axiológicos y estructurales o institucionales. Todos los principios -valores o principios generales de derecho constitucional- son normas incompletas, útiles para la interpretación del ordenamiento y con diferente capacidad generativa. Aunque en todo caso conceptualmente estemos ante principios generales del derecho, en un supuesto estamos ante normas jurídicas cuyo significado ético contrasta con el significado en principio meramente técnico de los principios estructurales -se refieran a todo el ordenamiento o a algún sector del mismo-, más necesitados aquéllos de mediación legislativa para su aplicación, y por ello cuya utilización directa podrá pensarse reservar preferentemente al Tribunal Constitucional.

“Los principios constitucionales reconocidos explícitamente en la Constitución funcionan como parámetro de constitucionalidad en los mismos términos que cualquier otra precepto de la norma fundamental (conceptualmente serán un supuesto de los Principios generales del derecho, en cuanto que, en razón de su indeterminación o apertura, como normas incompletas se asemejan más a un principio que una regla; su actuación es normalmente informadora, modulando el significado de las demás normas, constitucionales o no y sirviendo así para la comprensión del ordenamiento);



pero no sirve como derecho supletorio en defecto de ley y costumbre. Tales principios deben distinguirse de los principios del orden constitucional (por ejemplo principio de proporcionalidad o principio de la unidad de mercado) como decíamos no contenidos sino derivados, subprincipios, del sistema constitucional, deducidos de normas principales, por ejemplo cláusulas definitorias, o de determinadas regulaciones constitucionales como las que afectan a una institución.

Estos principios de orden constitucional -tengan un propósito modulador, integrador o generativo, que conceptualmente integran, ahora sí más plenamente, los Principios generales del derecho del Código Civil- regirán según el valor atribuido a la doctrina de los órganos jurisdiccionales que los reconozcan.

Si tales principios son definidos por el Tribunal Constitucional obligarán a toda la jurisdicción, mientras que los principios constitucionales de este tipo declarados por la jurisdicción ordinaria sólo obligarán, en cuanto principios generales del derecho, en la medida en que el Tribunal Supremo los incorpore como doctrina legal a sus propias decisiones, imponiéndose entonces a los tribunales inferiores.

Los principios constitucionales comparten con otras normas constitucionales su indeterminación, participando así, aunque en diferente grado, del principialismo de la estructura normativa de las mismas y con otro tipo de normas su incompletud -así por ejemplo en el derecho penal unos preceptos establecen el tipo, otros la sanción, otros las condiciones de culpabilidad, etc.; de modo que sólo el conjunto de ellos contiene la regulación a considerar en un determinado supuesto-. Lo que diferencia a los principios de otras normas incompletas es su capacidad moduladora y generativa, eventualmente también su condición de normas supletorias.

Hablamos de principios constitucionales y de orden constitucional, aquéllos incluidos en el texto constitucional, sean de orden axiológico o estructural, los unos preferentemente de contenido ético-político, necesitados de mediación política, o



intervención del legislador, los otros de significado técnico, de especificación más fácil para el intérprete; los de orden constitucional o subprincipios, deducidos, no desprendidos, de la Constitución.

Todos los principios informan el ordenamiento, modulan el significado de sus normas, comparten la estructura conceptual de los Principios generales del derecho; pero sólo los principios explícitamente constitucionales tienen rango suprallegal.”⁷¹

3.5. El principio de igualdad.

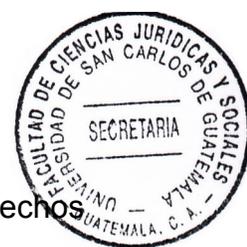
3.5.1. El principio de igualdad como un derecho.

El principio de igualdad humana, nace de la naturaleza, pero no se refiere a la igualdad material ni espiritual, sino al concepto abstracto de la personalidad, destinada al cumplimiento de un fin sobre la tierra. La igualdad no puede concebirse absoluta en la naturaleza, la aplicación del principio de igualdad, consiste en conceder los mismos derechos a quienes tienen las mismas o semejantes calidades, reconociendo las desigualdades.

Igualdad implica conformidad de una cosa con otra en cantidad, forma, naturaleza y calidad. La igualdad humana no ha sido proclamada de ninguna manera para significar conformidad entre los hombres en naturaleza, calidad, forma y cantidad. En ese sentido tenemos la seguridad de que no hay en la naturaleza dos cosas iguales.

El hombre no puede, por consiguiente, considerarse igual a otro en sentido absoluto, porque hay diferencia de forma, de calidad y cantidad, aunque no la haya de naturaleza. No puede argumentarse en ninguna forma el derecho de igualdad, para reclamar forzosamente el derecho a gozar de una cosa o derecho. Pero significando esa igualdad la correspondencia o proporción entre las diferentes partes que componen un todo, no hay duda que el hombre tiene derecho de considerarse igual o semejante a

⁷¹ Solozábal, Juan José, **Principialismo y orden constitucional**, Universidad Autónoma de Madrid. Working Paper n.155. pág. 1-32, <http://www.recercat.net/bitstream/2072/1311/1/1cps155.pdf>.



otro. En ese sentido todo hombre tiene derecho a reclamar y gozar de iguales derechos y facultades que otro semejante en las mismas circunstancias y condiciones.

“En el concepto jurídico debe referir la igualdad a los hombres, como sujetos de derechos, como ciudadanos miembros de un Estado, del cual todos son parte integrante sin atender a su forma, naturaleza, cualidades o defectos. Pero esta igualdad abstracta de los ciudadanos para adquirir derechos, no autoriza por ejemplo, a uno para usar o apropiarse de la riqueza de otro, fundándose en que ambos son ciudadanos y tienen iguales derechos, porque la riqueza, como la propiedad en general, como la posición, como las distinciones y honores, como los empleos y oficios, etc., no pueden repartirse ni igualarse porque tales cosas no pertenecen al individuo; no las ha adquirido por su calidad de ciudadano sino por su carácter personal, por su habilidad, por su capacidad, por sus servicios y esfuerzos, cualidades que no son iguales en todos los individuos.

No deben confundirse por consiguiente, los derechos cuando éstos son discernidos a los individuos por sus características personales, porque entonces hay que reconocer por fuerza las desigualdades de aquéllas para conceder derechos proporcionales a éstas.

Antiguamente y aún hoy en día, en algunos países existe la concesión de derechos o la limitación de ellos, atendiendo a diferencias de colores, razas, sexos y de condiciones, y no son aceptables esas diferencias, en cuanto que son artificiales, no naturales y aunque fundadas en la diferencia de concepto de los individuos como ciudadanos del Estado, esta misma diferencia es artificial y contraria a la naturaleza.”⁷²

3.5.2. Evolución del principio de igualdad.

“La igualdad como principio ha tenido en el devenir histórico distintas interpretaciones y alcances. Lo que sí puede afirmarse de manera uniforme es su

⁷² Echeverría, Buenaventura, **Derecho constitucional guatemalteco**, pág. 170-171.



permanencia en el pensamiento de la humanidad. Las distintas nociones de igualdad más que diferir de un periodo de la historia a otro, se han ido complementando y han supuesto cada vez más y distintas obligaciones específicas. La idea de igualdad frecuentemente va impregnada de una importante carga emotiva propia de los valores e ideales; sin embargo, implica demandas muy específicas que paulatinamente se han ido reconociendo y positivizando en los distintos ordenamientos jurídicos.

Una primera aproximación al ideal igualitario se mantiene prácticamente inalterable desde la formulación de los estoicos; su postura básica era: vivir con arreglo a la naturaleza. Entre la naturaleza y la naturaleza humana hay una adecuación moral fundamental. La naturaleza racional del hombre le impone a éste actuar de conformidad con la *recta ratio*. Que es común a todos los hombres. Si todos los hombre poseen esa misma razón se explica con facilidad el ideal de un derecho común a todos: un derecho para el genero humano, cuya característica cosmopolita y universal se deja fácilmente sentir en la expresión *ius gentium* que los romanos harían celebre.

Fue mérito de Cicerón haber dado una formulación casi definitiva al ideal igualitario estoico y a su doctrina del derecho natural. De él pasó a los jurisconsultos romanos, quienes además de su derecho positivo, conciben la existencia de ciertos principios éticos referidos al derecho, los cuales constituían un patrón universal racional. Estos principios debían regir de la misma forma al género humano en todo tiempo y lugar. La exigencia racional es que debe haber un mismo derecho para todos los hombres y para todas las naciones, o por lo menos, un conjunto de principios jurídicos racionales en que se basen todos los derechos.

Hasta ahora parece quedar claro que los romanos, a través de la filosofía estoica, parecían admitir una igualdad de todos los hombres, dada, como se ha dicho, por compartir la *recta razón*, sin embargo, se trataba de una igualdad que solo tomaba en cuenta una característica por los hombres compartida y esa igualdad sólo servía de fundamento para el ideal de un mismo derecho que debería regir a todos los estados.



En Roma no todo ser humano era considerado como persona; para tener una personalidad completa era necesario reunir tres elementos o estatus, a saber: 1º. Status libertatis, ser libre y no esclavo; 2º. Status civitatis, ser ciudadano y no peregrino; y 3º. Status familiae, ser jefe de familia y no estar bajo ninguna potestad.

Lo que ha de destacarse es que los hombres podían ser libres o esclavos. Los primeros serían considerados como personas y los segundos como cosas. Los ciudadanos gozaban de todos los derechos mientras que los esclavos carecían de cualquier derecho de carácter político y además, no podían contraer matrimonio y la unión de carácter marital sólo produciría un parentesco consanguíneo. Por otro lado, tampoco podían tener propiedad alguna.

La igualdad era una exigencia moral que derivaba de la recta ratio: Nadie sería tan semejante a sí mismo como cada uno de los hombres a todos los demás. Sin embargo, se trataba de una igualdad que, como se ha visto, no implicaba el goce de los mismos derechos.

Durante la Edad Media, la igualdad se mantuvo en este mismo sentido pero bajo los dogmas del cristianismo: todos los hombres son iguales ante Dios, y el hombre esta hecho a imagen y semejanza de Dios.

Nuevamente, se hablaba de una igualdad de todos los hombres pero sin efectos jurídicos. La debilidad fundamental de tales efectos estribaba en la inexistencia de instituciones que garantizaran la igualdad jurídica. Hasta estos momentos, la igualdad era una mera declaración moral.

Bajo la influencia decisiva del jusnaturalismo racionalista, la Revolución Francesa buscó su consagración definitiva en la Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano de 1789.



Desde la posición actual, las ideal de igualdad, libertad y fraternidad contemplan suficientemente enmarcadas en su universalidad y se entienden como valores a los cuales la cultura contemporánea les ha otorgado un lugar jerárquico de la mayor importancia, pero, para el hombre de fines del siglo XVIII tales conceptos eran terriblemente concretos, así pragmáticos; traducibles en acciones y conquistas específicas, tal como se desprende de los textos mismos de la Declaración. En el Artículo primero se dice: “Los hombres nacen libres y permanecen libres e iguales en derechos” y aunque el enunciado es amplio, con ello se perseguía negar vigencia a la organización social del antiguo régimen discriminatorio, en el cual el nacimiento de la persona era determinante de privilegios o de condenas.

La igualdad fue invocada para operar rectificaciones concretas y para el beneficio económico, entre otros, de una clase burguesa oprimida, sujeta a exigencias de raíz feudal que le arrebatava el lícito producto de su trabajo.

La igualdad se tenía que actualizar en una mejor distribución de bienes, de rentas, de comercio y de extinción de privilegios. En suma, se trataba de aniquilar todo vestigio del feudalismo ancestral.

Poco a poco se fueron definiendo y estableciendo las igualdades. En el área fiscal, por ejemplo, los gravámenes fueron equitativamente repartidos, aliviando la pesada carga que soportaba la burguesía. En los campesinos, atados al viejo régimen señorial, su ascenso económico fue manifiesto y se les otorgó de inmediato el derecho de disponer de una buena parte de sus cosechas, orillando a los nobles a incorporarse a la burguesía una vez privados de sus injustas canonjías.

En el área de los derechos civiles, se multiplicaron las oportunidades de trabajo, incluido el acceso a los cargos y empleos reservados antes a la nobleza. La función administrativa misma pasó a considerarse como cosa de utilidad común y se abrieron las puertas de toda clase de puestos judiciales, administrativos y del ejército.



Las prerrogativas que se otorgaban por razones de división geográfica histórica, se extinguieron. El cuatro de agosto las ciudades y regiones que se sumaron al movimiento anunciaron su renuncia a los antiguos beneficios fiscales y comerciales y a cualquier favor real. La igualdad ante la ley generó un mismo tratamiento para todos los departamentos, provincias, cantones, comunas, consejos, regímenes tributarios, judiciales, etc., a lo largo y ancho del país dándole la unidad de la que carecía anteriormente.

La igualdad, tenía connotaciones muy precisas y operantes, fincadas en la lucha revolucionaria. Podría decirse, que la igualdad surgió envuelta en los hechos y manifiesta en las inmediatas aplicaciones. Más tarde las circunstancias y el desarrollo ideológico fueron dándole un profundo sentido, hasta cobrar el signo de valor universal que hoy se le concede.

La igualdad, la libertad y la fraternidad que se mencionan ahora como una mera referencia histórica y como conceptos demasiado abstractos, fueron realidades plenas de contenido y sirvieron en su momento para calificar adecuadamente cambios profundos en la concepción de toda organización social. Son principios que desbordaron fronteras y se adoptaron más tarde como divisas de otros pueblos.

La igualdad de todos ante la ley fue sin duda una de las ideas que impulsaron la Revolución Francesa y una vez que la burguesía conquista el poder, incrementó las áreas de libertad individual, articulando y dotando de efectividad los derechos fundamentales contenidos en la Declaración.

No obstante, más que perseguir la igualdad entre todos, el principio exigía la creación de las condiciones necesarias o el marco adecuado para que cada sujeto pudiera obtener los mismos bienes. Esta formulación aún sesgada, en comparación con lo que el principio de igualdad implicaría más tarde, resultaba perfectamente



congruente con el pensamiento burgués: la acción de gobierno debía encaminarse a la protección en ciertas áreas y a la creación, en otras, del libre mercado.

Así, la Constitución de 1789 estableció en su Artículo 6°. El principio de igualdad, solo en el sentido de que nadie tenía un derecho innato a asumir el poder en la sociedad y en el Estado, sino que cualquiera era abstractamente idóneo para ejercitarlo en la medida en que su capacidad, su inteligencia o su fortuna se lo permitieran. El párrafo 2do. del mismo Artículo expresaba también esta idea, al establecer el igual derecho de todos los ciudadanos a tener acceso a los cargos y a los honores públicos.

Para que pudieran cubrirse los objetivos burgueses, era indispensable un sistema legislativo que tuviera como destinatario al conjunto de la sociedad, no tolerante ante diferencias o privilegios de los distintos grupos sociales. De esto se desprenden dos consecuencias en la formulación del principio de igualdad: 1°. La leyes tenían que ser universales y abstractas, y 2°. El estado burgués tendría que renunciar a actuar en el área socioeconómica, limitándose así a ordenar las relaciones de carácter civil, procesal, penal y nada más.

Así, la conexión entre el principio de igualdad y la generalidad de la ley hacía inútil la tarea de destacar los criterios de diferenciación en virtud de los cuales podrían establecerse lícitamente diferencias, ya que, llanamente, quedaba prohibida la consideración de cualquiera de éstos.

La formulación del principio en estos términos condujo a la supresión de la sociedad estamental y condujo a la igualdad legal de todos en el ejercicio de los derechos fundamentales. El principio de igualdad incrementó significativamente sus alcances; sin embargo, una perfecta igualdad ante la ley, si va acompañada de una profunda desigualdad en las condiciones económicas, no representa una adecuada y real garantía; antes bien, necesita venir reforzada por una reforma de la sociedad.



Hasta ahora, es posible identificar al menos algunas circunstancias históricas claves en el pensamiento filosófico y político por las cuales ha atravesado la idea de igualdad, que van, desde una mera percepción filosófica hasta su inclusión en un ordenamiento jurídico. Esta inclusión no se ha conseguido de la noche a la mañana, es, por el contrario, un logro que se consigue con esmerado esfuerzo de parte de las clases oprimidas inspiradas en las ideas de los pensadores de todos los tiempos.”⁷³

3.5.3. Igualdad como norma.

La igualdad, además de un juicio valorativo, es también una norma, dada la constatación fáctica de que las personas son diferentes entre si y de que, en particular no son neutras sino que además, sexuadas como varones o como mujeres, solamente por poner una de las diferencias más generales.

Por otro lado, la igualdad es asimismo un principio porque marca el criterio que rige la conducta a seguir en determinadas situaciones y permea al ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unifica a los sujetos en la titularidad de aquellos derechos que -en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida- son llamados universales o fundamentales. La igualdad jurídica es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad y de los derechos políticos y sociales.

En suma, la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes. En efecto, independientemente de la igualdad jurídica en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son de hecho diferentes unas de otras por diferencia de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales, entre otras. Las personas son desiguales también jurídicamente por

⁷³ Pérez Portilla, Karla, **Principio de igualdad**, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1589>, pág. 21-28.

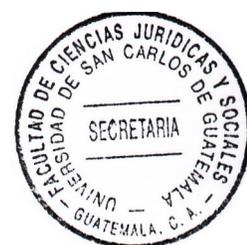


referencia a la titularidad en mayor o menor medida de derechos no fundamentales tales como los derechos patrimoniales y de crédito, que son derechos que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás.

Cabe ahora hacer una distinción entre diferencias y desigualdades, de la siguiente manera:

- a) Las diferencias -sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Por su parte, las desigualdades -sean económicas o sociales- son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción.
- b) Las diferencias concurren en su conjunto a formar las diversas y concretas identidades de cada una de las personas. Mientras que las desigualdades forman las diversas esferas jurídicas.
- c) Las diferencias son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales de libertad. En tanto que las desigualdades, si no son completamente removidas, al menos se intentan reducir o compensar por aquellos niveles mínimos de igualdad material que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales.

En síntesis, puede afirmarse que en ambos casos la igualdad esta conectada con los derechos fundamentales: con los derechos de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias, y a los derechos sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades.



3.5.4. Igualdad ante la ley.

La concepción de la igualdad que traen las revoluciones liberal-burguesas se funda en dos puntos: 1º. La igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la abolición de todos los privilegios de nacimiento, y 2º. La generalidad de la ley.

La codificación y la centralización política y administrativa son los instrumentos principales para imponer la nueva igualdad. Pero, el principio de igualdad tiene en este periodo un carácter declarativo: se limita a levantar acta de la igualación jurídica ya realizada de todos los ciudadanos, así como a proclamar, coherentemente, la generalidad de la ley.

Su contenido, más que jurídico es político, los hechos lo constataron a través de las profundas desigualdades perceptibles en la realidad, tales como la subyugación de las mujeres y de las minorías raciales.

La concepción de la igualdad que finalmente triunfo en este periodo es una igualdad de arranque en la carrera, que se transformaría paulatinamente.

La fórmula a cada cual lo suyo se traduce en este periodo como a cada uno según sus méritos, porque el único sujeto para el derecho del siglo XIX es el varón blanco propietario. Bajo ésta luz, el principio de igualdad se subsume en el de legalidad, tan sólo marcando las reglas del juego y la ley es igual porque es general; sin poderse deducir aún alguna pretensión jurídica frente al legislador.

La idea de que el principio de igualdad ante la ley se reduce a una aplicación de la ley tal y como esta descrita y sin consideraciones de ningún tipo, identifica al principio de igualdad ante la ley con aquel de legalidad.

En efecto, el principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor, esto es, el



principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo Estado de Derecho.

“Ahora bien, la idea de que el principio de igualdad ante la ley se llegue a confundir con el principio de legalidad es poco afortunada, se trata casi de una crítica a la rigidez del principio de igualdad ante la ley en el sentido de que se limitara a una igualdad en derechos y a la aplicación de los mismos sin distinciones. Esta concepción del principio de igualdad se verá superada a través de la igualdad en la aplicación de la ley y de la igualdad en el contenido de la ley. Estos nuevos alcances del principio de igualdad tienen el carácter de tales por la evolución histórica del principio. La igualdad nace, según se ha observado, por el deseo de romper con un pasado clasista, es decir, se intenta romper con un pasado estamental en donde el solo nacimiento era causa de privilegios que ahora entendemos injustificados. Es por ello que lo que ahora podría parecer insuficiente, en su momento tuvo un alcance muy significativo, que se iría complementando paulatinamente.”⁷⁴

3.5.5. Principio de igualdad como límite a la legislación.

Para comprender el principio de igualdad como límite a la actividad del legislador, se presupone la existencia de una Constitución normativa, es decir, una Constitución en donde no basta la sola proclamación retórica de los derechos fundamentales y de la división de poderes, sino que además, que esos postulados se cumplan en la realidad y pone los medios para que sean exigibles y exigidos, y para que, en caso de ser violadas las normas que los recogen, se produzca la consecuente sanción y reparación. Así, a través de la vigencia efectiva de una Constitución normativa, se procura la supervivencia de la democracia porque ésta -la Constitución

⁷⁴ *Ibid*, pág. 54-60.



normativa- se erige como el mejor obstáculo a la arbitrariedad y el autoritarismo. En suma, una constitución es normativa:

- Cuando se concibe como una parte del ordenamiento jurídico estatal, dejando a un lado las visiones historicistas o sociológicas.
- Cuando sus preceptos tienen que concebirse como vinculantes para la conducta de los sujetos a los que se destinan.
- Cuando cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma jurídica.
- Cuando se implementan una serie de mecanismos eficaces para reparar las posibles violaciones a la carta fundamental.

Así, el principio de igualdad en el contenido de la norma a través de la imposición de límites a la legislación, se inscribe en una Constitución normativa, dotada del control de constitucionalidad de las leyes.

3.5.6. Igualdad formal y sustancial.

“La igualdad formal se pone de manifiesto de diversas maneras a saber: Igualdad ante la ley, igualdad en la aplicación de la ley, igualdad en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación. Una manifestación presupone a la otra formando un complejo entramado. Ocurre lo mismo con la igualdad sustancial, ésta última manifestación encuentra su punto de partida en la especial focalización jurídica frente y contra las discriminaciones en sentido estricto. Se ponen de manifiesto en forma muy viva ciertas deficiencias de la clásica distinción entre la igualdad real y la igualdad formal o jurídica, que no es sólo marxista, ni tiene necesariamente funciones críticas, sino que también puede ser usada en sentido conservador. Si el derecho es un instrumento que puede operar efectivamente en contra de las más indeseables y odiosas desigualdades, no existe contraposición tajante entre la igualdad real (sustancial) y la jurídica (formal).



Algunos señalan tensiones entre la concepción formal o clásica del principio y su manifestación actual como igualdad efectiva. Las posibles tensiones radican en el entendido de que quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de derecho, dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica. Se consideran modalidades tendencialmente contradictorias porque esta clase de igualdad suele tomar como criterio de distinción alguno de los prohibidos.

Sin embargo, lejos de ser un mecanismo ideológico en el doble sentido peyorativo de la expresión, como encubrimiento y como engaño, la igualdad jurídica ni esta necesariamente en contradicción con la igualdad real, ni es por fuerza un obstáculo para realizarla. Esto es así, porque el mandato de no discriminación que en principio sería la barrera formal a la igualdad sustancial, debe entenderse por lo menos en dos sentidos:

1.- No significa que se excluya por completo o con carácter general toda posible distinción normativa, sino aquella que se considere discriminatoria (en sentido peyorativo). Es más, razones de igualdad sustancial pueden limitar a favor de la desigualdad jurídica y entonces cabe que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación.

2.- No significa tampoco que pueda exigirse un tratamiento distinto, como si se tratase de una obligación emanada de la situación de vulnerabilidad prevista normativamente a través del mandato de no discriminación; aunque un tratamiento diferente puede venir impuesto, pero tendrá que ser también normativamente, es decir, con base jurídica, dado que no existe un criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación.

Por otro lado, es también de destacarse que la igualdad jurídica (formal), al fijarse sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede



aplicarse con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho. Cuando se persigue la igualdad sustancial, ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación serán capaces de apuntar hacia una igualación de hecho en el ámbito vital que se considere relevante.”⁷⁵

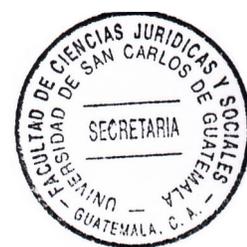
3.5.7. Principio de igualdad en la constitución guatemalteca.

La sujeción al principio de igualdad resulta bastante clara en numerosas referencias específicas, explícitas o implícitas a la igualdad a lo largo de la Constitución, a través de términos como: todos, ningún, toda persona, todas las personas, los guatemaltecos, etcétera. Estos términos indican que los poderes públicos, el legislador y en algunos casos los particulares, han de respetar ese mandato de generalización en la concesión de las libertades y derechos fundamentales.

Nuestra Constitución alejada desde el nacimiento de nuestra nacionalidad de prejuicios de raza, sexo, color y condición entre los hombres, extendió para todos igual protección y consideración, pero, reconociendo al propio tiempo la desigualdad no en naturaleza sino en condiciones, merecimientos y calidades, garantiza a todos iguales derechos de conformidad con éstas desigualdades, nivelando o concediendo iguales derechos y obligaciones a quienes estén bajo las mismas circunstancias y posean iguales condiciones y merecimientos.

El principio de igualdad en la Constitución Política de la República de Guatemala, se pone de manifiesto en el Artículo 4º. el cual establece: “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 a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.”

⁷⁵ *Ibid*, pág. 137-142.



3.5.8. Igualdad en el matrimonio.

De acuerdo a las normas jurídicas, tanto internas como de derecho internacional, que rigen a Guatemala, ambos cónyuges tienen iguales derechos y obligaciones. Así tenemos:

Constitución Política de la República de Guatemala:

Artículo 47.- “El estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”

Código Civil:

Artículo 79.- “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este Código para su validez.”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 23.- “1... 4. Los estados parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos...”

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 17. “1... 4. Los estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos...”



3.6. Derecho comparado relacionado al principio de igualdad.

La mayoría de Constituciones Estatales, regulan y reconocen la igualdad de derechos, a saber:

CUBA

Artículo 12. “La República de Cuba hace suyos los principios antiimperialistas e internacionalistas, y

- a) ratifica su aspiración de paz digna, verdadera y válida para todos los Estados, grandes y pequeños, débiles y poderosos, asentada en el respeto a la independencia y soberanía de los pueblos y el derecho a la autodeterminación;
- b) funda sus relaciones internacionales en los principios de igualdad de derechos, libre determinación de los pueblos, integridad...”

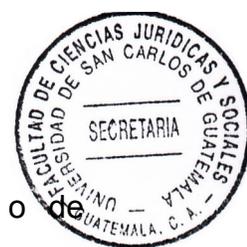
CHILE

Artículo 1. “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia...”

MÉXICO

Artículo 3. “La educación que imparte el Estado — Federación, Estados, Municipios —, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia:

I. Garantizada por el Artículo 24 la libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además: a)... c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de los derechos de todos los



hombres, evitando los privilegios de razas, sectas, de grupos, de sexos o individuos...”

ECUADOR

Artículo 19. “Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

1.... 5. La igualdad ante la ley. Se prohíbe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación política o de cualquier otra índole, origen social o posición económica o nacimiento. La mujer, cualquiera sea su estado civil, tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida pública, privada y familiar; especialmente en lo civil, político, social y cultural...”

CHILE

Artículo 1. “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

COLOMBIA

Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

BOLIVIA

Artículo 6. “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen,



condición económica o social, u otra cualquiera. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.”

COSTA RICA

Artículo 33. “Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”

PANAMÁ

Artículo 19. “No habrá fueros o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”

PERU

Artículo 2. “Toda persona tiene su derecho:

1.... 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

URUGUAY

Artículo 8. “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.”

EL SALVADOR

Artículo 3. “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.”





CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del Artículo 81 del Código Civil y su carácter violatorio con respecto al principio constitucional de igualdad como consecuencia jurídica de su aplicación.

4.1. Aspectos a considerar.

4.1.1. La jerarquía de las normas jurídicas.

“Gramaticalmente jerarquía significa, gradación categoría, o escala de importancia o valor de las cosas de una organización o estructura, de manera que la jerarquía de las normas jurídicas, es el grado de importancia que en relación de mayor a menor o de menor a mayor, les asigna el Estado para regular la vida societaria.”⁷⁶

Las leyes, consideradas como normas jurídicas nacidas de la potestad normativa del Estado, pueden ser de muy diversa índole y rango. Siguiendo la clasificación establecida por Hans Kelsen reconocida por casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, la cual determina que en el vértice de la jerarquía normativa se encuentra la Constitución, seguida de las normas ordinarias, normas reglamentarias y de las normas individualizadas. El establecimiento de una jerarquía normativa determina, de conformidad con el Artículo 175 de la Constitución Guatemalteca, que: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.” A los efectos antes dichos y a los efectos previos de identificar las normas jurídicas que integran el ordenamiento guatemalteco, hay que tener presentes los tratados internacionales, de elevada jerarquía normativa, recogidos en la Constitución, que los regula de modo general en su Artículo 46.

“La creación o determinación de unas normas jurídicas esta regulada por otras normas jurídicas. Así, por ejemplo, el establecimiento de las leyes ordinarias esta regulado por la Constitución; quién y de qué manera ha de emitir los reglamentos, se

⁷⁶ López Mayorga, Leonel Armando, *Introducción al estudio del derecho*, pág. 117.



halla determinado en ciertas leyes; los fallos y los trámites judiciales están condicionados por normas jurídicas legales y reglamentarias, tanto de índole sustantiva (civil, penal, administrativa, etc.) como de carácter adjetivo (procesal); las ordenanzas locales se fundan en preceptos legales y en reglamentos que determinan las condiciones y la competencia de las autoridades municipales, los contratos son válidos cuando han sido concluidos por personas a las que la ley declara capaces, dentro del ámbito permitido por la ley, y según las formas ordenadas por esta, etc. Así, pues, el principio de conexión interna de un orden jurídico es una relación de fundamentación de la validez de una norma sobre la validez de otras.”⁷⁷

Son normas constitucionales: o fundamentales, aquellas creadas por el órgano extraordinario y temporal de creación de normas, denominado Asamblea Nacional Constituyente, y cuya máxima expresión es la Constitución, y que agrupa en su seno las supranormas que contienen en esencia los principios fundamentales del resto del ordenamiento jurídico de un Estado. Asimismo son normas de carácter constitucional en nuestro país: la Ley de Orden Público, Ley Electoral y de Partidos Políticos, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y la Ley de Emisión del Pensamiento.

Las normas ordinarias, son las creadas por el Congreso de la República - órgano permanente y ordinario de creación de la ley-, que básicamente desarrollan y representan el acto de aplicación de los principios contenidos en las normas constitucionales. Ejemplo: Código Civil, Código de Trabajo, Código Penal, Ley del Impuesto al Valor Agregado, etc.

Las normas reglamentarias, son cuerpos legales que contienen los mecanismos de aplicación de las normas ordinarias, con el objetivo principal de facilitar la aplicación de la ley y son creadas por los tres poderes del Estado, pero que aún no se concretizan

⁷⁷ Recasens Siches, Luis. **Introducción al estudio del derecho**, pág. 175.



en personas individuales, sino son de observancia general. Ejemplo: Reglamento de la Ley del IVA, Reglamento de La Ley de Tránsito, etc.

Las normas individualizadas, son aquellas que se objetivizan en una o más personas, pero claramente identificadas, es decir los sujetos a quienes están dirigidas, se encuentran concretamente determinados. Forman el grado más bajo en la pirámide jerárquica de las normas jurídicas. Ejemplo: contratos, donaciones, testamentos, etc.

Es fundamental que comprendamos que la constitución es el cuerpo normativo que se encuentra encima o supraordenado del resto del sistema jurídico estatal. En ese orden: “Para que la supremacía de la Constitución no sea un principio puramente doctrinario, y alcance efectiva vigencia, el sistema jurídico que pretende sostenerla debe proporcionar conjuntamente los medios de imponer su respeto, es decir, de lograr que el movimiento de toda actividad que se desarrolla en el Estado, ya se realice por los órganos de éste o por los miembros de la sociedad política, se produzca dentro de las bases sentadas en la ley fundamental.”⁷⁸

La violación de la supremacía constitucional puede, en efecto, provenir de una norma legal de menor jerarquía, lo que significa infringir la sustancia del ideal de derecho que la Constitución pretende traducir y afirmar, y las garantías de libertad e igualdad y demás derechos que asegura a los ciudadanos.

4.1.2. Menores de edad y derecho de igualdad en el derecho internacional.

En 1989 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, que exige que todas las medidas adoptadas por un Estado en relación con los niños, debieran tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor. La Convención proporciona a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exige una protección para los niños contra toda

⁷⁸ Pacheco, Máximo, *Introducción al derecho*, pág. 328.



clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión. La Convención no es directamente ejecutoria, pero los gobiernos que la firman y ratifican deben presentar informes sobre el progreso efectuado en el cumplimiento de tales objetivos, a un comité de las Naciones Unidas dedicado a velar por los derechos del menor. Respecto a la igualdad de derechos, dicha convención pronuncia lo siguiente: Principio 1.- “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en ésta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.”

Convención Americana Sobre Derechos Humanos:

Artículo 24.- “Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

4.1.3. Ley de protección integral de la niñez y adolescencia.

En el mundo están muy extendidos los programas de apoyo familiar y menores que ofrecen los servicios sociales de las administraciones, ya sea a nivel local o estatal, aunque la amplitud y disponibilidad de los mismos varía según cada país.

Al respecto, en Guatemala se cuenta con la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que entro en vigor en julio del año 2003 y fue creada con el objeto de lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, o igualdad.

Y con respecto al principio de igualdad ésta ley establece:

Artículo 10.- “Los derechos establecidos en ésta ley serán aplicables a todo niño, niña o adolescente sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad física,



mental o sensorial, nacimiento o cualquier otra índole o condición de éstos, de sus padres, familiares, tutores o personas responsables...”

4.2. El Artículo 81 del Código Civil.

Como quedó expuesto anteriormente, la institución del Matrimonio en Guatemala, se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges; así también la igualdad no solo dentro del matrimonio, sino, en lo que al mismo se refiera, esto de acuerdo con La Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, con respecto al matrimonio de menores de edad, el Artículo 81 del Código Civil, en su contenido hace distinción en las edades, regulando lo siguiente: “La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización...”

“Esta distinción de edades, se justifica, bajo el argumento de que son las edades, que bajo el criterio del legislador determinan la aptitud para la procreación, dejando de lado los principios que deben regir en la función legislativa; con respecto a ésta, la Corte de Constitucionalidad pronunció lo siguiente: “...Es potestad legislativa decretar, reformar y derogar leyes. Emitida la ley por el órgano legislador y sancionada, promulgada y publicada entre en vigor, en el tiempo previsto o legal, siendo su texto el de obligado acatamiento. Por consiguiente, su eventual reforma queda sujeta a similar procedimiento de emisión. Es principio constitucional, en materia de emisión de leyes, el respeto a la jerarquía normativa o material, que cada una de ellas tiene respecto de otras, que no puede alterarse sin riesgo de caer en causa de nulidad mediante el control de su Constitucionalidad...”⁷⁹

Cabe resaltar, que nuestro Código Civil, fue promulgado el 14 de septiembre de 1963 y entro en vigencia el uno de julio de 1964; por lo cual dicha norma jurídica es

⁷⁹ Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 57, expediente No. 1048-99, pág. No. 52, sentencia: 02-08-00 CC.



anterior a la Constitución vigente, la cual rige a partir del 14 de enero de 1986; situación en la que podría encontrarse una explicación lógica, de no respetar la igualdad al regular la edad en que los menores de edad puedan contraer matrimonio, ya que no fue creado bajo el amparo de los principios contenidos en la Constitución vigente.

4.3. Necesidad de su reforma.

La Constitución Política de la República, reconoce que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, que el hombre y la mujer, cualquiera que se su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades; lo cual presupone que tanto el varón como la mujer tienen derecho a contraer matrimonio a una misma edad; esta situación de igualdad también regulada en el Artículo 79 del Código civil, en el Artículo 17 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y en el Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (anteriormente citados).

La igualdad desde el punto de vista jurídico, no es simplemente un valor o un ideal que se pretende alcanzar sino que, por el contrario supone la vinculación de los poderes públicos con la imposición de obligaciones muy específicas. El poder legislativo se encuentra vinculado a través de la garantía de igualdad ante la ley expuesta en el Artículo 153 Constitucional, en virtud del cual tiene que ceñirse al principio de generalidad de la ley. También esta vinculado al principio de igualdad a través del mandato contenido en el Artículo 4º de la Constitución y, en el mismo sentido (de no discriminación), que establece la igualdad entre el hombre y la mujer.

Igualmente, el reconocimiento del principio de igualdad a nivel constitucional puede suponer, o supone de hecho, una limitación a la arbitrariedad y a la discrecionalidad del Poder Legislativo, pues tendrá que justificar la imposición de un trato desigual otorgado a dos o más particulares que se encuentren sustancialmente en una posición parecida o similar frente a la ley.



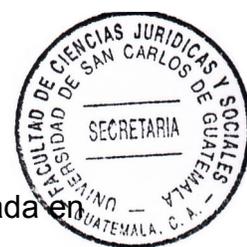
Existen ya antecedentes jurídicos que nos dan el ejemplo en cuanto a la regulación de una misma edad tanto para el varón como para la mujer, este es el caso de México:

“Establece el Artículo 148 del Código Civil Mexicano: Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad. Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido 16 años. Para tal efecto, se requerirá el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela, y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

La intención del legislador de aumentar la edad matrimonial es buena. La experiencia ha demostrado que los matrimonios de adolescentes frecuentemente terminan en el abandono de uno de ellos o en el divorcio. La falta de madurez para mantener en armonía la vida en pareja y enfrentar los problemas derivados de la convivencia conlleva la necesidad de un cierto grado de desarrollo personal. Los 18 años no son, desde luego, garantía de éxito matrimonial pero permiten presuponer una mayor madurez de la pareja para afrontar la vida común.

Desafortunadamente la redacción de este precepto no fue la más correcta; en el primer párrafo se exige a los contrayentes ser mayores de edad y en el segundo, y no como excepción, señala que los menores mayores de 16 años puedan contraerlo si cuentan con los consentimientos exigidos. De manera que aunque se pretendió elevar la edad matrimonial a 18 años, esta quedó fijada en los 16 puesto que no se requiere dispensa alguna para contraer nupcias a esa edad y sólo requiere del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o la tutela o en su defecto de autorización judicial.

La reforma fue producto de propuestas de diversas organizaciones no gubernamentales las cuales, por cierto, ya habían sido recogidas por algunos códigos



estatales. A pesar de las buenas intenciones, se considera que la fórmula empleada en el precepto que se comenta va a presentar problemas al momento de su aplicación, derivados de la falta de distinción entre consentimiento y dispensa. Al parecer, al legislador se le pasó por alto la sutileza de distinguir entre consentimiento otorgado para que un menor de edad pueda realizar actos jurídicos y la dispensa que otorgaba en el código anterior el juez del Registro Civil, para que los menores pudieran contraer matrimonio sólo ante la presencia de causas graves que justificaban la unión matrimonial de menores de edad.”⁸⁰

Otro caso es el de la ley inglesa, que desde 1929 fijó un límite común de 16 años para obtener la dispensa para contraer matrimonio.

4.4. La aptitud para procrear desde el punto de vista científico.

4.4.1. Pubertad.

Pubertad significa comienzo de la vida sexual adulta. El periodo de la pubertad se produce por un aumento gradual de la secreción de hormonas gonadotropas por la hipófisis, que comienza aproximadamente en el octavo año de la vida, y habitualmente culmina con el comienzo de la menstruación, en las mujeres; y con la espermatogenesis, en los varones; procesos que inician entre los 11 y los 16 años (por término medio, a los 13 años).

“En la mujer, como en el varón, la hipófisis y los órganos reproductores son capaces de un funcionamiento pleno si son estimulados adecuadamente. Sin embargo, el hipotálamo no secreta cantidades significativas de GnRh durante la niñez. La experimentación ha demostrado que el hipotálamo por sí mismo es capaz de secretar esta hormona, pero falta la señal apropiada de alguna zona del encéfalo para provocar la secreción. Por tanto, se cree en la actualidad que el comienzo de la pubertad es

⁸⁰ Brena Sesma, Ingrid, **Reformas al código civil en materia de matrimonio**, UNAM, México 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr1.htm>, 16 de octubre de 2007.



iniciado por algún proceso de maduración que tiene lugar en otro lugar del encéfalo quizá en algún lugar del sistema límbico.”⁸¹

La etapa de la pubertad es una de las más delicadas e importantes en la vida de todo ser humano. Es toda una serie de cambios físicos y psicológicos que los traslada del mundo infantil, despreocupado y carente de obligaciones que se vive en la niñez y la conduce al mundo adulto, con todas las responsabilidades y compromisos que se adquieren en esta etapa de la vida humana.

Es una etapa que se da a diferentes edades, según sea cada caso, pero que nadie esta exento de atravesarla.

Según la enciclopedia Médica de la Salud, Pubertad (proviene del latín pubere, cubrirse de vello el pubis) puede definirse como el período que culmina el crecimiento y desarrollo de un individuo, quien al final queda instalado en la edad adulta.

4.4.2. Aparición de la pubertad.

“Este es un período de mucha trascendencia en la vida de todo ser humano, ya que marca el final de una etapa y el inicio de otra. Además de importante es decisiva saber cuando y que indica el inicio de la pubertad algunos asumen el crecimiento pubiano, otras la menstruación, las pulsiones nocturnas, etc. Pero actualmente la más aceptada es el crecimiento óseo que se observa en las manos.”⁸²

4.4.3. El ambiente es solo un agente modulador.

“Es importante destacar el hecho de que el comienzo de la pubertad esta determinado por la carga genética, y que los factores socioeconómicos, nutricionales y psicológicos desempeñan un rol modulador.

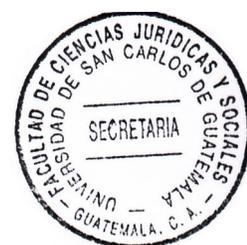
⁸¹ Guyton, Arthur C. y Hall, John E., **Tratado de fisiología médica**, pág. 1128.

⁸² Vergara, Luis Felipe, **La pubertad**, <http://www.monografias.com/trabajo12/lapuber/lapuber.shtml>.



La pubertad es el periodo de la vida en el que se produce la transición desde la infancia a la vida adulta. En este periodo se producen cambios que afectan a todos los órganos y estructuras corporales, pero lo más llamativo es el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios. Al final de la pubertad, el cuerpo alcanza su forma y tamaño definitivos.”⁸³

⁸³ Barreda, Pedro, Revista julio 2005, www.pediatraldia.cl/la_pubertad_normal.htm, 17 de octubre de 2007.



CAPÍTULO V

5. Bases para una propuesta de reforma.

Para que la igualdad no sea una mera abstracción o un lema político cargado de implicaciones meramente conmovedoras y se traslade, por el contrario, al ámbito de lo posible y reclamable, es menester afinar los detalles que permitan su puesta en marcha, de modo que cuando se hable de igualdad, se esté en posibilidad de precisar su justo alcance. Una forma de hacerlo, es ubicar su perspectiva y campo de aplicación dentro del derecho vigente.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el motor de la igualdad por llamarlo de alguna forma, tiene distintos actores en los distintos países y épocas. Así por ejemplo, en la Revolución Francesa fueron los burgueses, en Estado Unidos, fueron diferencias raciales; en el caso de Guatemala, son los pueblos indígenas. De cualquier forma, esto no debe tomarse como un ámbito personal de validez estricta en ningún caso. Como se ha visto, el principio de igualdad permea los ordenamientos jurídicos en conjunto y se extiende de manera integral a todos los ámbitos y sujetos en distintas épocas y circunstancias.

La igualdad de género pretende una sociedad plural en donde las diferencias por razón de sexo injustificadas deben ser eliminadas, de este modo, el Artículo 4º Constitucional, es también un derecho de los varones a no sufrir discriminación.

La propuesta, en este contexto, sería demandar la actuación de todos los poderes públicos, en la efectiva protección de los derechos sociales de todos los ciudadanos guatemaltecos, a fin de conseguir unas condiciones de vida dignas para todos. Y una herramienta fundamental para ello ha de ser el respeto a los preceptos contenidos en la suprema norma del ordenamiento jurídico: la Constitución, emanada de una honda preocupación por la cuestión social, reflejada en la proclamación del



principio de igualdad, el constitucionalismo económico, los derechos sociales y las diversas intervenciones del Estado en la política asistencial.

En cumplimiento de tales mandatos constitucionales, los poderes públicos están obligados a adoptar las medidas idóneas para que la justicia social en Guatemala sea, para todos, una realidad.

En consecuencia, la propuesta se concreta al establecer que el contenido del Artículo 81 del Código Civil de Guatemala violenta el principio constitucional de igualdad, ya que regula un trato diferente para iguales circunstancias; razón por la cual es necesaria su reforma; la cual propongo se realice de la siguiente manera:

**DECRETO NÚMERO:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.**

CONSIDERANDO:

Que para alcanzar la justicia social, la cual se refleja en El Principio de Igualdad, el Estado debe garantizar el goce de los Derechos que se consideran inherentes a la persona; y que toda norma jurídica, debe respetar el Principio de Supremacía Constitucional;

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

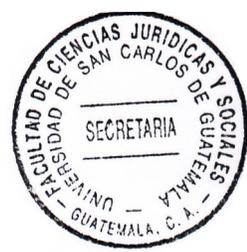
Artículo 1.- Se reforma el Artículo 81 del Decreto Ley Número 106, Código Civil y sus reformas, el cual queda así:

“Artículo 81. Aptitud para contraer matrimonio. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: varón y mujer mayores de 16 años, siempre que medie la autorización que determinan los artículos siguientes.”



CONCLUSIONES

1. La igualdad, es un derecho social fundamental dentro de un verdadero Estado de Derecho, el cual es la condición y al mismo tiempo, el efecto de la existencia jurídica y garantía de los derechos fundamentales; tal existencia se convierte en un soporte estructural y material imprescindible para que su despliegue y efectividad se garanticen de modo generalizado.
2. Existen diversas normas jurídicas, cuya vigencia es anterior a la Constitución Política de la República que se encuentra vigente a partir de 1986, una de ellas es el Decreto Ley No. 106, Código Civil, el cual en su Artículo 81 presenta una violación al principio de igualdad, esta situación revela la poca importancia del Organismo Legislativo de cumplir con su función de reformar las leyes, con el objetivo de adaptarlas a los preceptos constitucionales.
3. El principio de igualdad, se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, por lo que las normas jurídicas deben garantizar la igualdad en el contenido de la ley así como la igualdad en la interpretación de la ley.
4. Aceptar la regulación de distintas edades para que los menores de edad puedan contraer matrimonio, contradice al principio de igualdad al no tratar de la misma manera al varón y a la mujer, lo cual provoca una situación de discriminación de derecho entre ellos.
5. La igualdad social, es un concepto normativo por que dado que en la naturaleza no hay nada igual, la igualdad se establece como norma jurídica que asigna a todos, de manera universal, el goce de los derechos fundamentales.

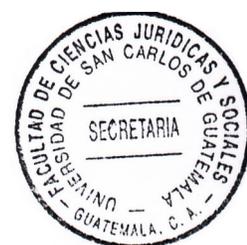




RECOMENDACIONES

1. Todos los poderes públicos, principalmente el Organismo Legislativo, deben accionar en el sentido de una efectiva protección de los derechos sociales de todos los ciudadanos guatemaltecos, a fin de conseguir las condiciones de vida dignas para todos y una herramienta fundamental para ello ha de ser el respeto a los preceptos contenidos en la suprema norma del ordenamiento jurídico.
2. El Congreso de la República, debe realizar la reforma de todas aquellas normas anteriores a la Constitución vigente, así como, adoptar las medidas idóneas para que la justicia social en Guatemala sea para todos una realidad.
3. Para que las desigualdades normativas, sean aceptadas, es necesario que el Organismo Legislativo incluya en las normas jurídicas criterios de diferenciación, que permitan distinguir los factores externos que determinen cuando las personas son iguales y cuando son diferentes.
4. El Congreso de la República, debe realizar la reforma al Artículo 81 del Código Civil, en el sentido de regular una misma edad para que los menores de edad, tanto el varón como la mujer, puedan contraer matrimonio, para que dicho precepto jurídico, enaltezca la magnanimidad del principio de igualdad.
5. El Organismo Legislativo debe reformar el Artículo 81 del Código Civil para lograr la homogeneización del tratamiento normativo del principio de igualdad, sobre todo, en las condiciones materiales para garantizar la igualdad social.





BIBLIOGRAFÍA

- BARREDA, Pedro. Revista julio 2005, www.pediatraldia.cl/la_pubertad_normal.htm, 17 de octubre de 2007.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho, colección popular**. Fondo de cultura económica, México, 1986.
- BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. Ed. Harla, México, 1993.
- BORDA, A. Guillermo. **Tratado de derecho civil**. Ed. Perrot, 6ª. Ed., Buenos Aires, Argentina, 1977.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Instituto de investigaciones jurídicas y sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1985.
- BRENA SESMA, Ingrid. **Reformas al Código Civil en materia de matrimonio**.
- BURGOA, Ignacio. **Derecho constitucional mexicano**. 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1982.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 24ª. Ed., Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1996.
- CAPITANT, Henri. **Vocabulario jurídico**. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Gaceta No. 57, expediente No. 1048-99, pág. No. 52, sentencia: 02-08-00 CC.
- COUTURE, Eduardo J. **Vocabulario jurídico**. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.
- COVIELLO, Nicolás. **Doctrina general del derecho civil**. (UTEHA), México 1949.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **Compendio de derecho civil**. Instituto de Estudios Políticos, Talleres tipográficos, Gráficos Gonzales, Madrid, 1964.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe. **Derecho constitucional comparado**. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1985.
- ECHEVERRIA, Buenaventura. **Derecho constitucional guatemalteco**. Tipografía Nacional, Guatemala, 1944.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA **Omeba**. Driskill. Buenos Aires, 1985.



ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 2ª. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959-1964.

FAMILIA Y MATRIMONIO. www.prociuk.com/Derecho%20Civil%20-%20Familia.pdf, 15 de octubre de 2007.

FONSECA, Gautama. **Curso de derecho de familia**. Imprenta López y Cias., Tegucigalpa, s. f.

GUYTON, Arthur C. y Hall, John E. **Tratado de fisiología médica**. 9ª. ed. Ed. Interamericana McGraw-Hill Ed., S.A. de C.V., México D.F. 1996.

HERRARTE, Alberto. **El estado de derecho**. Ed. Academia Centroamericana, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1984.
<http://www.juridicas.unan.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr1.htm>, UNAM, México 2005, 16 de octubre de 2007.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1981.

PACHECO, Máximo. **Introducción al derecho**. 1ª. ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. **Personalidad jurídica**. Maracaibo, 14 de septiembre de 2000, <http://www.monografias.com/trabajos17/personas-juridicas/personas-juridicas.shtml?monosearch>, 16 de octubre de 2007

PÉREZ PORTILLA, Karla. **Principio de igualdad**. México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1589>, 18 de octubre de 2007.

PLANIOL, Marcel, y Ripert, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés**. Ed. Cultural, S. A., La Habana, 1946.

POLO BERNAL, Efraín. **Manual de derecho constitucional**. Ed. Porrúa, México, 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

QUIROA LAVIÉ, Humberto. **Curso de derecho constitucional**. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

RAMIREZ GRONDA, Juan D. **Diccionario jurídico**. Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1986.



RECASENS SICHES, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. 7^a. ed., Ed. Porrúa S. S. México D.F., 1985.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. 7^a. ed., Ed. Porrúa, México D.F. 1987.

SOLOZÁBAL, Juan José. **Principialismo y orden constitucional**. Universidad Autónoma de Madrid. Working Paper n.155. Barcelona 1998 pág., 1-32. <http://www.recercat.net/bitstream/2072/1311/1/1cps155.pdf>

SOUTO PAZ, José Antonio. **Concepto de matrimonio y el ius connubii**. año 2002-2003, <http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000443.doc>, 14 de octubre de 2007.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto. **Derecho civil**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, (s. e. y s. f.).

VERGARA, Luis Felipe. **La pubertad**. <http://www.monografias.com/trabajos12/lapuber/lapuber.shtml>, 17 de octubre de 2007.

LEGISLACIÓN.

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 27-2003, 2003.

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

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Aprobada por el Congreso de la República de Guatemala, mediante el Decreto Número 6-78, 1978.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Vigente a partir de 1976.