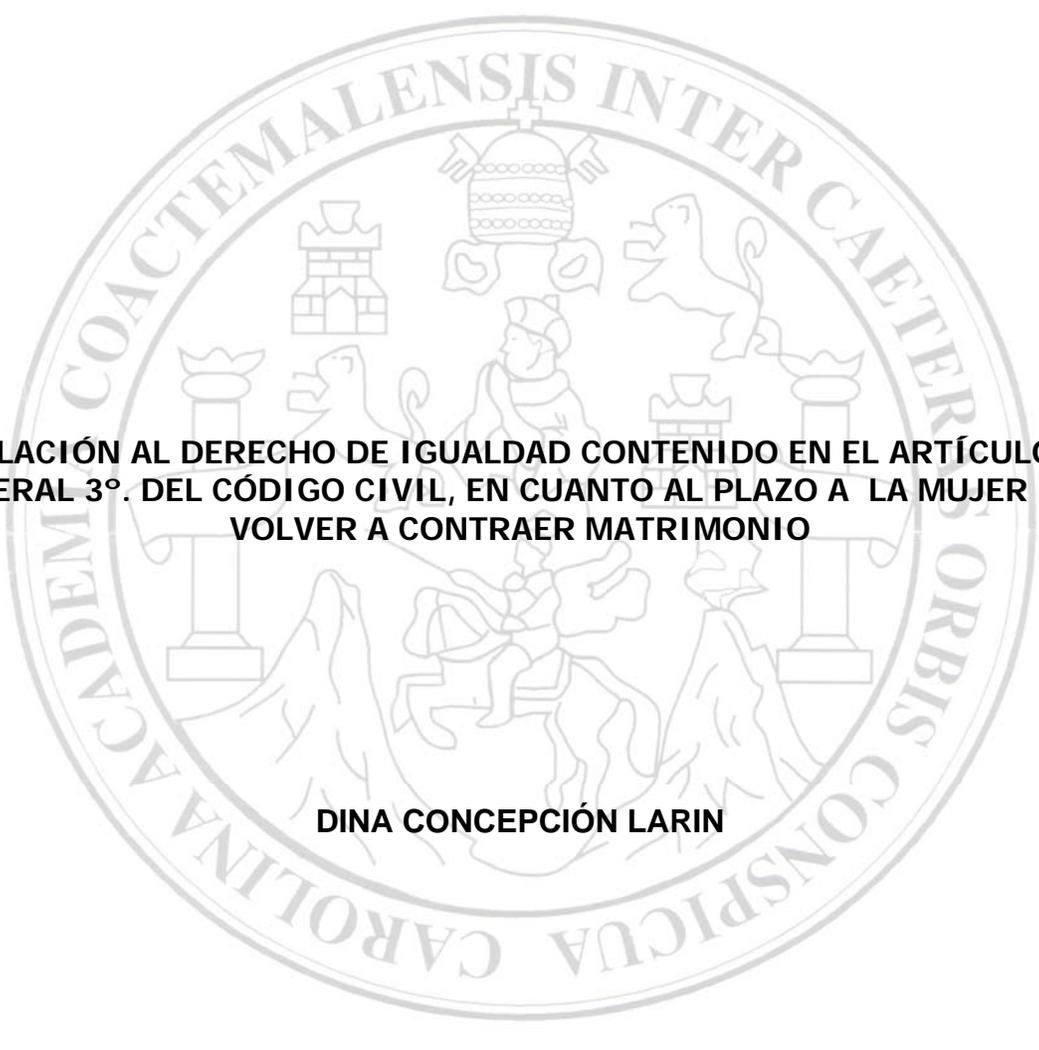


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, holding a staff. Above him is a crown. To the left and right are various symbols, including a castle and a lion. The text around the border reads "ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERA ORBIS CONSPICUA CAROLINA".

**VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 89
NUMERAL 3º. DEL CÓDIGO CIVIL, EN CUANTO AL PLAZO A LA MUJER PARA
VOLVER A CONTRAER MATRIMONIO**

DINA CONCEPCIÓN LARIN

GUATEMALA, MAYO DE 2010

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

**VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 89
NUMERAL 3º. DEL CÓDIGO CIVIL, EN CUANTO AL PLAZO A LA MUJER PARA
VOLVER A CONTRAER MATRIMONIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DINA CONCEPCIÓN LARIN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2010.

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegria
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Vocal: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Secretario: Lic. Artemio Tánchez Mérida

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Vocal: Licda. Eneida Victoria Reyes Monzón de Mancio
Secretaria: Licda. Ángela Aida Solares Fernández

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 del Examen General Público).

Lic. Roberto Antonio Xicol López
Abogado y Notario
Colegiado 7086



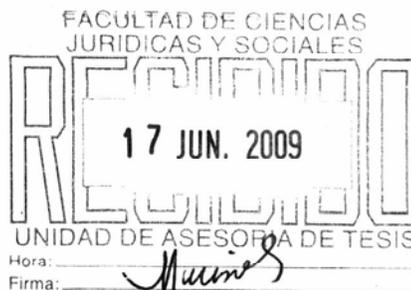
Guatemala, 26 de mayo de 2009

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Coordinador de la Unidad de Asesoría de tesis

Universidad de San Carlos de Guatemala.



Respetable Licenciado Castro Monroy:

En forma atenta y respetuosa me dirijo a usted para informarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa Coordinación de fecha diecinueve de noviembre del año dos mil ocho, me permití asesorar y orientar el trabajo de tesis intitulada "VIOLACION AL DERECHO DE IGUALDAD ARTÍCULO 89 NUMERAL 3ERO. DEL CODIGO CIVIL, EN CUANTO EL PLAZO A LA MUJER PARA VOLVER A CONTRAER MATRIMONIO", que se le efectuó la modificación, y queda intitulado de la siguiente manera: **"VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 89 NUMERAL 3°. DEL CÓDIGO CIVIL, EN CUANTO AL PLAZO A LA MUJER PARA VOLVER A CONTRAER MATRIMONIO"**, que para el efecto ha elaborado la estudiante **DINA CONCEPCIÓN LARIN**, con el carné número 200020965. Asimismo, me permito informarle que luego de realizar varias revisiones minuciosas y sistemáticas del trabajo de investigación realizado, esta asesoría ha efectuado cambio únicamente en el título de la investigación, el cual queda como ya se indicó.

De conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se puntualiza en lo siguiente: a) Emito mi modesta opinión del contenido técnico y científico de la misma; b) Los métodos y técnicas utilizados, y por supuesto el aporte científico que conforma la presente tesis.

11 calle 10-56 zona 1, Edificio Santo Domingo, 4° nivel
oficina 401, Ciudad de Guatemala C.A.
Tel. 22530588 y Cel. 59123646

Lic. Roberto Antonio Xicol López
Abogado y Notario
Colegiado 7086



(2)

En cumplimiento de la normativa invocada, me permito rendir informe respecto al hecho de que a mi criterio, el trabajo que se designó fuera asesorado, centra el objetivo en lo relativo a la violación al derecho de igualdad contenido en el artículo 89 numeral 3º. del Código Civil, Decreto Ley 106, en cuanto al plazo a la mujer para volver a contraer matrimonio; y cierto es que el espíritu de la norma es proteger y garantizar la paternidad y filiación responsables, también lo es que en la actualidad existen métodos modernos con certeza indubitable para establecer en el caso concreto, si al momento de la separación o del divorcio, la mujer se encuentra en estado de gravidez y establecer quien es el padre biológico del niño en gestación.

El resultado obtenido en el trabajo por parte del autor, es producto de la aplicación de los métodos deductivo e inductivo, puesto que desarrolló algunas áreas del trabajo, partiendo de casos particulares para concluir en resultados de carácter general, y partió de lo general hacia lo particular. Asimismo, se basó en el método analítico, puesto que a través de este, investigó y llegó a la conclusión de que dicho precepto legal es vigente pero no positivo y recomienda la reforma del mismo; y finalmente el sintético, ya que con base en este especificó los fundamentos que lo hacen arribar a las conclusiones de la investigación desarrollada.

Considero que el trabajo fue elaborado en forma científica, por lo que se profundizó en los temas torales del mismo, la secuencia que se le asignó al desarrollo de toda la temática y las importantes conclusiones y recomendaciones a que arriba la investigadora, habiendo utilizado un sistema de redacción que si bien es cierto contiene alguna terminología específica, también lo es que en el campo de la medicina, se explica la interpretación de la misma, por lo que es clara en su totalidad para el lector común.

Por lo anterior indicado, al haberse llenado los requisitos técnico-profesionales exigidos por esa Unidad Académica, me permito emitir mi **DICTAMEN DE APROBACIÓN** del presente trabajo de investigación para que la monografía pueda ser discutida en el examen respectivo.

Atentamente,

Roberto Antonio Xicol López
Abogado y Notario

11 calle 10-56 zona 1, Edificio Santo Domingo, 4º nivel
oficina 401, Ciudad de Guatemala C.A.
Tel. 22530588 y Cel. 59123646
E- mail: licxicol@hotmail.com

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

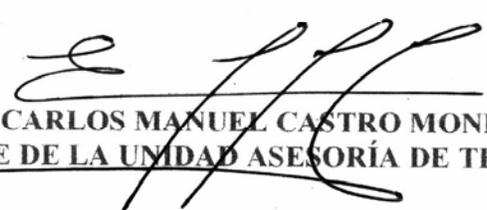


UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecisiete de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARTA EUGENIA VALENZUELA BONILLA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante DINA CONCEPCION LARIN. Intitulado: "VIOLACION AL DERECHO DE IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTICULO 89 NUMERAL 3º. DEL CODIGO CIVIL. EN CUANTO AL PLAZO A LA MUJER PARA VOLVER A CONTRAER MATRIMONIO".

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 la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del 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. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

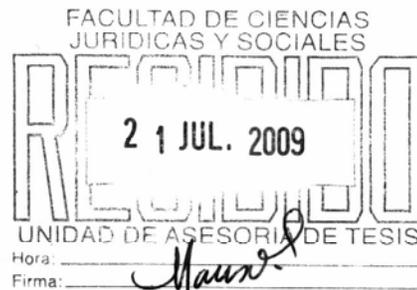
cc.Unidad de Tesis
CMCM/nmmr.



Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Abogada y Notaria
Colegiada 4142

Guatemala, 20 de julio de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Coordinador de la Unidad de Asesoría de tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Respetable Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento y en cumplimiento de la resolución emitida por esa Coordinación de fecha diecisiete de junio del año dos mil nueve, me permití revisar el trabajo de tesis denominado **“VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 89 NUMERAL 3º. DEL CÓDIGO CIVIL, EN CUANTO AL PLAZO A LA MUJER PARA VOLVER A CONTRAER MATRIMONIO”**, que para el efecto ha elaborado la bachiller **DINA CONCEPCIÓN LARIN**.

Me permito informarle que he realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré en su momento eran necesarias para mejorar la comprensión del tema que se desarrolla y practicadas satisfactoriamente las modificaciones solicitadas a la bachiller de conformidad con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Y en base a la normativa invocada consiento en resaltar lo siguiente:

a) Que el trabajo realizado posee un excelente contenido técnico y científico, en que se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales, así como la legislación concerniente al tema desarrollado; arribando a conclusiones, recomendaciones importantes, que deben ser tomadas en cuenta, por las partes que intervienen en un proceso de divorcio, las que constituyen un aporte a la sociedad específicamente a las mujeres que en un momento determinado han sido el grupo más afectado por esta disposición legal, que si bien es cierto el espíritu de la norma es proteger y garantizar la paternidad y filiación responsable, también lo es que en la actualidad existen métodos modernos con certeza indubitable para establecer en el caso concreto, si al momento de la separación o del divorcio, la mujer se encuentra en estado de gravidez y establecer quien es el padre biológico del ser que está por nacer.

11 calle 10-56 zona 1, Edificio Santo Domingo, 4º nivel
oficina 401, Ciudad de Guatemala C.A.
Tel. 22306271 y Cel. 53181498



Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Abogada y Notaria
Colegiado 4142

(2)

b) Que el resultado obtenido en el trabajo por parte del autor, es producto de la aplicación de la aplicación de los métodos deductivo e inductivo, puesto que desarrolló algunas áreas del trabajo, partiendo de casos particular para concluir en resultados de carácter general. Asimismo se basó en el método analítico, puesto que a través de éste, investigó y llegó a conclusión de que dicho precepto legal es vigente pero no positivo, finalmente el sintético ya que en base a este especificó los fundamentos que lo hacen arribar a las conclusiones de la investigación desarrollada.

Con base en el andamiaje teórico descrito, se reserva un capítulo al análisis y consiguiente síntesis que genera el pensamiento dialéctico, el cual se circunscribe al punto esencial de las unidades de análisis y sus respectivas variables inherentes al trabajo de tesis, para el efecto la bachiller realizó análisis crítico de las leyes que a su juicio realizan el planteamiento hipotético plasmado en el diseño de la presente investigación.

En conclusión, a mi juicio, la asesoría fue correcta, lo cual genera un adecuado y racional uso de los métodos particulares y de las técnicas de investigación, en virtud de haberse cumplido con los requisitos reglamentarios de forma y de fondo, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el presente trabajo de investigación para que pueda ser discutido en el examen correspondiente, ordenar su impresión y oportunamente el examen público.

Con muestras de mi consideración, sin otro particular.

Atentamente,

MARTA EUGENIA VALENZUELA BONILLA
ABOGADO Y NOTARIO

11 calle 10-56 zona 1, Edificio Santo Domingo, 4° nivel
oficina 401, Ciudad de Guatemala C.A.
Tel. 22306271 y Cel. 53181498



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante DINA CONCEPCIÓN LARIN, Titulado VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 89 NUMERAL 3º. DEL CÓDIGO CIVIL, EN CUANTO AL PLAZO A LA MUJER PARA VOLVER A CONTRAER MATRIMONIO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser supremo y dador de la vida, que me bendice y fortalece todos los días de mi existencia.
- A MI MADRE:** Por sus sabias enseñanzas y consejos, convirtiéndose en el pilar fundamental, para enfrentar los retos de la vida.
- A MIS HERMANOS:** Por el apoyo moral e incondicional, que me brindaron en todo momento.
- A LOS
PROFESIONALES:** Que me impartieron sus conocimientos, y por ser un ejemplo en mi carrera profesional.
- A MIS AMIGOS Y
AMIGAS:** Por su amistad sincera y apoyarme incondicionalmente durante toda ésta travesía.
- A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA:** Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con mucho agradecimiento, por formarme académicamente.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho civil.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. El Código Civil.....	7
1.3. Jerarquía de las normas jurídicas.....	8
1.4. Ámbito de validez de las normas jurídicas.....	12
1.5. Fuentes de las normas jurídicas.....	14

CAPÍTULO II

2. El matrimonio.....	21
2.1. Introducción.....	21
2.2. Antecedentes en los pueblos de la antigüedad.....	24
2.3. Definición legal y doctrinaria del matrimonio.....	26
2.4. La separación y el divorcio.....	29
2.5. Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.....	35

CAPÍTULO III

3. La filiación.....	39
3.1. Definición.....	39
3.2. Clases de filiación.....	41
3.3. La filiación y la regulación legal en la legislación guatemalteca.....	42
3.4. La filiación, paternidad y los alimentos.....	45
3.5. La paternidad irresponsable y la prueba de ADN.....	53

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Impedimentos para contraer matrimonio.....	61
4.1. Generalidades.....	61
4.2. Impedimentos absolutos (Insubsistencia del matrimonio).....	63
4.3. Impedimentos relativos (ilicitud del matrimonio).....	65
4.4. Anulabilidad del matrimonio.....	68
4.5. Los impedimentos para contraer matrimonio y la regulación penal.....	71

CAPÍTULO V

5. Violación al derecho de igualdad contenido en el Artículo 89 numeral 3º. del Código Civil, en cuanto al plazo a la mujer para volver a contraer matrimonio.....	79
5.1. El derecho de igualdad.....	79
5.2. El principio de no discriminación.....	88
5.3. La Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Civil.....	90
5.4. El Congreso de la República y el procedimiento legislativo.....	92
5.5. Inconstitucionalidad del Artículo 89 numeral 3º. del Código Civil y propuesta de forma al mismo.....	99
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo contiene un análisis sobre la violación al derecho de igualdad, en cuanto al plazo a la mujer para volver a contraer matrimonio. El problema se da, cuando a la cónyuge se le impone plazo para volver a contraer el matrimonio y no así al cónyuge varón, constituyendo una violación al principio de igualdad, contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala. Consideramos que las razones en que pudo basarse el legislador al establecer esta prohibición a la mujer para esperar dicho plazo, es la de que, no exista controversia en cuanto a la paternidad, ya que en la norma se establece cálculos o presunciones, en cuanto a la filiación matrimonial.

Sin embargo, consideramos que esto ya debería ser superado, con la prueba de ADN, que fácilmente se lograría determinar si un hijo es o no del matrimonio. Y no estar sujeta la filiación a condiciones de plazo, de convivencia o presunciones.

La prueba ADN es el método más preciso que existe debido a que el ADN de cada persona es único. Si los modelos ADN entre el niño y el presunto padre no aparecen en dos o más sondas, entonces el presunto padre es excluido 100% lo que significa que él tiene una probabilidad de 0% de paternidad, no puede ser el padre biológico del o la menor.

Por lo anterior presento como hipótesis de la presente investigación, ya que la misma es un supuesto general del problema planteado; en virtud de que hoy en día con el avance de la tecnología es fácil determinar si una mujer se encuentra embarazada o no, además determinar quién es el padre.

La realización de la presente investigación, se ha desarrollado en cinco capítulos: El primer capítulo, contiene lo referente al derecho civil, tanto para determinar su definición, lo relativo al Código Civil, la jerarquía de las normas jurídicas, el ámbito de validez de las normas jurídicas, y lo relativo a las fuentes de las normas jurídicas; el segundo capítulo, se aborda lo relativo al matrimonio, tanto lo referente a la

introducción, en la cual se desarrolla su concepto, los antecedentes matrimoniales en los pueblos de la antigüedad, así como también la definición legal y doctrinaria del matrimonio, el estudio de las instituciones de la separación y el divorcio y los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio; el tercer capítulo, se desarrolla lo relativo a la filiación, estudiando su definición, las clases de filiación, su regulación legal en la legislación guatemalteca, también un análisis de la filiación, paternidad y los alimentos, y la paternidad irresponsable y la prueba de ADN; el capítulo cuarto, se hace un análisis sobre los impedimentos para contraer matrimonio, estudiando sus generalidades, de la misma forma analicé los impedimentos absolutos (insubsistencia del matrimonio), los impedimentos relativos (ilicitud del matrimonio), y la anulabilidad del matrimonio; y su regulación penal; el quinto capítulo, desarrolla el tema que se plantea en el presente trabajo de la siguiente manera: La violación del derecho de igualdad del Artículo 89 numeral 3o del Código Civil, en cuanto al plazo a la Mujer para volver a contraer Matrimonio, en donde además se realiza un análisis del derecho de igualdad, el principio de no discriminación, un breve análisis sobre la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Civil, del Congreso de la República y el Procedimiento Legislativo, y la inconstitucionalidad del Artículo 89 numeral 3o. Del Código Civil y la propuesta de reforma al mismo.

La violación al derecho de igualdad, en cuanto al plazo a la mujer para volver a contraer matrimonio, conlleva al estudio de este tema con la espera de poder comprobar la hipótesis y supuestos, así como los objetivos, a efecto de poder realizar las aportaciones concernientes a través de este trabajo.

Para la realización de la presente, se utilizaron los métodos que más se ajustan a ésta, como lo es el analítico, para entender como se encuentra legislada, que incluye, análisis de documentos en relación al tema; científico por considerar que es el más importante para adquirir conocimiento sistemático y ordenado en relación al tema objeto de estudio. Las técnicas aplicadas fueron: La observación, que se obtuvo al verificar y presenciar las sentencias dictadas; la experiencia que se ha obtenido como auxiliar de justicia en tribunales de familia.

CAPÍTULO I

1. Derecho civil

1.1 Definición

Quizás la misma evolución histórica del derecho civil, y la imprecisión de su propia denominación, pero sin lugar a dudas su amplio y frondoso contenido, la variedad de sus materias y la importancia de las mismas en cuanto afectan simultáneamente al interés individual y al interés nacional, ha hecho ardua la tarea de precisar el concepto del derecho civil.

Se ha tratado de expresar el concepto de esta rama del derecho acudiendo a la enumeración de las materias que comprende. De tal manera, De Diego, lo define de la manera siguiente: “El conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal sujeto de derecho, y miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social.”¹

Y es clásica en ese sentido la definición de Sánchez Román: el derecho civil es: “el conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia, y los que existen entre los individuos de una sociedad para la protección de los intereses particulares.”²

¹ Brañas Alfonso, **Manual de derecho civil**. Pág.7.

² **Ibid.** Pág.8.

Según la opinión del maestro Castán, que: “El derecho civil no puede ser definido con precisión, y que resulta más conveniente seguir la trayectoria histórica de esa rama del derecho para lograr, en términos generales, una mejor comprensión de su origen y de su concepción actual.”³

Esta postura nos refleja la dificultad de precisar en una definición el concepto predominante o pertinente del derecho civil, sin embargo, puede aceptarse como la más certera, porque en última instancia no le interesa tanto definir apropiadamente la materia, como interesa el desarrollo y la comprensión de su contenido.

El Derecho Civil es: “El conjunto de normas jurídicas y principios que regulan las relaciones personales o patrimoniales entre personas privadas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado y público, o incluso entre las últimas, siempre que actúen desprovistas de imperium.”⁴ Se le puede definir también, en términos generales, como las normas y principios que regulan las relaciones más generales y cotidianas de la vida de las personas, considerando a las personas en cuanto a tal, como sujeto de derecho, o como aquél que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando este actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humanas.

Como podemos apreciar en el transcurso del tiempo, el derecho civil, soporta marcadas tendencias hacia su desintegración en ramas con vida jurídica independiente, pero continúa siendo un sólido baluarte del derecho privado que regula esencialmente al ser

³ **Ibid.**

⁴ Enciclopedia Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_civil Consultado el 10/12/08.

humano, a la persona, a su actividad como centro y causa de importantísimas relaciones e instituciones jurídicas: familia, patrimonio, contratos, obligaciones, sucesiones, etcétera; en forma tal que aún aquellas instituciones que ya no pertenecen estrictamente al derecho civil, reciben de él cierta luz de sus preceptos para la correcta aplicación e interpretación de sus normas, o para suplir la falta de éstas en caso dado.

Podemos definir al derecho civil de la siguiente manera: El derecho civil es una rama del derecho privado, porque existen relaciones entre particulares, a través de la cual se estudian el conjunto de principios, instituciones, doctrinas y normas jurídicas que nos van a regular:

- a) A las personas y a la familia;
- b) Los bienes, de la propiedad y demás derechos reales;
- c) La sucesión hereditaria;
- d) El registro de la propiedad, y
- e) De los derechos en general y obligaciones en particular.

“Los estudiosos del derecho civil coinciden, salvo discrepancias de forma o de ubicación, en la manera de enumerar las materias o instituciones que comprende el derecho civil.”⁵ Castán afirma que éste abarca en gran síntesis, las siguientes instituciones:

⁵ Brañas. **Ob. Cit.** Pág.8.

1- Personalidad en si misma, que da lugar al derecho de la personalidad.

2- Familia, cuyas relaciones constituyen el objeto del derecho de familia.

3- Asociación, cuyas relaciones con sus miembros y con terceros, son materia del llamado derecho privado corporativo entendido en el ámbito civil.

4- Patrimonio, o sea el conjunto de derechos y obligaciones de relaciones jurídicas activas y pasivas, valuables en dinero, que corresponde a una persona y que da lugar a las siguientes categorías de derechos:

a) Derechos de exclusión, que tienden a asegurar el goce de las cosas temporales (derechos reales), o de cosas incorpóreas, como los derechos del autor o del inventor sobre las obras de la inteligencia (derechos sobre bienes inmateriales).

b) Derechos de obligación, a través de los cuales una persona puede obtener, de otra, prestaciones de dar de hacer.

c) Derechos de sucesión *mortis causa*, que regulan los modos de transmisión de los bienes por consecuencia de la muerte de una persona.

En la opinión del maestro Castán, hace la salvedad de que no todas las instituciones o materias enumeradas están perfectamente deslindadas y organizadas por el derecho civil, pues establece, la categoría de los derechos de la personalidad todavía tiene escasa repercusión en la legislación civil, y la de los derechos corporativos sólo es admitida por un número muy limitado de autores, Gierke y Ferrara entre ellos; y opina que, en realidad, las instituciones que el derecho civil desenvuelve orgánicamente, en

su actual concreción histórica, se pueden reducir a las cuatro clásicas:

a) Familia,

b) Propiedad,

c) Contratación, y

d) Sucesión *mortis causa*.

Para el autor Espin Cánovas, expone que: “El contenido del derecho civil está integrado por tres instituciones fundamentales: la persona, la familia y el patrimonio”⁶; y que, a manera de residuo de la concepción histórica del mismo como todo el derecho de un pueblo, y por su carácter de derecho común, se han conservado en él las normas relativas a las fuentes del derecho, que son comunes a otras disciplinas.

Para Rojina Villegas, el derecho civil se distinguen dos ramas claramente determinadas.

1- Primera, el derecho de las personas, el régimen jurídico de la familia;

2- Segunda, el derecho civil patrimonial.

Mientras es de la opinión del autor Puig Peña, que el contenido del derecho civil se divide en la siguiente forma:

1. Contenido amplio:

1.1 Derechos de la personalidad;

⁶ Diego Espin Canovas, **Manual de derecho civil**, Volumen I parte general, pag. 30.

1.2 Derecho de familia;

1.3 Derecho corporativo o social;

1.4 Derechos reales;

1.5 Derechos sobre bienes inmateriales;

1.6 Derecho de obligaciones; y

1.7 Derecho de sucesiones.

2. Contenido estricto:

2.1 Familia;

2.2 Propiedad;

2.3 Contratación; y

2.4 Sucesión *mortis causa*.

Respecto a los derechos de la personalidad y al derecho corporativo o social, dicho autor acepta las mismas ideas ya expuestas por Castán.

1.2 El Código Civil

“El Código Civil, se encuentra contenido en el Decreto Ley 106, el cual fue promulgado, durante el gobierno del general Enrique Peralta Azurdia”, el cual consta de 2180, Artículos y de cinco libros, distribuidos de la siguiente manera:

Libro I: De las personas y de la familia;

Libro II: De los bienes de la Propiedad y demás derechos reales;

Libro III: De la sucesión hereditaria;

Libro IV: Del registro de la propiedad; y,

Libro V: De los derechos y las obligaciones, el cual se divide en:

- De las obligaciones en general y
- De los contratos en particular.

El Código Civil, fue emitido el 14 de septiembre de 1963; y entro en vigencia el primero de junio de 1964.

Código Civil actual, se creó ante la necesidad de reformar la legislación civil, para adaptarla a los avances de la ciencia y a la natural evolución de las costumbres y demás relaciones sociales reguladas por esta rama del derecho.

De igual forma, ya que es importante e indispensable unificar, dentro de un mismo

cuerpo legal, el conjunto de leyes dispersas que anticiparon reformas o establecieron nuevas instituciones que, por su propia naturaleza, deben figurar en este cuerpo legal.

De la misma manera, actualmente nos damos cuenta que el Código Civil, se encuentra obsoleto en algunos temas que trata; ante esto nos vemos en la necesidad de reformarlo parcialmente en los puntos que han quedado obsoletos, por lo cual nos enfrentamos nuevamente a la necesidad de reformas al actual Código Civil, para poder codificar en un solo cuerpo legal un conjunto de nuevas leyes que actualmente han surgido para poderlo estudiar en una forma más eficiente.

Para que pueda ser más sencillo y comprensible para la población en particular y para los estudiantes y especialistas en esta rama del derecho.

1.3 Jerarquía de las normas jurídicas

En todo sistema jurídico existen normas de diversas e igual jerarquía para hacer posible la existencia del sistema jurídico.

“Cuando dos normas se ubican en el mismo nivel jerárquico, ambas están en relación de coordinación. Si una de ellas es superior a la otra, están en relación de supraordinación o subordinación. Así la norma jurídica esta supraordenada a la norma del código civil y ésta está subordinada a aquélla.”⁷ En términos generales, con fines de jerarquización las normas se suelen dividir en las siguientes categorías:

⁷ Luís Humberto Morales Paniagua, **Monografías.com** <http://www.monografias.com/trabajos10/noju/noju.shtml>
Consultado el 10/12/08.

Las Normas constitucionales: Son las que establecen los lineamientos generales que no pueden violar las demás, igual que las ordinarias respecto a las reglamentarias son individualizadas y así sucesivamente.

En nuestro Derecho, se encuentra regulado en el Artículo 175, de la Constitución Política de la República de Guatemala el que señala la jerarquía constitucional de las normas. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. “Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*.”

Las normas jurídicas se encuentran en el siguiente nivel de jerarquización:

1- Normas constitucionales;

2- Normas ordinarias:

3- Internacionales,

4- Nacionales, y

5- Materiales.

Entre las normas reglamentarias tenemos a los siguientes:

1- Acuerdos gubernativos,

2- Acuerdos de ministros, y

3- Circulares

Entre las normas jurídicas individualizadas, tenemos a las siguientes:

1- Contratos,

2- Sentencias,

3- Órdenes, e

4- Instrucciones

El término de jerarquía de las normas jurídicas se refiere a los diferentes grados, niveles o categorías que se establecen dentro de un ordenamiento jurídico para regular la conducta de las personas.

En este orden de ideas, las normas jurídicas en su conjunto integran un sistema normativo que establece distintos grados, niveles o categorías en los que se ubican a cada una de las normas jurídicas integrantes del ordenamiento jurídico, las cuales se relacionan entre sí por medio de:

1- Relaciones de coordinación: Son los nexos existentes entre dos o más normas de la misma jerarquía.

2- Relaciones de subordinación: Son aquellos nexos existentes entre una norma superior jerárquica y una norma de jerarquía inferior.

3- Relaciones de supraordinación: Son los nexos existentes entre una norma de inferior jerarquía y una norma superior jerárquica.

El problema del orden jerárquico, fue planteado por primera vez durante la edad media; y más tarde el civilista Bierling, retoma esta tesis y analiza la posibilidad de establecer en los tiempos modernos una organización jerárquica en los preceptos del derecho considerando para el efecto a la totalidad de las normas en vigor y la individualización de éstas en actos, como los testamentos, las resoluciones administrativas, etcétera.

Con el desarrollo de las ideas de Bierling y la creación de una teoría jerárquica de las normas, el profesor Vienés Adolph Merkl, Hans Kelsen, incorpora la teoría de su colega a su propio sistema de jerarquía de normas estableciendo un ordenamiento jerárquico relacionado entre sí, que permite la ordenación escalonada de las normas jurídicas, lo que con los años revela el fundamento de su validez de la siguiente forma:

- a) Normas constitucionales,
- b) Normas ordinarias,
- c) Normas reglamentarias,
- d) Normas individualizadas.

Dentro del sistema de normas jurídicas que integran la estructura, hay distintos rangos que van desde la norma superior en todo ordenamiento legal hasta los actos finales de ejecución.

1.4 Ámbito de validez de las normas jurídicas

Cuando decimos que las normas jurídicas tienen validez personal, es porque obligan, desde que cobran vigencia, a todas las personas dentro de un territorio y el no cumplirlas, le acarrea a la persona sanciones o castigos por su desobediencia, este elemento se denomina coercitividad de la norma jurídica, esto es, que para que sea una norma jurídica, debe regular una conducta y, si no se cumple, debe haber un castigo por ello. Por lo cual debemos establecer que el ámbito de validez de la ley se da:

- a) Por razón del territorio;
- b) Por razón del tiempo;
- c) Por razón de la materia; y,
- d) Por razón del grado.

En cuanto al ámbito de validez de las normas jurídicas por razón del tiempo, nos parece oportuno tratar lo concerniente al *vacatio Legis*, el cual es el tiempo en que una norma es publicada y toma vigencia, el cual se establece que si al ser publicada no se establece el plazo, entonces debe entenderse que es de ocho días.

Las normas jurídicas pueden ser temporales porque siempre va a existir un antes y un después de la creación y vigencia de una norma jurídica; por ejemplo: Antes de la vigencia de la Ley que prohíbe vender y comprar drogas, todo el mundo lo hacía sin ningún problema.

Luego de su creación y posterior vigencia, ese comercio quedó prohibido. Pero las personas que lo hicieron antes no pueden ser perseguidas por su conducta después de haber sido creada. Esto es lo que se denomina el principio constitucional de que la ley no tiene efecto retroactivo o lo que es igual a decir la aplicación de una norma jurídica de hoy a una hecho cometido ayer.

El territorio donde una norma jurídica puede tener dominio varía del tipo de norma jurídica que sea; las normas jurídicas de tipo privado (derecho civil, notarial, mercantil, etcétera), tienen dominio sólo dentro del territorio del país que las creó, pero las de tipo público (Penales, laborales, administrativas, etcétera), tienen alcance mas allá de las fronteras de la nación que las creó; por ejemplo, la emisión de moneda falsa, en un país distinto de donde esa moneda circula, es prohibido por el país afectado y, puede atraer al propio país al delincuente (si es connacional), o requerir que sea juzgado en su propia nación; esto dependiendo de los tratados internacionales ratificados.

Y, material, “que puede tener varias interpretaciones pero la más usual es a la materia que regulan esas normas jurídicas; por ejemplo, derecho penal, notarial, laboral, de familia, civil, mercantil o de comercio, etcétera; quiere decir que esas normas jurídicas, regulan únicamente en esas materias. Cosa distinta suele suceder con las leyes fundamentales o constituciones, que por lo regular abarcan todas o casi todas las materias del ordenamiento jurídico de un país.”⁸

⁸ Rincón del vago, <http://es.answers.yahoo.com/question/index?qid=20071110085032AALEYpe> Consultado el 10/12/08.

1.5 Fuentes de las normas jurídicas

Cuando se habla de fuente, entendemos cómo, de dónde, brota, emana, nace algo. Por lo tanto cuando hablamos de fuente del derecho nos referimos de donde brota, emana o nace el derecho.

Para Enciclopedia Wikipedia fuente son: “Los actos o hechos pasados de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. También, se entiende por tales a los órganos de los cuales emanan las normas que componen el ordenamiento jurídico (conocidos como órganos normativos o con facultades normativas), y a los factores históricos que inciden en la creación del derecho.

De lo anterior se desprenden respectivamente, las nociones de fuentes del derecho en sentido material (fuentes materiales) y fuentes del derecho en sentido formal (fuentes formales).”⁹

En general, “fuente es el principio u origen de una cosa, el lugar donde nace o se produce algo. Es el principio, el fundamento, el origen, la causa o la explicación de una cosa. Cuando hablamos del origen de la norma jurídica, nos referimos a los hechos que le dan nacimiento, a las manifestaciones de la voluntad humana o a los usos o prácticas sociales que la generan, nos referimos, desde luego, al origen del propio objetivo”.¹⁰

Las fuentes del derecho se clasifican normalmente en:

a) Fuentes formales.

⁹ Enciclopedia Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal#Fuentes_del_Derecho_penal., consultada 10/12/08.

¹⁰ Wikipedia.com, http://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_Derecho Consultada el 10/12/08.

b) Fuentes reales o materiales

c) Fuentes históricas.

Fuentes formales son los modos o formas a través de los cuales se manifiesta la norma jurídica. Son los distintos modos de manifestarse externa y socialmente la norma.

El concepto de fuentes del derecho en sentido formal es, en parte, confuso por las siguientes razones. En primer lugar, se dice fuente formal para designar tanto al acto a través del cual se producen normas jurídicas, como al modo de expresión, a través del cual se exterioriza el producto de un acto normativo, es decir, el texto o documento en que se formulan las normas jurídicas (como puede ser, por ejemplo, el texto de una ley).

Así, cuando se habla de la Constitución como una fuente formal de derecho se puede hacer referencia tanto al acto producto del ejercicio de la potestad constituyente (esto es, la facultad de dictar normas constitucionales) como al texto mismo en donde se encuentran las normas. En España la regulación de las fuentes del Derecho se encuentra en el Artículo 1 del Código Civil: Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Existe, además, una segunda razón que contribuye a la confusión del concepto de fuente formal del derecho. Es común que ciertos juristas, al presentar un listado de las fuentes del Derecho de un determinado sistema jurídico, incluyen elementos que no son actos generadores de derecho, como por ejemplo, la equidad o los principios generales del derecho, sino lugares comunes o tópicos de la argumentación jurídica que pueden

ser invocadas para lograr una solución judicial en caso de laguna de la legislación. Sin embargo, con el fin de seguir utilizando el modo tradicional, es usual que estas diferencias se eludan diciendo que estas son una suerte de normas implícitas del sistema jurídico, aunque esta última afirmación no es del todo aceptada.

Son fuentes formales: La ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho.

Se denominan fuentes reales o materiales a todos los fenómenos que concurren, en mayor o menor medida, a la producción de la norma jurídica, y que determinan en mayor o menor grado el contenido de la misma; tales fenómenos son: el medio geográfico, el clima, las riquezas naturales, las ideas políticas, morales, religiosas y jurídicas del pueblo, especialmente de los legisladores, líderes políticos, dirigentes obreros, empresarios, juristas o jueces; el afán de novedades, o, a la inversa, el excesivo tradicionalismo y rutina; la organización económica, etc.

Las fuentes históricas se refieren a los factores históricos que inciden en la creación del derecho en cuestión. Como libros o documentos

Otras clasificaciones: En opinión del autor, Carlos Santiago Nino, sugiere la distinción entre, (como hemos visto), fuentes deliberadas de creación del derecho y fuentes espontáneas. Cuando estamos frente a actos que no se realizan con la intención de establecer normas, pero producen ese efecto, se trata del segundo caso. La ley es el arquetipo de la forma deliberada o consciente de creación del derecho. La forma espontánea más común de creación de normas jurídicas es la costumbre.

Para el autor “Norberto Bobbio, distingue entre fuentes directas e indirectas del Derecho (estas últimas las divide, a su vez, en fuentes reconocidas y fuentes delegadas)”¹¹.

La ley es una fuente directa del derecho en los ordenamientos estatales modernos. La costumbre es un caso típico de fuente indirecta reconocida, cuando la legislación reconoce o acoge las normas elaboradas consuetudinariamente. Finalmente, casos típicos de fuentes secundarias delegadas son los reglamentos y los actos contractuales celebrados por los particulares, debido a que la producción de los reglamentos y de los contratos se confía al poder ejecutivo y a los particulares, respectivamente.

Clasificación de las normas jurídicas, según el maestro Bobbio:

- a) Por el sistema al que pertenece: Nacionales, extranjeras y de derecho uniforme;
- b) Por su fuente: Legislativo, consuetudinario, jurisprudencial;
- c) Por su ámbito espacial de validez: General (federal) y local (estatal o municipal);
- d) Por su ámbito temporal de validez: De vigencia indeterminada, de vigencia determinada;
- e) Por su ámbito material de validez: De derecho público (constitucionales, administrativas, penales, procesales, internacionales, industriales, agrarias); de derecho privado (civiles y mercantiles);
- f) Por su ámbito personal de validez: Genéricas, individualizadas;

¹¹ Yahoo respuestas, <http://mx.answers.yahoo.com/question/index?qid=20060828185228AACaNm2> Consultada el 10/12/08.

g) Por su jerarquía: 1. Constitucionales 2. Ordinarias (orgánicas, de comportamiento y mixtas) 3. Reglamentarias 4. Individualizadas (privadas, públicas);

h) Por sus sanciones: Leyes perfectas, leyes *plus quam perfectae*, leyes *minus quam perfectae*, leyes *imperfectae*;

i) Por sus relaciones de complementación: 1. primarias 2. secundarias (de iniciación de la vigencia, de duración de la vigencia, de extinción de la vigencia, declarativas o explicativas, permisivas, interpretativas, sancionadoras); y,

j) Por su cualidad: 1. positivas o permisivas 2. negativas o prohibitivas;

k) Por su relación con la voluntad de los particulares: taxativas, dispositivas.

“Las fuentes del derecho pueden ser materiales o substanciales, esto es los factores generadoras y determinantes del contenido normativo; o formales, esto es, las formas de manifestación positiva de las normas jurídicas (ejemplo: Legislación ley, constitución.”¹²

Fuentes materiales: Sociales, políticos, económicos, moral, religiosos, étnico, geográfico, etc.

Fuentes formales:

1- Legislación: legislación, ley, tratados internacionales, decretos con fuerza de ley, decretos ley, reglamentos, decretos e instrucciones.

¹² Rincón del vago, http://html.rincondelvago.com/normas-juridicas_2.html Consultado el 10/12/08.

2- Costumbre jurídica: repetición en el tiempo de determinados actos por la sociedad en la convicción de que estos engendran derecho.

3- Jurisprudencia: a) tribunales: fallos que al repetirse se va transformando en fuente. b) científica o doctrina: opinión de autores.

4- Principios generales del derecho y equidad natural.

5- Actos jurídicos y actos corporativos.

Las fuentes formales son normas jurídicas que surgen de una voluntad humana que puede ser individual o colectiva.

CAPÍTULO II

2. El matrimonio

2.1 Introducción

La palabra matrimonio, deriva de las voces *matris* y *munium*, (madre y carga o gravamen), dando a entender que por esta institución se pone de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos.

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

“Es significativo que la etimología de la palabra matrimonio resalte en especial la figura de la madre. No debe verse en ello su situación como sujeto pasivo o depositario de los gravámenes de la institución, al menos a las luces de la legislación guatemalteca, sino, a los efectos del derecho, preferentemente la causa significativa de la ley tienda a ser protectora del estado jurídico de la mujer dentro del matrimonio, ante la tradicional preponderancia del hombre, por cierto ahora muy controvertida, y por la circunstancia de las relaciones materno filiales que derivan generalmente una protección conjunta de la madre y de los hijos en caso de perturbación de la vida conyugal o de modificación o disolución del matrimonio.”¹³

¹³ Brañas. **Ob.Cit.** Pág. 110.

El matrimonio es la unión entre dos personas que cuenta con un reconocimiento social, cultural o jurídico, y tiene por fin fundamental, la fundación de un grupo familiar, aunque también para proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia (protección tanto jurídica como económica y emocional). Puede ser motivado por intereses personales, económicos, sentimentales, de protección de la familia o como medio para obtener algunas ventajas sociales.

Si bien tradicionalmente el matrimonio se ha concebido social y jurídicamente como la unión entre un hombre y una mujer, hoy en día su definición se encuentra bajo una intensa discusión a causa, principalmente, del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en algunos países.

El matrimonio es la unión pactada, si bien dicho pacto no tiene siempre por qué ser establecido por las partes contrayentes que van a formar el nuevo núcleo familiar, sino que en ocasiones la unión se realiza mediante un pacto previo entre las familias de los contrayentes.

El matrimonio puede ser civil o religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos. Ahora bien, no todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso, válida sólo en Occidente. Hasta hace menos de dos centurias sólo había matrimonio religioso, al que se considera un sacramento.

Como lo establecimos anteriormente, la palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y del Derecho Romano. El origen etimológico el término es la expresión *matris-munium*, es decir, el derecho que adquiere

la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad.

La concepción romana tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad que la naturaleza da a la mujer de ser madre quedaba subordinada a la exigencia de un marido al que ella quedaría sujeta al salir de la tutela de su padre y de que sus hijos tendrían así un padre legítimo al que estarían sometidos hasta su plena capacidad legal: es la figura del *pater familias*.

La forma tradicional de matrimonio es entre un hombre y una mujer, con la finalidad de constituir una familia. Esa definición ortodoxa ha sido cuestionada, de una parte, porque se ha otorgado reconocimiento a las uniones entre un hombre y una mujer con finalidades prácticamente idénticas al matrimonio, pero que adoptan formas y denominaciones distintas (v. infra las sociedades de convivencia). Por otro lado, el desarrollo de nuevos modelos de familia (parejas no casadas con hijos, madres solteras) ha desvinculado la función reproductiva del matrimonio. Finalmente, en varios países y estados se ha producido una ampliación de derechos que ha dado reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo.

En esos casos el matrimonio se realiza, generalmente, por la forma civil o de Estado, porque las normas de muchas religiones no permiten este tipo de uniones en su seno.

Con todo, en distintos tiempos y lugares se han reconocido otras variedades de matrimonio. En términos porcentuales, las sociedades que permiten la poligamia como variedad aceptada de matrimonio son más frecuentes que las que sólo permiten la monogamia. Sin embargo, la monogamia es la práctica más común incluso en las primeras.

“El matrimonio se considera una institución importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas (generalmente) no cercanas en línea de sangre (al respecto, recordemos que también hay comunidades en las que se acostumbra el matrimonio entre primos o entre parientes de distintos grados; véanse las entradas acerca de la endogamia y el incesto). Una de sus funciones ampliamente reconocidas es la procreación y socialización de los hijos (si bien no es absolutamente necesario casarse para tener hijos), así como la de regular el nexo entre los individuos y la descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus.”¹⁴

En las sociedades de influencia occidental suele distinguirse entre matrimonio religioso y matrimonio civil, siendo el primero una institución cultural derivada de los preceptos de una religión, y el segundo una forma jurídica que implica un reconocimiento y un conjunto de deberes y derechos legal y culturalmente definidos.

2.2 Antecedentes en los pueblos de la antigüedad

El matrimonio aparece en el estado medio de la barbarie cuando la familia sindiásmica empieza a tener ritos y formalidades para su conformación.

En Japón. El pretendiente dejaba flores a la mujer, si ésta por la noche recogía las flores, aceptaba. La mujer asistía al matrimonio con la cabellera rapada, señal de pérdida de una familia y la entrada en otra.

¹⁴ Wikipedia.Org, <http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio> Consultada el 10/12/08.

En Grecia. Se iniciaba con el rapto simulado, en la que la madre de la novia alumbraba el camino con una antorcha, hasta la casa del novio, donde los dejaba acostados.

En el imperio Inca. El matrimonio era voluntario o forzoso.

El matrimonio voluntario era concertado por los padres y los pretendientes, se simulaba una compra de la novia. La edad ideal era de los 18 a los 20 años para la mujer y de 24 a 26 en el hombre.

El matrimonio forzoso se aplicaba a los hombres solteros mayores de 26 años. Cada dos años la autoridad los convocaba y les escogía una mujer.

El “sirwiñacu” era la convivencia a prueba por un año entre una mujer y un hombre para un matrimonio futuro. En Bolivia esta forma de prueba para el matrimonio es conocido también con el nombre “tantancu”

Para la antigua Roma. Hubo diversidad de formas de matrimonio:

Confarreatio. Una de las tres formas, junto a la *coemptio* y a la *usus* admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Era la más solemne de las tres y estaba reservada a los patricios. Tenía carácter religioso, mediante una ceremonia consistente en ofrecer a Júpiter la ofrenda de un pan especial (*farreus panis*), en la que se hallaban presentes los desposados, el gran pontífice, diez testigos y el *Dialis flamen* o flamen de Júpiter. El matrimonio contraído de esta forma llevaba implícita la entrada de la mujer en la familia civil del esposo, con abandono jurídico de la suya propia.

Coemptió. Una de las tres formas, junto a la *confarreatio* y a la *usus* admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Compra ficticia de la mujer. No tenía carácter religioso y se realizaba ante el libripens y ante, al menos, cinco testigos púberes y ciudadanos romanos.

Usus o Vsus. Una de las tres formas, junto a la *confarreatio* y a la *coemptio* admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Concubinato que duraba un año. Luego del cual se podía formalizar el matrimonio o en caso contrario por la *trinoctio* (la mujer deja de dormir por tres noches seguidas en la casa del marido) se podía disolver el *usus*.

El hecho de mantener a una mujer en la casa propia del marido por el transcurso de un año seguido, consagraba la *manus* y la consumación del matrimonio por el *usus*, fuera de toda ceremonia. “El matrimonio en los primeros tiempos de Roma fue *cum manu*, es decir, la mujer estaba sometida al marido como si fuera una menor. Luego se convirtió *sine manu*, donde los esposos tienen condiciones iguales.”¹⁵

2.3 Definición legal y doctrinaria del matrimonio

La definición legal del matrimonio la encontramos regulado en el Artículo 78, del Código Civil, el cual establece: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

¹⁵ Yahoo geocities, <http://www.geocities.com/eqhd/matrimonio.htm> Consultado el 10/12/08.

El matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. “La institucionalización de esta unión entre un hombre y una mujer se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales.”¹⁶

“Según tesis de origen canónico del derecho de la iglesia, la cual a fines del imperio romano, en la lucha contra la proliferación de la bigamia, hizo obligatorias las proclamas del matrimonio, y más tarde obligó a la celebración pública del mismo, ante párroco y en presencia de dos testigos (concepción del matrimonio como un contrato solemne, idea acogida por canonistas y civilistas y adoptada por la revolución francesa, se trata dicen sus seguidores, de un contrato especialísimo, en el que es un elemento básico el consentimiento).”¹⁷ Sin embargo no podemos apreciar al matrimonio como un contrato, pues el contenido de la relación matrimonial está sustraído a la libre voluntad de los cónyuges, como por ejemplo el lugar en donde van a vivir es libremente escogido por ambos contrayentes.

Existe otra tesis o punto de vista que considera al matrimonio como un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo. En opinión del civilista Gautama Fonseca, el cual lo expone de la siguiente forma: “Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares, los segundos por la intervención de los órganos estatales, y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el mismo acto, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el

¹⁶ **Monografías.com**, <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#matri> Consultado el 10/12/08.

¹⁷ Brañas Ob. Cit. Pág. 113.

consentimiento de los consortes, sino por la intervención que tiene el Alcalde municipal. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acto la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.”¹⁸ Este criterio tiene en cierto aspecto un poco de verdad, pero adolece de precisión ya que no penetra en el fondo de su naturaleza jurídica, de su esencia.

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

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

Este criterio es el más aceptado, pues en nuestra legislación actual se establece que el matrimonio es una institución social.

¹⁸ Brañas Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 114.

2.4 La separación y el divorcio

La separación personal se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados, sin que ninguno de ellos readquiera la aptitud nupcial. En el divorcio vincular los cónyuges pueden volver a contraer nuevo matrimonio. En algunos casos la separación de cuerpos puede ser una solución previa al divorcio vincular.

En el derecho comparado es mayoritaria la tendencia a legislar autónomamente la separación de cuerpos y el divorcio, y simultáneamente, prever la conversión de la separación personal en divorcio vincular.

La separación, institución heredada del derecho canónico como remedio a los matrimonios rotos sin llegar a disolver el vínculo, se ha mantenido en los diversos códigos con influencia del Código Civil francés.

“En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cual de los cónyuges dio causa al conflicto, cuál de los cónyuges es culpable del divorcio.”¹⁹

La separación puede ser denominada simplemente separación o separación de cuerpos o separación de personas, esta figura es definida por Planiol-Ripert como: “El estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”²⁰. Otros autores la denominan separación legal o divorcio relativo. Su característica fundamental consiste en que, a pesar de traer como consecuencia la terminación de la vida en común, deja vigente el vínculo matrimonial.

¹⁹ Monografías.com, <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#sepa> Consultado el 10/12/08.

²⁰ Brañas, Alfonso. **Ob.Cit.** Pág. 172.

Su origen eclesiástico es expuesto por Planiol-Ripert, en los siguientes términos. La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio se debe a la iglesia; ésta luchó contra el divorcio y logró poco a poco obtener su supresión. Como no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la iglesia creó la separación de cuerpos, que no es otra cosa que el divorcio antiguo disminuido en sus efectos, y conservo la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación. Los esposos separados no podían volver a casarse.

El Código Civil establece en el Artículo 153, “que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.” En el Artículo 154, del mismo cuerpo legal, establece que “la separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: Por mutuo acuerdo de los cónyuges y por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.” Como quedó expuesto, la legislación vigente acepta en forma expresa la separación de personas y el divorcio propiamente dicho.

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

“En la mayoría de los países, el matrimonio es una unión entre dos o más personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico, que tiene por fin proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia. En ocasiones los cónyuges (o uno de ellos) pueden desear deshacer el vínculo matrimonial, lo cual se lleva a cabo, si en la legislación está permitido, a través de la figura del divorcio.”²¹

²¹ Wikipedia la enciclopedia libre, <http://es.wikipedia.org/wiki/Divorcio> Consultado el 10/12/08.

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían, por razones religiosas primordialmente y sociales o económicas.

Para la mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

El motivo más común de divorcio era el adulterio, por lo cual en muchas sociedades antiguas también era penado con la muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Para la sociedad de los celtas, se practicaba la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener.

En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

Los hombres hebreos, en cambio, podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud. También existía el divorcio por mutuo disenso lo que actualmente conocemos por divorcio por mutuo consentimiento, sin embargo las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso o por mutuo consentimiento y la repudiación la cual lo realizaba el hombre, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En Roma no se tenía el divorcio sino hasta el siglo II a. de C. y tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su padre y descontentas con sus esposos, solían abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo, ya que fue la iglesia la que instituyó la separación de cuerpos, en su lucha contra el divorcio. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Sin embargo, la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

En España el Fuero Juzgo lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de ésta. Posteriormente, Las Siete Partidas lo prohibieron.

Italia en 1970 y España en 1981 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes.

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no considera posible el divorcio de las personas.

En algunos ordenamientos jurídicos el divorcio no está permitido, entendiendo que el matrimonio no puede disolverse por la mera voluntad de las partes.

El divorcio puede declararse por:

a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges;

b) Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

Lo cual se encuentra regulado por nuestro Código Civil, en el Artículo 154, el cual además establece: “La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.”

El mismo cuerpo legal establece en el Artículo 155, "Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio:

1- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;

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

3- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;

4- La separación o el abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;

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

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

7- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;

8- La disipación de la hacienda doméstica;

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

10- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;

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

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

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

14- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción; y,

15- Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.”

En los casos de las causales de divorcio, no es necesario esperar un plazo como ocurre en el divorcio por mutuo acuerdo, que es el de un año, en estos casos, se puede plantear desde que se cometió la causal determinada por la ley.

2.5 Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio

Los derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges han de entenderse como reflejados a manera de derechos respecto a uno y obligaciones respecto del otro.

La misma naturaleza del matrimonio, basada en la igualdad de los contrayentes ante la ley, así lo impone. Aquello que es derecho para el varón, es a la vez obligación para la mujer, y viceversa.

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

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

1- El vivir juntos, esto es, hacer vida en común.

2- Procrear, alimentar y educar a los hijos.

3- El auxiliarse entre sí.”²²

El Código no hace expresa referencia a la fidelidad entre los cónyuges. Sin embargo, debe entenderse como una obligación mutua, recíproca, toda vez que la infidelidad constituye una causa común para obtener la separación o el divorcio.

La legislación, no llama como deberes y derechos del matrimonio a los anteriormente expuestos; sino se refiere a ellos, juntamente con el ánimo de permanencia, denominándoles fines del matrimonio, que son necesariamente básicos para la debida existencia de la institución

²² Brañas. Ob. Cit. Pág. 151.

El Código Civil, vigente estipula los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, de la manera siguiente:

El Código Civil, establece en el Artículo 108, lo referente al apellido de la mujer casada.

“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.”

En el Artículo 109, del mismo cuerpo legal, establece: “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.”

En caso de divergencia o de conflicto en cuanto a la representación conyugal, el juez de familia decidirá a quien le corresponde.

En el Artículo 110 del Código Civil, se encuentra regulado lo relativo a la protección a la mujer: “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.”

No obstante el mismo cuerpo legal, obliga a ambos cónyuges a atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de estos.

En el Artículo 111, del mismo cuerpo legal, se regula lo relativo a la obligación de la mujer al sostenimiento del hogar: “La mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión u oficio o comercio; pero si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, la mujer cubrirá todos los ingresos que reciba”.

En el Artículo 112, del Código Civil, se regula lo siguiente: “La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre el sueldo, salario, ingresos del marido por las cantidades que corresponda para alimentos de ella y de sus hijos menores”.

Sin embargo el mismo Artículo le establece igual derecho al marido en los casos en que la mujer tenga la obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia. Es decir, cuando el marido se vea imposibilitado para trabajar.

CAPÍTULO III

3. La filiación

3.1 Definición

Para un mejor entendimiento acerca de este tema, podemos precisar dos conceptos de la filiación: Uno genérico, sin mayores derivaciones para el derecho según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que ésta sea, entre una o varias personas y un progenitor determinado, el otro, jurídico propiamente dicho, según el cual la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo.

En opinión del autor Planiol-Ripert, la filiación “es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra.”²³

Otra forma de definir a la filiación es: “El vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico.”²⁴

Del carácter estrictamente jurídico de la relación filial se desprenden ciertas consecuencias:

En primer lugar, puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial.

²³ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 194.

²⁴ Wikipedia, la enciclopedia libre, <http://es.wikipedia.org/wiki/Filiaci%C3%B3n> Consultado el 12/12/08.

En segundo lugar, la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica; por ejemplo, si alguien siendo padre biológico, pierde el juicio de reclamación por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea, pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y de maternidad según que se considera en relación con el padre o la madre.

Para el autor Rojina Villegas, la filiación constituye un estado jurídico, a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, que, afirma, son hechos jurídicos. Y agrega: "Por lo que se refiere a la filiación, encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el procreador y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre en el estado de minoridad o de mayoría de edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón."²⁵

²⁵ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 195.

Por lo cual podemos entender que la filiación es un vínculo o relación de parentesco que va a unir a dos personas en la cual una de ellas es el padre o la madre del otro, la cual se va a dar por el parentesco que existe entre ellos.

3.2 Clases de filiación

Según los preceptos de la ley de cada país, van a determinar las clases de filiación. El matrimonio es el término de referencia de la filiación; es decir, se parte de la relación surgente por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio.

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

Por ejemplo según la legislación francesa, la filiación puede ser:

1- Legítima, hijo nacido de padre y madre casados;

2- Natural simple, hijo de padres no casados, pero que hubieran podido casarse al tiempo de la concepción;

3- Natural adulterina, si uno o ambos de los padres estaban casados al momento de la concepción;

4- Incestuosa, hijo de padres que tienen entre sí, parentesco de acuerdo a los grados de ley,

5- Adoptiva, la resultante de la adopción.

La legislación civil guatemalteca se aparta completamente de esta clasificación.

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

1- Filiación matrimonial: La del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

2- Filiación cuasimatrimonial: La del hijo concebido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada.

3- Filiación adoptiva. La del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que lo adopta.

3.3 La filiación y su regulación legal en la legislación guatemalteca

Como establecimos anteriormente la filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra.

La filiación matrimonial la encontramos en el Artículo 199, del Código Civil, el cual establece: El marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio:

a) El hijo nacido después de 180, días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y,

b) El hijo nacido dentro de los 300, días siguientes a la disolución del matrimonio.

En cuanto a la filiación cuasimatrimonial la encontramos regulada en el Artículo 182, del mismo cuerpo legal, la cual determina lo siguiente: La unión de hecho inscrita en el registro civil, produce los efectos siguientes:

1- Los hijos nacidos después de 180, días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho, y

2- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida, presunción contra la cual se admite prueba en contrario...

Pues como nos podemos dar cuenta de que los hijos nacidos durante la unión de hecho legalmente declarada se consideran hijos de ambos; por lo cual existe el vínculo con el menor.

En cuanto a la filiación adoptiva se encuentra regulada en la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007, la cual establece en el Artículo dos, lo siguiente: “Adopción: Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona...”

Como nos podemos dar cuenta aquí el vínculo existe entre el adoptante y el adoptado únicamente, y no con los otros familiares del adoptante.

El Código Civil, regula lo relativo a la filiación extramatrimonial, en el Artículo 209, los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio, sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge.

En este caso nuestra ley, trata de proteger a los hijos menores al brindarles los mismos derechos de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento; y con respecto del padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Las formas de reconocimiento por parte del padre pueden ser:

1- Voluntario, y

2- Judicial.

El reconocimiento voluntario puede hacerse:

1- En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil;

2- Por acta especial ante el mismo registrador civil;

3- Por escritura pública;

4- Por testamento; y,

5- Por confesión judicial.

El reconocimiento judicial puede hacerse: El hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él.

3.4 La filiación, paternidad y los alimentos

La filiación como lo establecimos anteriormente para el autor Planiol-Ripert, la filiación: Es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra.

Mientras que la paternidad la podemos definir como: El vínculo o el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre de la otra.

Otra definición de la paternidad es: “La que considera a la paternidad desde dos puntos de vista, primero como un concepto biológico y segundo como un concepto jurídico.”²⁶

Desde un punto de vista biológico, la paternidad es la relación que existe entre un padre (entendiendo por tal al progenitor masculino) y sus hijos. Normalmente nos referimos en este concepto a hijos biológicos.

Desde un punto de vista jurídico, aplicable únicamente a las personas, la paternidad no es sinónimo de filiación, pues la filiación es de forma descendente y la paternidad es de forma horizontal (y en algunas ocasiones sólo de la paterna o por parte de padre).

²⁶ Enciclopedia libre Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Paternidad> Consultado el 12/12/08.

La paternidad lleva aparejada la patria potestad y puede ser tanto natural como jurídica. Por lo que debemos de entender que la paternidad, es el vínculo o relación de parentesco que existe entre dos personas, pero a diferencia de la filiación, en esta una de ellas sólo puede ser el padre de la otra, ya que en el caso de la maternidad no existe conflicto pues esta se prueba con el hecho de la concepción.

El derecho de alimentos considerándola desde el punto de vista de su obligatoriedad, Planiol-Ripert escribe que se califica de alimenticia la obligación impuesta a una persona de suministrar a otra persona los socorros necesarios para la vida.

El derecho de alimentos lo podemos determinar, como: Una institución jurídica por medio de la cual los padres asumen la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida que reclamen las necesidades de éstos, según la opinión del autor Puig Peña.

La patria potestad puede también ejercerse sobre los hijos mayores de edad, cuando hayan sido declarados en estado de interdicción.

Podemos determinar la naturaleza jurídica de los alimentos como: “Es más que toda una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y dar la correcta administración de los bienes de éstos. La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tiene una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad.”²⁷

²⁷ Aguilar & Aguilar, corporación de abogados, <http://www.canalegal.com/contenido.php?c=30&titulo=familia>
Consultado el 12/12/08.

Para el civilista Rojina Villegas, define: “Es derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o el divorcio en determinados casos.”²⁸

La ley regula en el Artículo 278 del Código Civil, que “La denominación de alimentos comprende todo o que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.”

Antecedentes históricos sobre el derecho de alimentos en el derecho guatemalteco:

Ni el Código Civil de 1877, ni el de 1933, ni el vigente, dan un concepto de los alimentos. El primero los reguló conjuntamente con los deberes entre padres e hijos, en el libro I, título V, capítulo III. El segundo le dedicó un título especial, el VIII en el libro I, inmediatamente después del título concerniente a la patria potestad. El vigente, también en el libro I, se refiere a los alimentos en el capítulo VIII, dentro del título II, de la familia.

Según el Código de 1877, los alimentos se caracterizaban por ser un derecho inherente al alimentista y por consiguiente intransmisible, irrenunciable y no objeto de transacción, salvo los bienes ya adquiridos por razón de alimentos, los cuales podían transmitirse, renunciarse o compensarse, reconoció la proporcionalidad de los alimentos y su incompensabilidad.

No existe unanimidad doctrinaria, se conocen tres doctrinas, con respecto de su fundamento jurídico:

²⁸ Brañas. Ob. Cit. Pág. 255.

1- La que lo apoya en el parentesco;

2- La que lo basa en el derecho a la vida;

3- La que lo funda o asienta en intereses públicos o sociales.

Hay que destacar que desde el punto de vista del obligado es por parentesco, y desde un ángulo del alimentario es por parentesco y derecho a la vida.(Fundamento social y económico del derecho de alimentos).

El tratadista Federico Puig Peña señala que una de las principales consecuencias que surgen de la relación jurídico-familiar, entendida en un sentido amplio, es el deber alimenticio entre determinados parientes que imponen el orden jurídico, a la vista de la propia naturaleza del organismo familiar.

Toda persona tiene por ley natural derecho a la vida, o sea, proveerse de los medios necesarios para su subsistencia. Este derecho se transforma en deber cuando la persona, por sí misma, puede buscar esos medios a través de su trabajo u ocupación. Cuando esta capacidad falta y la persona indigente no tiene nadie que por ella vele, es el mismo Estado el que regula los dispositivos eficaces para que no quede carente de protección, dando lugar a la beneficencia pública, que, como deber general del cuerpo político, encuentra en las instituciones ad hoc la solución conveniente.

Pero cuando la persona indigente tiene familiares cercanos, entonces el orden jurídico confiere a la persona necesitada de una protección especial el derecho a una pretensión general de alimentos, que puede actualizar contra el pariente, si éste se encuentra en condiciones económicas favorables, en base a la obligación que los

mismos vínculos familiares le imponen y a la contribución poderosa que en justificación de esa asignación que del deber alimenticio hace el Estado en el pariente, para conservar el mismo honor familiar.

Se entiende por deuda alimenticia familiar la prestación que determinadas personas, económicamente posibilitadas, han de hacer a algunos de sus parientes pobres, para que con ella puedan éstos subvenir a las necesidades más importantes de la existencia.

En relación a la pensión provisional, dice el autor en cita, “que ésta fue objeto de nuevo tratamiento en el Código Procesal Civil y Mercantil, debido a las dificultades que se habían presentado con el anterior Código. En éste se establecía que mientras se ventilaba la obligación de dar alimentos, podía el juez ordenar, según las circunstancias, que se dieran provisionalmente, desde que en la secuela del juicio hubiera fundamento razonable, sin perjuicio de restitución, si la persona de quien se demandaban obtenía sentencia absolutoria”.²⁹

Con base en ese precepto los jueces podían fijar, a su prudente arbitrio, la pensión alimenticia en forma provisional; pero el problema surgía por la expresión (desde que en la secuela del juicio haya fundamento razonable). Había jueces que estimaban que la pensión provisional no podía fijarse con la sola presentación de la demanda sino hasta que se hubiera contestado ésta, por que hasta ese entonces podía hablarse propiamente de juicio. Naturalmente que no era un criterio correcto, por la función que los alimentos están llamados a desempeñar, pero siempre quedaba en pie el criterio legal sobre que debía de haber un fundamento razonable.

²⁹ Aguilar & Aguilar, <http://www.canalegal.com/contenido.php?c=116&titulo=derecho-de-alimentos> Consultado el 12/12/08.

El Diccionario de derecho usual del tratadista Guillermo Cabanellas, dice que los alimentos son: “las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia; esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentista es menor de edad.” Los alimentos se clasifican en:

a) Legales;

b) Voluntarios; y,

c) Judiciales.

La obligación de darse alimentos puede realizarse, a elección del obligado a darlos, o satisfaciéndolos en su propio domicilio (en cuanto a comida y habitación) y pagando ciertos gastos (vestido, médico, medicinas, instrucción y educación), o abonando directamente una cantidad de dinero, convenida entre las partes o regulada por el juez.

La opción domiciliaria no parece admisible cuando se trata de cónyuges separados ni, en cuanto a los hijos, si los padres han perdido la patria potestad por ejemplos corruptores.

Debemos de entender por Alimentista: También conocido como alimentario, como la persona que recibe los alimentos. Y por Alimentante: Quien alimenta. Una de estas voces, o ambas indistintamente, parecen adecuadas para contraponerlas a las de alimentista y alimentario en el sentido jurídico.

Características del derecho de alimentos:

a) Es personal e intransmisible, en consecuencia no es negociable, las pensiones atrasadas si pueden ser objeto de negociación. Lo cual lo encontramos regulado en el Artículo 279, del Código Civil.

b) Es irrenunciable, las pensiones atrasadas podrán renunciarse. Lo cual lo encontramos regulado en el Artículo 282, del Código Civil.

c) No es compensable, regulado en el Artículo 282, del Código Civil.

d) Es inembargable, regulado en el Artículo 282, del Código Civil.

e) La prestación alimenticia es variable en cuanto al monto, regulado en el Artículo 280, del Código Civil.

f) Es recíproco entre parientes, regulado en el Artículo 283, del Código Civil.

g) No puede ser objeto de transacción, ni sujetarse a juicio de árbitros, regulado en el Artículo 282, del Código Civil.

Las personas obligadas a prestar alimentos, se encuentran regulado por el Código Civil, en el Artículo 283:

a) Los cónyuges;

b) Los ascendientes;

c) Los descendientes;

d) Los hermanos.

Forma de prestación alimentaria, se encuentra regulada en los Artículos 279 y 287, del Código Civil, se da de la siguiente manera, por regla general los alimentos se pagarán mediante pensión, en dinero, que será fijada por el juez, el pago se hará por mensualidades anticipadas. Por excepción y en virtud de la justificación correspondiente, el juez podrá acordar o permitir que el obligado preste los alimentos de otra manera, es decir en forma diferente de la pensión en dinero.

Cesación de la obligación de prestar alimentos, se encuentra regulado por el Artículo 289, del mismo precepto legal, el cual establece los casos en que cesa la obligación de prestar alimentos:

1- Por muerte del alimentista;

2- Cuando aquel que los proporciona se ve en la imposibilidad de continuar prestándolos o cuando termina la necesidad del que los recibía;

3- En el caso de injuria, falta o daño grave inferidos por el alimentista contra el que deba prestarlos;

4- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas; y

5- Si los hijos menores se casaren sin el consentimiento de los padres.

3.5 La paternidad irresponsable y la prueba de ADN

Debido a la negativa de los hombres en cuanto a reconocer a sus hijos, argumentando de que no están seguros sobre la paternidad del menor o del hijo concebido, el Congreso de la República de Guatemala acaba de aprobar el ADN como prueba de filiación, y en caso de denegatoria se tendrá como cierta la paternidad.

La prueba Acido Desoxirribonucléico es el método más preciso que existe debido a que el ADN de cada persona es único.

De esta manera, se beneficia a las mujeres que buscan reconocimiento de filiación para sus hijos. También es solicitada por hombres que desean demostrar que están siendo acusados falsamente de ser padres biológicos de un niño que es imputado como suyo. Algunos hombres simplemente la usan para absolver una duda antigua (muchas veces sin conocimiento de la madre, cuya participación no es indispensable). Asimismo, es una prueba usada en litigios por razones de herencia, casos forenses, etc.

“La prueba de Acido Desoxirribonucléico (ADN) está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño(a) y del presunto padre. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total.

La prueba ADN es la forma más precisa para determinar la paternidad. Si los modelos ADN entre el niño y el presunto padre no aparecen en dos o más sondas, entonces el presunto padre es excluido 100% lo que significa que él tiene una probabilidad de 0% de paternidad; no puede ser el padre biológico del niño.

Si los modelos ADN aparecen entre la madre, el niño y el presunto padre con cada sonda, entonces podemos calcular una probabilidad de paternidad de 99.9% o más. La mayor parte de las cortes/jurados de los Estados Unidos aceptan resultados de 99.0% como evidencia de paternidad.”³⁰

Es de conocimiento histórico que la determinación de la paternidad era una preocupación inclusive en tiempos precristianos. Es clásico el caso del hijo que Cleopatra llevó desde Egipto hasta Roma imputando su paternidad a Julio César y creando un problema político en Roma que terminó con el asesinato del propio Julio César.

Desde esas épocas hasta exactamente el año 1900, el parecido físico era el único parámetro concreto mediante el cual se podía tratar de dilucidar si un hombre era o no el padre biológico de un niño. Obviamente, éste era un método sujeto a interpretaciones muy subjetivas que sólo en casos muy específicos daba resultados creíbles para la comunidad.

Los desarrollos más importantes para resolver estos problemas recién se empezaron a dar en el Siglo XX: a) Cuando Karl Landsteiner en el año 1900, describió el sistema de grupos sanguíneos ABO (antígenos tipo A ó tipo B que podían o no estar asociados a los glóbulos rojos) y b) Cuando varios años después (hacia 1915), la comunidad científica reconoció y aceptó que la forma de heredar dichos antígenos seguía un patrón descrito a fines del siglo XIX por Gregor Mendel en sus experimentos con vegetales. El patrón mendeliano de la herencia del sistema ABO fue dilucidado por Felix Bernstein en 1924.

³⁰BioGenomica, <http://biogenomica.com/historia.htm> Consultado el 12/12/08.

La determinación de paternidad mediante el análisis de los grupos sanguíneos ABO fue utilizada por primera vez de manera legal en Alemania en 1924. Tal fue el furor del análisis que se llegó a procesar más de 5,000 casos legales sólo entre 1924 y 1929. Los tribunales de Italia, Escandinavia y Austria siguieron pronto el ejemplo de Alemania. Recién en 1937 la American Medical Association aprobó el uso de esta técnica en los EE.UU., aunque ya en 1931 se había dado el primer caso de paternidad (Commonwealth vrs. Zammarelli) ventilado en tribunales de los EE.UU.

La utilidad de la determinación de paternidad mediante la comparación de los grupos sanguíneos del padre presunto, la madre y el niño, se notaba fundamentalmente en los casos de exclusión. En estos casos la probabilidad de paternidad era de exactamente cero por ciento. Sin embargo, en grupos humanos de poca variabilidad étnica la preponderancia local de ciertos tipos de grupos sanguíneos hacía que en la mayoría de los casos sólo se concluyera que el hombre era probable que pudiera ser el padre biológico de la criatura. Sin embargo, mientras más común era el tipo sanguíneo del padre presunto en el grupo étnico de la localidad, menor era su probabilidad de paternidad.

Entre los años 1940 y 1970 ocurrieron avances importantes pues Levine y Stetson en 1940 descubrieron el sistema Rh y en años sucesivos nuevos subgrupos sanguíneos empezaron a ser descritos. Sin embargo, aún persistía el problema de que lo único que se podía saber con 100% de certeza era si el padre presunto en efecto no era el padre biológico; es decir si aquel era excluido como padre. La metodología disponible hasta entonces no hacía posible designar con ningún grado de certeza importante si un padre presunto Sí era en efecto el padre biológico (caso de inclusión).

En 1985 se describió por primera vez el uso de la técnica conocida como RFLP (restriction fragment length polymorphisms) para análisis de paternidad. En esta técnica, se utiliza enzimas llamadas de restricción por ejemplo: HaeIII para cortar el ADN en sitios previamente conocidos por su gran variabilidad (regiones hipervariables) en la búsqueda de una secuencia específica. “Los fragmentos resultantes se colocan en una matriz hecha de un gel. Una corriente eléctrica se aplica al gel y los fragmentos (que tienen carga negativa) migran a lo largo del gel (dirigiéndose al polo positivo), de manera tal que los fragmentos pequeños logran movilizarse más lejos, y los fragmentos más grandes son más lentos. Los fragmentos así separados son transferidos a una membrana de nylon, la cual es luego expuesta a una sonda de ADN marcada [la cual es un pequeño segmento sintético de ADN que reconoce específicamente - y por tanto se une específicamente a un segmento único (locus) del ADN de la persona que se está examinando.³¹”

El descubrimiento de los antígenos asociados a los glóbulos blancos llamados sistema HLA (Human Leukocyte Antigen) permitió que hubiera un método más sofisticado para determinar paternidad ya que estos también seguían un patrón hereditario mendeliano. Sin embargo, recién cuando se pudo usar la tecnología del ADN aplicada a los antígenos HLA se pudo conseguir probabilidades de paternidad que se aproximaban al 80%. Sin embargo, este era un valor aún insuficiente para contar con la capacidad de designar inequívocamente al verdadero padre biológico.

Es importante resaltar que hoy en día hay algunos laboratorios que equivocadamente persisten en ofrecer pruebas de HLA hechas por ADN para determinación de

³¹ **Ibid.**

paternidad, siendo la verdadera utilidad actual de este método el determinar histocompatibilidad previa a trasplantes de órganos.

El ADN (Ácido Desoxirribonucleico) constituye el material genético de las células del cuerpo humano. Con un tipo de excepción, el ADN se encuentra exclusivamente en el núcleo de las células. En el genoma (conjunto integral y secuenciado del ADN) humano se estima que hay aproximadamente 27,000 genes. Los genes son trozos funcionales de ADN compuestos a su vez de 1000 hasta 200,000 unidades cada una, llamadas nucleótidos. Los nucleótidos se encuentran organizados formando un par de cadenas apareadas que toman la forma tridimensional de un doble hélix. Hay más de (3,000'000,000) tres mil millones de pares de bases que constituyen el genoma de una sola célula humana.

Cada nucleótido del ADN está compuesto de tres subunidades: una base nitrogenada, una desoxirribosa y un grupo fosfato. Hay cuatro tipos de bases nitrogenadas en los nucleótidos del ADN: timina (T), citosina (C), guanina (G) y adenina (A). Es importante que así como hay regiones con función conocida o supuesta (los genes), sucede que casi la mitad del ADN del genoma humano consiste de regiones (intrones) con función hasta hoy desconocida y que tienen una secuencia de nucleótidos repetitiva en muchos casos pero con patrones hipervariables en muchas regiones del genoma.

Es precisamente de la hipervariabilidad (polimorfismo) de estas regiones del ADN de lo que se aprovecha para detectar diferencias (o semejanzas) entre un ser humano y otro, estudiando su ADN. Las regiones repetitivas pueden presentarse como tandas repetitivas cortas o largas.

A esto se le llama VNTRs (variable number of tandem repeats) entre los que están los STR (short tandem repeats), que son las regiones hipervariables que estudiamos nosotros para las pruebas modernas de paternidad.

Toda célula nucleada contiene 46 cromosomas [excepto los gametos: Los espermatozoides en el hombre y los óvulos en la mujer, que tienen 23 cromosomas cada uno]. Los cromosomas son tan sólo la forma como la célula ordena su ADN combinándolo con ciertas proteínas.

En el momento de la concepción, se necesita 46 cromosomas para procrear un nuevo ser humano. En consecuencia, una persona debe recibir exactamente la mitad de su material genético de su madre biológica y exactamente la otra mitad del padre biológico.

La prueba del ADN está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño(a) y del presunto padre.

Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total.

Si no se hace la prueba a la madre, los perfiles del ADN del niño(a) serán comparados al perfil del ADN del presunto padre. La técnica utilizada permite obtener el mismo grado de exactitud (probabilidad de paternidad) en los análisis en que no se examina el ADN de la madre sino sólo el ADN del hijo(a) y el ADN del padre presunto.

El ADN se puede extraer a partir de una variedad de muestras:

- a) “Células epiteliales de la mejilla,
- b) Glóbulos blancos de la sangre
- c) Folículos pilosos
- d) Células fetales (provenientes de líquido amniótico) en cultivo
- e) Semen
- f) Otras muestras biológicas (tejidos, etc.)”³²

³² BioGenomica, <http://biogenomica.com/ADN.htm> consultado el 12/12/08.

CAPÍTULO IV

4. Impedimentos para contraer matrimonio

4.1 Generalidades

Algunos autores distinguen, como requisitos del matrimonio:

1. Los requisitos de existencia

- a) diversidad de sexo,
- b) consentimiento,
- c) intervención de funcionario competente.

2. Los requisitos de validez

- a) capacidad,
- b) consentimiento,
- c) formalidades.

Dando a cada uno de los distintos elementos integrantes de unos u otros requisitos, distinta proyección según que incidan en la existencia o en la validez del acto matrimonial.

Otros civilistas distinguen entre elementos esenciales, los siguientes:

- 1- manifestación de voluntad de los contrayentes,
- 2- del funcionario competente.

Los elementos de validez:

- 1- capacidad,
- 2- ausencia de vicios del consentimiento,
- 3- observancia de las formalidades legales,
- 4- licitud en el objeto del acto.

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

Toda vez que el objeto primordial de la institución matrimonial es el establecimiento de una nueva familia, resulta lógico que la ley deje previstos, a manera de prohibiciones, en aquellos casos en que no proceda su autorización.

Generalmente, a esas prohibiciones se les denomina impedimentos matrimoniales, con terminología originaria del derecho canónico. La teoría de los impedimentos matrimoniales, tuvo su origen y mayor desarrollo en el derecho canónico, el cual hizo de los mismos una clasificación que alcanzó aceptación universal.

Conforme a dicha clasificación, los impedimentos se dividen en dos grandes categorías: los llamados elementos dirimentes, constituidos por aquellas prohibiciones que producen la nulidad del matrimonio, y los impedimentos impeditivos, formados también por prohibiciones, pero cuya contravención no afecta la validez del acto, aunque si da origen a la aplicación de sanciones penales a los contraventores.

La misma legislación canónica, tomando en cuenta las diversas situaciones en que pueden encontrarse las personas que adolecen de alguna ineptitud de las que dan origen a un impedimento dirimente, dividió estos en absolutos y relativos.

4.2 Impedimentos absolutos (Insubsistencia del matrimonio)

Según nuestra legislación tiene impedimento absoluto para contraer matrimonio lo cual se encuentra regulado en el Artículo 88 del Código Civil:

- 1- Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medios hermanos;
- 2- Las personas casadas y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

3- Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y

En cuanto a la primera prohibición tiene su fundamentación por razones de orden biológico, ya que por la concepción entre parientes cercanos se dan defectos de orden físico y mental, que pueden presentarse en la descendencia.

En cuanto a la segunda prohibición, se encuentra justificado por razones de orden moral. A su respecto, la exposición de motivos del proyecto del Código Civil, no es clara al determinar que no puede reconocerse existencia de vínculo matrimonial en ningún caso, ni aún alegando prescripción, del matrimonio celebrado de buena o mala fe, entre ascendientes o descendientes, que hayan estado ligados por afinidad, como por ejemplo, entre suegra y yerno, o entre suegro y nuera.

Planiol-Ripert, comentando la ley francesa del primero de julio de 1914, escriben: “El matrimonio esta prohibido entre cuñada y cuñado, pero únicamente cuando el matrimonio que ha creado el parentesco por afinidad se haya disuelto por el divorcio (no así por la muerte de alguno de los cónyuges). El legislador ha estimado que semejantes matrimonios son dictados en la mayoría de los casos por el interés de los hijos: nadie mejor para reemplazar al padre o la madre que el tío o la tía. Pero, a fin de evitar que la perspectiva de un matrimonio entre personas que viven tan cerca unas de otras, las incite a relaciones adúlteras seguidas de un divorcio destinado a permitir su regulación el legislador ha mantenido su prohibición cuando el matrimonio ha terminado por medio de divorcio.”³³

³³ Brañas, Alfonso. Manual de derecho civil Pág. 126.

En el caso de Guatemala, debe tenerse presente que el impedimento para contraer matrimonio entre los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad, no importando si el vínculo matrimonial se extinguió por el divorcio o por fallecimiento de uno de los cónyuges. Disposición que indudablemente peca de excesiva drasticidad.

En cuanto a la tercera prohibición, en cuanto a las personas casadas o unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, no requiere de mayor explicación, pues si se aceptara se estaría permitiendo la bigamia.

4.3 Impedimentos relativos (ilicitud del matrimonio)

Como se encuentra regulado por nuestro Código Civil en el Artículo 89, 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 consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o tutela;

3º. 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 ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado.

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

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

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

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

Cuando la ley se refiere a la primera prohibición, del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor, también establece en el Artículo 82, del mismo cuerpo legal, que dicha autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o por quien de ellos ejerza sólo la patria potestad, ya que esto se refiere a la aptitud para contraer matrimonio, ya que el menor de edad, no se encuentra en condiciones emocionales para tomar por si sólo la decisión por lo que necesita de sus padres o de su tutor para que pueda tomar una mejor decisión, encomendándole aún a un juez el consentimiento en lo que la doctrina se le conoce como la dispensa judicial.

En cuanto a la segunda de las prohibiciones, tiene su fundamento, en aquellas edades

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

Refiriéndose a otro aspecto del problema, Fonseca escribe:

“En la actualidad ninguna de las legislaciones fija un límite máximo de edad para que las personas puedan contraer matrimonio y, puede decirse que tampoco ha sido ésta una practica en el pasado, ya que con excepción del Código Civil ruso, anterior a la revolución, que prohibía el matrimonio a quienes hubieran cumplido noventa años, no se encuentran precedentes en tal sentido. La inexistencia a la referida prohibición se justifica porque, como se ha dicho, la procreación no es la única finalidad del matrimonio, toda vez que este puede motivarse en la necesidad que sientan un hombre y una mujer de vivir juntos para auxiliarse mutuamente.”³⁴

En cuanto a la tercera prohibición, comenta el autor Planiol-Ripert, lo llaman impedimento especial de la mujer que vuelva a casarse, y exponen su razón de ser al referirse al denominado plazo de viudedad (la ley francesa contempla expresamente el caso de muerte del marido), o de segundas nupcias, en los siguientes términos: Tiene por objeto evitar una confusión de parto (*tubatio sanguinis* o *partus*), es decir, la incertidumbre sobre el verdadero padre del hijo que puede nacer. La ley para

³⁴ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 128.

determinar la paternidad legítima ha tenido que calcular el término que comprenda los casos extremos de duración o de brevedad; le asigna un término de 300 días cuando más y de 180 días cuando menos.

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

En cuanto a las prohibiciones cuarta y quinta, tiene por objeto evitar que quien ejerza la tutoría se aproveche y valga de su posición y de la inexperiencia de la persona menor de edad, para en uno de los supuestos, liberarse de la obligación de rendir cuentas de su administración o bien pasar a ejercerla indefinidamente por razón del matrimonio.

En cuanto a la sexta prohibición, está persigue la protección y garantía de los bienes de los hijos menores de edad que se encuentran es su poder para la administración, contra los posibles malos manejos de la persona extraña o contra su influencia en ese sentido.

La séptima prohibición, tiene su fundamentación en cuanto que se crea un vínculo idéntico a los existentes entre padres e hijos.

4.4 Anulabilidad del matrimonio

Nuestro actual Código Civil, establece, es anulable el matrimonio:

- 1- Cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción;
- 2- Del que adolezca de impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio;
- 3- De cualquier persona que padezca incapacidad mental al celebrarlo; y
- 4- Del autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, con el cónyuge sobreviviente”.

En estos casos debemos entender que el matrimonio es valido, es decir que sí nace a la vida jurídica, pero que puede solicitarse su anulabilidad en los tiempos determinados por la ley.

Es en este sentido, de que la anulabilidad del matrimonio únicamente lo puede pedir la parte que no da lugar a ella. Es decir, si no se presenta por ellos impugnación posterior aduciendo error, dolo o coacción como determinantes en la celebración del matrimonio, éste ha de considerarse válido.

Desde otro punto de vista, resultaría violento que impugnarán el matrimonio personas ajenas al vínculo creado por el mismo, cuando por ejemplo, no lo hicieran los contrayentes o el contrayente afectado, aún conociendo posteriormente la causa de nulidad, por considerar que el matrimonio puede continuar.

En los casos en que existe la anulabilidad del matrimonio, por impotencia absoluta o relativa, debemos entender que existen dos clases de impotencia según lo regula nuestra legislación, la primera establece impotencia absoluta, es decir, que el cónyuge se ve imposibilitado para mantener relaciones sexuales; y la segunda la impotencia relativa, en este caso el cónyuge si puede tener relaciones sexuales pero no puede engendrar hijos.

Y en nuestra legislación se establece al matrimonio como una institución social que tiene por finalidad la procreación, por lo cual establece esta imposibilidad de cualquiera de los cónyuges como una causa para pedir la nulidad del matrimonio.

En cuanto a la incapacidad mental de alguno de los cónyuges, la cual debe ser necesariamente comprobada por expertaje médico, y ser determinante en el sentido de que la persona no estaba apta mentalmente para formalizar el matrimonio.

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

En cuanto a lo relativo del autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, tiene su fundamento, en una razón de orden moral y de defensa de las buenas costumbres, este impedimento tiene como finalidad evitar la comisión de un delito que

se funde en la esperanza de que destruyendo un vínculo matrimonial existente, por la muerte de uno de los cónyuges, le resulte posible a los autores o al autor y cómplice del crimen, unirse entre sí en matrimonio.

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

4.5 Los impedimentos para contraer matrimonio y la regulación penal

Como hemos establecido anteriormente, la teoría de los impedimentos matrimoniales, tuvo su origen y mayor desarrollo en el derecho canónico, el cual hizo de los mismos una clasificación que alcanzó aceptación universal. Conforme a dicha clasificación, los impedimentos se dividen en dos grandes categorías: los llamados elementos dirimentes, constituidos por aquellas prohibiciones, cuya prohibición produce la nulidad del matrimonio, y los impedimentos impedientes, formados también por prohibiciones, pero cuya contravención no afecta la validez del acto, aunque si da origen a la aplicación de sanciones penales a los contraventores.

La misma legislación canónica, tomando en cuenta las diversas situaciones en que pueden encontrarse las personas que adolecen de alguna ineptitud de las que dan origen a un impedimento dirimente, dividió estos en absolutos y relativos.

Por lo cual debemos entender que los impedimentos absolutos regulados en el Artículo 88, del Código Civil, establece: Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio:

Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medio hermanos;

1- Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y,

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

En estos casos el matrimonio celebrado es nulo ipso iure, es decir que no nace a la vida jurídica, por lo tanto no es protegido este vínculo por nuestro derecho vigente.

El matrimonio es insubsistente en los casos establecidos por nuestra legislación, la declaratoria de insubsistencia puede hacerla de oficio el juez, con la intervención de los cónyuges y de la Procuraduría General de la Nación.

En cuanto a los impedimentos relativos, conocidos por la ley como ilicitud del matrimonio, se encuentra regulado en el Artículo 89, del Código Civil, el cual establece:

No podrá ser autorizado el matrimonio:

1- Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor;

2- 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 consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o 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 ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado.

4- Del tutor y el protutor o de sus descendientes, de la persona que este bajo su tutela o protutela;

5- Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela, 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 aquéllos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona, y

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

En estos casos el matrimonio celebrado en su contravención será valido, pero tanto el funcionario como las personas culpables de la infracción serán responsables de conformidad con la ley y las personas del: a) Del tutor y el protutor o de sus descendientes, de la persona que este bajo su tutela o protutela, y b) Del tutor o del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración; perderán la administración de los bienes de los menores, y no podrán sucederles por intestado.

Si el funcionario que interviene en el acto tuviere conocimiento de la existencia de algún

impedimento legal, ya sea por razón de oficio o por denuncia de la Procuraduría General de la Nación o de cualquier persona, ordenará la suspensión de las diligencias matrimoniales y no podrá proseguirlas hasta que los interesados obtengan resolución favorable por autoridad competente. Si la denuncia no fuere ratificada, quedará sin efecto.

En relación a los matrimonios celebrados que sufran de causa de nulidad por las causas establecidas en nuestra ley, en el Artículo 145, el cual establece: “Es anulable el matrimonio:

- 1- Cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción;
- 2- Del que adolezca de impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio;
- 3- De cualquier persona que padezca incapacidad mental al celebrarlo; y
- 4- Del autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, con el cónyuge sobreviviente.”

El error que hace anulable el matrimonio es el que recae sobre la identidad personal del otro contrayente o se produce por la ignorancia de algún defecto sustancial del mismo, de tal gravedad, que haga insoportable la vida en común o constituya un peligro para la prole. Esto se encuentra regulado en el Artículo 146, del Código Civil, en el primer supuesto, en donde recae sobre la identidad personal del otro contrayente, tenemos por ejemplo: en los matrimonios por poder, en donde no se especifique exactamente la identidad de la persona con la que el mandante pretende casarse, podría darse el error

y casarse con la hermana. En cuanto al error sustancial, podríamos ejemplificarlo con que uno de los contrayentes padezca de una amputación de uno de sus miembros y el otro no lo haya notado.

La acción de nulidad que nace por el error o dolo, sólo puede plantearse por el cónyuge engañado dentro del término de 30 días, desde el momento de darse cuenta del error o engaño.

En los casos en que haya existido violencia, tiene un término de sesenta días, el contrayente agraviado desde el momento en que ceso la violencia, amenaza o intimidación, esto se encuentra regulado por el Artículo 147, del Código Civil.

El Artículo 148, del mismo cuerpo legal regula, lo relativo al ejercicio de nulidad en los casos de impotencia de uno de los cónyuges, puede pedirse por cualquiera de los contrayentes si la impotencia es relativa (incapacidad para procrear), pero si la impotencia fuere absoluta (incapacidad para el acto sexual), el cónyuge impotente no podrá demandar la nulidad.

La acción deberá ser ejercida dentro de los seis meses de haberse efectuado el matrimonio.

La acción de nulidad en los casos del autor, cómplice o encubridor de la muerte de uno de los cónyuges, puede ser planteada por el cónyuge inocente, por los hijos de la víctima, o por la Procuraduría General de la Nación, en un plazo de seis meses contados, para el cónyuge inocente desde que tuvo conocimiento de la culpabilidad del nuevo cónyuge y para los hijos y la Procuraduría General de la Nación, desde que se

celebró el nuevo matrimonio; lo cual lo regula el Artículo 149, del Código Civil.

Para poder ejercitar la acción de nulidad del matrimonio en los casos de que uno de los cónyuges adolezca de incapacidad mental, puede demandarse por el cónyuge capaz, por el padre, la madre o tutor del incapacitado y por la Procuraduría General de la Nación, dentro de los 60 días de realizado el matrimonio. Lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 150, del Código Civil.

Como lo establece la ley, en el Artículo 152, la declaratoria de nulidad o de insubsistencia del matrimonio se mandara a publicar por el juez, en el Diario Oficial y se comunicará a los registros: Civiles del Registro Nacional de Personas y al Registro General de la Propiedad.

De igual manera es importante revisar lo que disponen en cuanto a las prohibiciones para contraer matrimonio, regulados por las leyes penales.

En el Artículo 229 del Código Penal indica: "La viuda que contrajere matrimonio antes de transcurrido el plazo señalado en el Código Civil para que pueda contraer nupcias, será sancionada con multa de cien a quinientos quetzales.

Igual sanción se aplicara a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido disuelto por divorcio o declarado nulo, si contrajere nuevas nupcias antes de que haya transcurrido el plazo señalado por el Código Civil."

No se debe olvidar el Decreto 2-96 del Congreso de la República que en su Artículo seis señala: "Todas las penas de multa establecidas en el Código Penal, se incrementan, en su mínimo y en su máximo, cinco veces su valor.

Obsérvese que no hay necesidad de anotaciones en cada artículo que tenga regulada multa.

Solamente hay que tener presente este precepto y realizar la operación matemática.”

CAPÍTULO V

5. Violación del derecho de igualdad contenido en el Artículo 89 numeral 3o. Del Código Civil, en cuanto al plazo a la mujer para volver a contraer matrimonio.

5.1 El derecho de igualdad

El principio de igualdad consiste en que todos los seres humanos tengan las mismas oportunidades, derechos y obligaciones sin distinción alguna, siempre que se encuentren en las mismas condiciones.

La enciclopedia Wikipedia señala: “La igualdad es una situación social según el cual las personas tienen las mismas oportunidades o derechos en algún aspecto. Existen diferentes formas de igualdad, dependiendo de las personas y de la situación social particular. Por ejemplo, la igualdad entre personas de diferente sexo, igualdad entre personas de distintas razas, igualdad entre los individuos de otras especies, igualdad entre personas discriminadas o de distintos países con respecto a las oportunidades de empleo o la igualdad de diferentes razas respecto a derechos de tránsito, de uso de transportes públicos o de acceso a la educación.”³⁵

Cuando hablamos de la igualdad, nos referimos concretamente a que no debe de existir ningún tipo de discriminación entre los seres humanos, pues solo por el hecho de serlo, deben ser tratados de la misma forma.

³⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Igualdad_social, Enciclopedia Wikipedia, Consultada el 2 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

En la página de síntesis de la legislación europea indica: “La prohibición de discriminación entre mujeres y hombres se aplica al acceso a los bienes y servicios y al suministro de bienes y servicios tanto en el sector público como en el sector privado. La Directiva se aplica a los bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate (es decir, sea cual fuere la situación individual del posible consumidor), y que se ofrecen fuera del ámbito de la vida privada y familiar. El término «servicios» designa a los servicios prestados mediante remuneración.”³⁶

Un concepto material de igualdad que subyace a varias constituciones es claramente distinguible de tal concepto formal de igualdad. “Las constituciones italiana (1948), alemana (1949) y española son inequívocas al respecto. El Artículo tres, de la Constitución italiana contiene, por ejemplo, uno de los enunciados más completos en el Derecho comparado del principio de igualdad, planteando como tarea de los poderes públicos no solamente la abolición de las discriminaciones sino también la intervención directa para corregir las desigualdades de hecho derivadas de injusticias del pasado o de causas puramente naturales.”³⁷

Enrédate.org página de Internet de UNICEF señala: La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 estableció el principio de igualdad entre hombres y mujeres. La CDN de 1989 y la CEDAW de 1979 desarrollaron este principio para conseguir la igualdad material de género, entre hombres y mujeres, entre niños y niñas.

³⁶ <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10935.htm>, Síntesis de Legislación Europea, s/a, Consultada el 2 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

³⁷ <http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/05lopezpina.htm>, López Pina, Antonia, consultada el 4 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

Las Naciones Unidas en su pagina Web señala: “En 1979 la Asamblea General aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Convención que tiene un carácter jurídicamente vinculante, enuncia los principios aceptados internacionalmente sobre los derechos de la mujer que se aplican a todas las mujeres en todos los ámbitos.”³⁸

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos humanos señala: “La igualdad es la piedra angular de toda sociedad democrática que aspira a la justicia social y a la realización de los derechos humanos. En, prácticamente todas las sociedades y esferas de actividad la mujer es objeto de desigualdades en las leyes y en la práctica. Origina, y a la vez exacerba, esta situación la existencia de una discriminación en la familia, la comunidad y el lugar de trabajo. Aunque las causas y las consecuencias puedan variar de un país a otro, la discriminación contra la mujer es una realidad muy difundida que se perpetúa por la supervivencia de estereotipos y de prácticas y creencias culturales y religiosas tradicionales que perjudican a la mujer. La noción de igualdad significa mucho más que tratar a todas las personas de la misma manera. Brindando un trato igual a personas que estén en situaciones desiguales se perpetuará, y no se erradicará, la injusticia. La verdadera igualdad sólo puede surgir de esfuerzos encaminados a abordar y corregir esas situaciones desequilibradas. Esta visión más amplia de la igualdad ha llegado a ser el principio subyacente y el objetivo último de la lucha por el reconocimiento y la aceptación de los derechos humanos de la mujer.”³⁹

La igualdad de derechos de la mujer es un principio básico de las Naciones Unidas.

³⁸ <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/conv.htm>, Organización de la Naciones Unidas, consultada el 2 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

³⁹ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs22_sp.htm, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos humanos, consultada el 2 de agosto de 2008. s/f de modificación.

“El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas establece entre los objetivos básicos el de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Además, el Artículo 1 de la Carta proclama que uno de los Propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”⁴⁰

La comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal indica: “el principio de igualdad indica que si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, entonces debemos darles un tratamiento igual; pero también exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue debe ser distinto. El principio de igualdad comprende la aplicación de la ley de forma idéntica, que consiste en que las autoridades encargadas de aplicarla deben dar el mismo trato a las personas, y la igualdad ante la ley, que se refiere a que las normas no deben establecer diferencias no razonables entre las personas.”⁴¹

Sigue manifestando con relación al principio de igualdad: “De manera más amplia, el principio de igualdad implica la igualdad real o sustancial, que se manifiesta en el goce y ejercicio efectivos de todos los derechos de todas las personas. La igualdad sustantiva implica entonces que se den las mismas oportunidades desde el principio y que la persona disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. La igualdad es compleja, por lo que se deben tomar en cuenta los factores

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ <http://cdhdf.org.mx/index.php?id=dfemay08igualdad>, Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, consultada el 4 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

simbólicos y materiales de desigualdad, así como los factores de adscripción y de pertenencia territorial que dan pie a la discriminación. Se manifiesta entonces en la igualdad de derechos, de oportunidades y de trato para acceder al bienestar material, para participar en decisiones y en el espacio público; con la igualdad de oportunidades para acceder a los sistemas de justicia, a la seguridad ciudadana y a estilos de vida saludables, y con la igualdad de oportunidades para acceder a múltiples fuentes de conocimiento e información y a redes de apoyo social y de otra índole.”⁴²

La defensoría del pueblo de Venezuela en cuanto a la igualdad y la no discriminación es definida: "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”⁴³

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala en el Artículo uno parte I: A los efectos la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en

⁴² *Ibíd.*

⁴³ <http://www.defensoria.gob.ve/detalle.asp?sec=160406&id=1182&plantilla=8>, defensoría del pueblo de Venezuela, consultada el 4 de agosto de 2008, s/f de modificación.

cualquier otra esfera.”⁴⁴

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo cuarto regula: “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.”

Al respecto la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 16 de junio de dos mil dos aclara: “...el principio de igualdad, plasmado en el artículo cuarto de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme a sus diferencias.”⁴⁵

Esto significa, que si dos personas se encuentran en la misma posición jurídica, deben ser tratados por la ley de la misma forma, pero si estas personas se encuentran en diferente situación jurídica, deben ser tratados de forma desigual, para no violar el principio de igualdad, por ejemplo: el que tiene más, que pague más impuesto, no sería justo que el que tiene más y el que no tiene nada pague la misma cantidad de impuesto.

⁴⁴ http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/c_elim_disc_mutxt.htm, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consultada el 2 de agosto de 2008, s/f de modificación.

⁴⁵ Gaceta No. 24, expediente No. 141-92, página No. 14, sentencia 16-06-92.

El derecho a la igualdad es aquel que hace alusión al derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales antes la ley y de disfrutar y gozar de todos los derechos que se le otorgan, sin importar su origen nacional, su raza, sus creencias religiosas o su orientación sexual.

El derecho a la igualdad hace referencia a derecho que tenemos todos los seres humanos a no ser segregados por nuestras condiciones o creencias, este derecho nace como consecuencia de los terribles rechazos que han tenido que enfrentar las minorías alrededor del mundo. Sin embargo como lo exponen los autores Kenji Yoshino en su artículo *The Pressure to Cover* y Ariel E. Dulitzky en su lectura, *A region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America*, las minorías siguen siendo víctimas de rechazos. Por un lado se muestra como en EE.UU. de N.A. aunque haya una protección hacia las minorías existe la imposición del prototipo de que el hombre, blanco y heterosexual es el exitoso y el que la sociedad debe seguir para poder triunfar. Por esta razón las minorías se ven obligadas a cubrir aquellos símbolos que los caracterizan, ya que si no lo hacen son rechazados por estas demostraciones individuales de su condición. Por otro lado Ariel E. Dulitzky muestra como el racismo ha sido ignorado en latino América que ha existido una constante negación ya sea, literal (no existe racismo), interpretativo (No es racismo sino otros factores) o justificado (justificando que no existe o que las víctimas no son víctimas del racismo).

“Las lecturas anteriores demuestran que el racismo no ha sido erradicado sino que por el contrario ha tomado otras formas y sigue presente en las sociedades mundiales, se muestra como el derecho utilizado como herramienta en pro o en contra del racismo y que además de la existencia de derechos civiles que aboguen por el derecho a la

igualdad estos no serán sustanciosos hasta que haya un cambio consiente en la sociedad de que todos somos diferentes pero iguales ante la ley.”⁴⁶

Es la búsqueda de las constituciones contemporáneas de mecanismos por lo cuales, se le pueda otorgar a todos los ciudadanos los mismos derechos y garantías (Derecho a la igualdad, Rodríguez, Cesar A. página 195).

En un estado social de derecho, como el colombiano, esta búsqueda se lleva a cabo por medio de la protección de la igualdad formal y material de los ciudadanos. Se entiende igualdad formal, como igualdad ante la ley e igualdad material, como las diferentes regulaciones económicas y sociales que se deben llevar a cabo, para que se de la igualdad como tal en la realidad, es decir, en las practicas sociales.

Todo esto con el objetivo central de cambiar las estructuras sociales, que a través de prácticas cotidianas violan el derecho a la igualdad, por medio de la opresión.

Algunos ejemplos de desigualdad cuya fuente es la opresión son la explotación, marginación, carencia de poder para participar y tener voz en las decisiones que afectan la vida pública y privada, estereotipos hacia grupos desaventajados, violencia física contra estos grupos. Todo esto creando desigualdad a nivel económico y social.

Adoptadas para promover la igualdad material son:

1- “Sistemas de subsidio a los servicios públicos de manera que los sectores más pobres puedan acceder a estos.

⁴⁶ Alejandra Otalora, http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad Consultado el 13/12/08.

2- En Brasil se han reservado cupos universitarios en universidades públicas para minorías raciales.

3- En Francia y Suecia, se ofrecen sistemas de educación de alta calidad, a los que acceden tanto ricos como pobres.

4- En Colombia el 30% de los altos cargos del estado deben ser ocupados por mujeres. (Derecho a la igualdad, Rodríguez, Cesar A. página 196)

En Colombia el Artículo 13, de la Constitución consagra el derecho a la igualdad, cuya fórmula básica es, hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, evitando y prohibiendo así las discriminaciones activas, como lo son las leyes que excluyen a grupos raciales del goce de un derecho fundamental y las discriminaciones pasivas donde frente a una situación desigual, se decide dar un trato igual, por ejemplo, una ley que establezca cargas tributarias iguales, sin tener en cuenta la diferencia de ingresos económicos.

El método por el cual se resuelven casos concretos, donde se presume violación a la igualdad es el Test de Razonabilidad y el Derecho a la Igualdad, que los jueces aplican, con el objetivo de examinar y distinguir los tratos iguales o desiguales que son conformes a la Constitución, de los tratos desiguales-inconstitucionales.”⁴⁷

⁴⁷ Rodríguez Cesar A. http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad Consultado el 13/12/08.

5.2 El principio de no discriminación

“El principio de no discriminación tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁴⁸

En el Artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea figura la prohibición de ejercer toda discriminación por razones de nacionalidad. Por otro lado, el Tratado de Ámsterdam introducía en el Tratado de la Comunidad Europea un nuevo Artículo 13, que completaba las garantías de no discriminación previstas en todos los demás Tratados ampliándolas al resto de los casos anteriormente mencionados.

El principio de no discriminación: “tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁴⁹

Bajo la premisa cierta de que la discriminación del sexo femenino, lejos de desaparecer, continúa, el ordenamiento jurídico social constituye una balanza posible y harto significativa de cuál es la situación de la mujer frente al hombre en la sociedad actual; un parámetro ineludible en cualquier valoración final que, en este caso, adquiere el grado de referencia primaria en un discurso, que pretende, en su limitada extensión, poner de relieve tan sólo algunas de las medidas de protección específicamente previstas para las mujeres.

Los problemas más importantes que encuentra su operatividad y, por esta razón o

⁴⁸ Europa glosario, http://europa.eu/scadplus/glossary/nondiscrimination_principle_es.htm consultada el 13/12/08.

⁴⁹ Babilón, http://www.babylon.com/definicion/Principio_de_no_discriminaci%C3%B3n/Spanish.

porque aún no existe siquiera previsión normativa al respecto, la línea en la cual se podría avanzar para una solución más satisfactoria y justa a la situación laboral de la mujer, que con frecuencia acompaña a las reflexiones genéricas sobre la materia, ignorando cómo la imagen de un Derecho del Trabajo neutro ante tal realidad es falsa y afirmando, al tiempo, las peligrosas consecuencias (la calificada como permanente amnesia en el pensamiento político del legislador sobre la mujer) derivadas de la adopción de una concepción masculina sobre la norma laboral que hechos, índices, pruebas y análisis de todo tipo no dejan de poner de relieve.

El principio de no discriminación: “tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁵⁰

El principio de no discriminación: “tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁵¹

El principio de no discriminación: “tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁵²

⁵⁰ Babilón, http://www.babylon.com/definicion/Principio_de_no_discriminaci%C3%B3n/Spanish.

⁵¹ **Ibid.**

⁵² **Ibid.**

El principio de no discriminación: “tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁵³

El principio de no discriminación: “tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁵⁴

El principio de no discriminación: “tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁵⁵

La prohibición de toda discriminación ejercida en razón de la nacionalidad figura en el Artículo 12 (antiguo Artículo 6) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. El Tratado de Amsterdam ha introducido un nuevo Artículo 13, en el Tratado Comunidad Europea con el fin de completar la garantía de no discriminación prevista en los Tratados y de ampliarla a los demás casos mencionados anteriormente.

5.3 La Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Civil

Podemos definir a la Constitución Política de la República, como: la ley suprema de el Estado, el cual es creado por una Asamblea Nacional Constituyente en representación del pueblo, su fin es organizar jurídica y políticamente al Estado, teniendo por objeto

⁵³ Babilón, http://www.babylon.com/definicion/Principio_de_no_discriminaci%C3%B3n/Spanish.

⁵⁴ **Ibid.**

⁵⁵ **Ibid.**

crear un ordenamiento jurídico, y regular los derechos y libertades fundamentales y la estructura orgánica y básica del Estado.

En opinión del civilista Naranjo Mesa, considera que: “La Constitución es el conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regula el funcionamiento del órgano del poder público, y que establece los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado.”⁵⁶

En el sentido formal de la Constitución, se establece que es el documento que reglamenta el funcionamiento de las instituciones políticas, cuya elaboración y modificación no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales, que debe cumplir solemnemente un órgano especial a través de un procedimiento diferente al establecido para las demás reglas ordinarias de derecho.

La Constitución, en nuestro país, ocupa la cabeza o el primer lugar de acuerdo con el principio de la jerarquía de las leyes, lo que anteriormente definimos como jerarquía de las leyes o de las normas jurídicas, y a esta situación se le llama supremacía, porque la Constitución es el fundamento positivo donde se asienta el orden jurídico del Estado; es decir que la Constitución es la fuente o principio del orden estatal entero.

Como podemos observar, el Código Civil contenido en el Decreto Ley 106, establece un conjunto de normas jurídicas ordinarias, por lo cual en primer lugar tiene una relación de subordinación, de acuerdo a la jerarquía de leyes las cuales se encuentran subordinadas a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual lo conocemos como el principio de supremacía constitucional.

⁵⁶ Prado, Gerardo. **Derecho constitucional**. Pág. 44.

5.4 El Congreso de la República y el Procedimiento Legislativo

La función primordial del Organismo Legislativo, es la de crear leyes. Sin embargo conviene advertir, como lo señala Bielsa, que no son en realidad tales. Algunos de sus actos son esencialmente de administración pública, y otras son tan sólo reguladores de su actividad normativa a la cual reglamentan o delimitan, es decir, que su contenido jurídico no concierne a la actividad libre y conciente de los individuos en sus relaciones de convivencia social, política y jurídica, ni tampoco regulan el ejercicio de las atribuciones, funciones y competencias de los organismos, sino que se limitan en algunos casos a autorizar un acto, permitirlo o aprobarlo.

El Congreso de la República, se encuentra integrado por los diputados, los cuales son un total de 158, y tienen a su cargo la potestad legislativa.

Se encuentra establecido en el Artículo 157, de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: La potestad legislativa e integración del Congreso de la República. La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Cada uno de los departamentos de la república, constituye un distrito electoral. El municipio de Guatemala forma el distrito central, y los otros municipios del departamento de Guatemala constituyen el distrito de Guatemala. Por cada distrito electoral deberá elegirse como mínimo un diputado.

La ley establece el número de diputados que correspondan a cada distrito en proporción a la población.

Un número equivalente al veinticinco por ciento de diputados distritales será electo directamente como diputados por lista nacional.

En caso de falta definitiva de un diputado se declarará vacante el cargo. Las vacantes se llenarán, según el caso, llamando al postulante que aparezca en la respectiva nómina distrital o lista nacional a continuación del último cargo adjudicado.

Se encuentra regulado en el Artículo 158 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: Sesiones del Congreso. El período anual de sesiones del congreso se inicia el catorce de enero de cada año, sin necesidad de convocatoria. El congreso se reunirá en sesiones ordinarias del 14 de enero al 15 de mayo y del uno de agosto al treinta de noviembre de cada año.

Se reunirá en sesiones extraordinarias cuando sea convocado por la Comisión Permanente o por el Organismo Ejecutivo para conocer los asuntos que motivaron la convocatoria. Podrá conocer de otras materias con el voto favorable de la mayoría absoluta del total de diputados que lo integran.

El veinticinco por ciento de diputados o más tiene derecho a pedir a la Comisión Permanente la convocatoria del Congreso por razones suficientes de necesidad o conveniencia pública. Si la solicitare por lo menos la mitad más uno del total de diputados, la comisión permanente deberá proceder inmediatamente a su convocatoria.

El Artículo 171, de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece:

Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso:

1- Decretar, reformar y derogar las leyes;

2- Aprobar, modificar o improbar, a más tardar treinta días antes de entrar en vigencia, el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado. El ejecutivo deberá enviar el proyecto de presupuesto al Congreso con ciento veinte días de anticipación a la fecha en que principiará el ejercicio fiscal. Si al momento de iniciarse el año fiscal, el presupuesto no hubiere sido aprobado por el Congreso, regirá de nuevo el presupuesto en vigencia en el ejercicio anterior, el cual podrá ser modificado o ajustado por el Congreso;

3- Decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado y determinar las bases de su recaudación;

4- Aprobar o improbar anualmente, en todo o en parte, y previo informe de la Contraloría de Cuentas, el detalle y justificación de todos los ingresos y egresos de las finanzas públicas, que le presente el Ejecutivo sobre el ejercicio fiscal anterior;

5- Decretar honores públicos por grandes servicios prestados a la Nación. En ningún caso podrán ser otorgados al Presidente o Vicepresidente de la República, en el período de su gobierno, ni a ningún otro funcionario en el ejercicio de su cargo;

6- Declarar la guerra y aprobar o improbar los tratados de paz;

7- Decretar amnistía por delitos políticos y comunes conexos cuando lo exija la conveniencia pública;

8- Fijar las características de la moneda, con opinión de la Junta Monetaria;

9- Contraer, convertir, consolidar o efectuar otras operaciones relativas a la deuda pública interna o externa. En todos los casos deberá oírse previamente las opiniones del ejecutivo y de la Junta Monetaria;

10- Para que el Ejecutivo, la Banca Central o cualquier otra entidad estatal pueda concluir negociaciones de empréstitos u otras formas de deudas, en el interior o en el exterior, será necesaria la aprobación previa del Congreso, así como para emitir obligaciones de toda clase;

11- Aprobar o improbar los proyectos de ley que sobre reclamaciones al Estado, por créditos no reconocidos, sean sometidos a su conocimiento por el Ejecutivo y señalar a generaciones especiales para su pago o amortización. Velar porque sean debidamente pagar los créditos contra el Estado y sus instituciones derivados de condenas de los tribunales;

12- Decretar, a solicitud del Organismo Ejecutivo, reparaciones o indemnizaciones en caso de reclamación internacional, cuando no se haya recurrido a arbitraje o a juicio internacional;

13- Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando:

a) Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos.

b) Afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano.

c) Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado.

d) Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales.

e) Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional; y

f) Nombrar comisiones de investigación en asuntos específicos de la administración pública, que planteen problemas de interés nacional.

Tienen iniciativa de ley los:

a) Diputados al congreso,

b) El organismo ejecutivo,

c) La corte suprema de justicia,

d) La Universidad de San Carlos de Guatemala y

e) El tribunal supremo electoral.

Para una mejor comprensión del procedimiento legislativo, lo ordenamos de la manera siguiente:

Paso I.

Se presenta la iniciativa de ley a la dirección legislativa, en forma de decreto y en forma escrita o digital.

Paso II.

Se le da lectura en el pleno, y se pone a disposición de los diputados por medios electrónicos.

Paso III.

Pasa a la Comisión respectiva, para su estudio y dictamen.

Paso IV.

La comisión dictamina.

Paso V.

La iniciativa de ley, regresa al pleno y se distribuyen copias a los diputados.

Paso VI.

Se le da lectura en sus tres debates, o en sus tres lecturas, para que se discuta por Artículos. A menos que sea declarado de Urgencia Nacional, por lo que puede ser aprobado en un solo debate.

Paso VII.

Si lo consideran necesario, se presentan enmiendas y se lee en redacción final.

Paso VIII.

Se le asigna un número correlativo y el año de su aprobación.

Paso IX.

El decreto es enviado al ejecutivo para su sanción o veto, por la junta directiva en un plazo de 10, días.

Paso X.

El presidente de la república lo sanciona, y lo envía a publicar en el Diario Oficial.

Paso XI.

Entra en vigencia en todo el territorio nacional.

5.5 Inconstitucionalidad del Artículo 89 numeral 3o. del Código Civil y propuesta de reforma al mismo.

El Código Civil en el Artículo 89 numeral 3º. regula entre otras cosas: “No podrá ser autorizado el matrimonio de la mujer antes que trascurren 300 días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio...”

En el Artículo 229 del Código Penal indica: “La viuda que contrajere matrimonio antes de transcurrido el plazo señalado en el Código Civil para que pueda contraer nupcias, será sancionada con multa de 100 a 500 quetzales.

Igual sanción se aplicara a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido disuelto por divorcio o declarado nulo, si contrajere nuevas nupcias antes de que haya transcurrido el plazo señalado por el Código Civil.”

No se debe olvidar el Decreto 2-96 del Congreso de la República que en su Artículo 6 señala: “Todas las penas de multa establecidas en el Código Penal, se incrementan en su mínimo y en su máximo, cinco veces su valor. Obsérvese que no hay necesidad de anotaciones en cada artículo que tenga regulada multa. Solamente hay que tener presente este precepto y realizar la operación matemática...”

La inconstitucionalidad del Artículo 89, numeral tres, se da cuando a la cónyuge mujer se le impone plazo para volver a contraer el matrimonio y no así al cónyuge varón, constituyendo una violación al principio de igualdad, plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala que en su Artículo 4, el cual preceptúa:

“En Guatemala todo 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.”

Consideramos que las razones del legislador, en que pudo establecer esta prohibición a la mujer para esperar dicho plazo, son en razones a la paternidad, puesto que la ley establece presunciones, en cuanto a la filiación matrimonial, regulando en el Artículo 199 “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio:

1- El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y

2- El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

Así mismo en el Artículo 200, del mismo ordenamiento jurídico establece prueba en contrario “Contra la presunción del artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia.”

Sin embargo, considero que esto ya debería ser superado, con la prueba de ADN, que fácilmente se lograría determinar si un hijo es o no del matrimonio. Y no sujetar la

filiación a condiciones de plazo, de convivencia o presunciones.

La prueba del ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales siempre dentro de la máxima discreción y privacidad.

De esta manera, se beneficia a las mujeres que buscan reconocimiento de filiación para sus hijos. También es solicitada por hombres que desean demostrar que están siendo acusados falsamente de ser padres biológicos de un niño que es imputado como suyo. Algunos hombres simplemente la usan para absolver una duda antigua (muchas veces sin conocimiento de la madre, cuya participación no es indispensable). Asimismo, es una prueba usada en litigios por razones de herencia, casos forenses, etc.

Por lo que juzgamos que el desarrollo de la tecnología por ADN en Latinoamérica permitirá a nuestro país a ingresar al siglo XXI con plena capacidad para aprovechar los beneficios médicos que sobrevendrán como consecuencia del conocimiento de los detalles moleculares del genoma humano.

Por si esto fuera poco, el Congreso de la República de Guatemala acaba de aprobar el ADN como prueba de filiación, y en caso de denegatoria se tendrá como cierta la paternidad.

Por todas estas razones considero que el Artículo 89 numeral tercero en la parte que indica No podrá se autorizado el matrimonio: numeral tercero, de la mujer antes que trascurren 300, 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 ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro 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. Contradice el derecho de igualdad establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo cual es esta la parte específica que debe ser derogada.

Por lo que la normativa debe quedar de la siguiente forma:

Artículo 89. No podrá ser autorizado el matrimonio:

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

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

3- Derogado.

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

5- Del tutor protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela, 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 aquéllos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona, y

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

CONCLUSIONES

1. El Código Civil en el Artículo 89 numeral tercero, se observa claramente que existe violación al principio de igualdad, plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto a determinarle plazo a la mujer para volver a contraer matrimonio.
2. El divorcio tiene como efecto propio el disolver el vínculo conyugal, dejando en libertad a los cónyuges para contraer nuevo matrimonio, pero en la realidad esto no se aplica, pues en los Tribunales de Familia en la mayoría de casos de divorcios en las sentencias dictadas se declara la limitación a la mujer para volver a contraer matrimonio, no así a los hombres.
3. En la actualidad se ha establecido científicamente, que no existe otra prueba más confiable para determinar la paternidad o filiación de una persona con otra, como lo es la prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN), por lo que no es necesario esperar el plazo establecido en la ley para que la mujer contraiga nuevas nupcias, pues en caso contrario se viola el principio constitucional de igualdad.
4. El Código Penal establece sanción a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido disuelto por divorcio, si contrajere nuevas nupcias antes de que haya transcurrido el plazo señalado por el Código Civil, sin embargo con relación al contrayente varón no se establece ningún tipo de sanción.
5. Resulta evidente violación al principio de igualdad, al establecer penas únicamente a las mujeres en el Código Penal, por una norma establecida en el Código Civil, la cual ha quedado obsoleta, pues su objetivo es fácilmente determinable a través de una prueba de ADN para determinar la paternidad.

RECOMENDACIONES

1. La Universidad de San Carlos, debe presentar iniciativa de ley ante el Congreso de la República de Guatemala, para que se derogue el Artículo 89, numeral tercero del Código Civil, y así evitar que se continúe violando el derecho de igualdad en relación a la mujeres.
2. Los sujetos procesales o solicitantes del divorcio al presentar el escrito inicial de demanda ante el órgano jurisdiccional, deben indicar la fecha de cuando se separaron de hecho, con la finalidad que los jueces al dictar la respectiva sentencia la declaren sin las limitaciones que la ley señala, para que las mujeres puedan volver a contraer matrimonio sin necesidad de esperar ningún plazo.
3. Las instituciones encargadas de defender los derechos de las mujeres, deben promover iniciativa de ley, para que la mujer pueda contraer matrimonio, sin ser obligatorio que transcurra el plazo establecido en el Artículo 89 numeral tercero del Código Civil, toda vez que para determinar la paternidad y la filiación de una persona con otra, científicamente es la prueba de ácido desoxirribonucleíco.
4. El Congreso de la República de Guatemala, estableció en ley la prueba científica de ácido desoxirribonucleíco como prueba para determinar la paternidad; necesariamente debe emitir también un decreto que reforme precepto jurídico, citado anteriormente, y así terminar con toda desigualdad existente entre hombres y mujeres, sin afectar los derechos del hijo que ésta por nacer.
5. El Congreso de la República de Guatemala, al aprobar la reforma al Artículo 89 numeral 3º. del Código Civil, es necesario que también deje sin efecto el Artículo 229 del Código Penal, para que no se persiga penalmente a la mujer por ésta conducta punible, ya que dicha norma quedaría sin validez jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso, **Manual de derecho civil**. 1ra. ed.; Guatemala: (s.e.),1998.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Praxis. (s.f.).
- ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. 1era.ed.; Guatemala: Ed. Orellana Alonso & Asociados.
- PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional**. 4ª. ed. ; Guatemala: Ed. Praxis. 2005.
- ROCA MENENDEZ, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles**. Guatemala: Ed. Centro Editorial Acrópolis.
- VÁSQUEZ ORTÍZ, Carlos. **Derecho civil II**. Editado por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Segunda parte y final. Guatemala: (s.e.), (s.f.).
- VÁSQUEZ ORTÍZ, CARLOS. **Derecho civil III**. Guatemala: (s.e.), (s.f.).
- Aguilar & Aguilar, <http://www.canalegal.com/contenido.php?c=116&titulo=derecho-de-alimentos> Consultado el 12/12/08.
- Aguilar&Aguilar,corporacióndeabogados, <http://www.canalegal.com/contenido.php?c=30&titulo=familia> Consultado el 12/12/08.
- Aguilar&Aguilar,corporacióndeabogados,<http://www.canalegal.com/contenido.php?c=30&titulo=familia> consultado el 12/12/08.
- Alejandra Otalora, http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad Consultado el 13/12/08.
- Alex,<http://vlex.com/vid/discriminacion-razon-sexo-proyeccion-201660> Consultado 13/12/08.
- Babilón,<http://www.babylon.com/definicion/Principiodenodiscriminaci%C3%B3n/Spanish>.
- BioGenomica, <http://biogenomica.com/ADN.htm> consultado el 12/12/08
- BioGenomica, <http://biogenomica.com/historia.htm> consultado el 12/12/08.
- DH,Venezuela,<http://www.defensoria.gob.ve/detalle.asp?sec=160406&id=182&plantilla=8>, defensoría del pueblo de Venezuela, consultada el 4 de agosto de 2008, s/f de modificación.

Enciclopedia libre Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Paternidad> Consultado el 12/12/08.

Enciclopedia Wikipedia, [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal#Fuentes_del Derecho_penal](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal#Fuentes_del_Derecho_penal), consultada 10/12/08.

Enciclopedia Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_civil Consultado el 10/12/08.

Enciclopedia Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Igualdad_social, Enciclopedia Wikipedia, Consultada el 2 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

Europa glosario, http://europa.eu/scadplus/glossary/nondiscrimination_principle_es.htm consultada el 13/12/08.

Gaceta No. 24, expediente No. 141-92, página No. 14, sentencia 16-06-92.

López Pina, Antonia, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/05lopezpina.htm>, Consultada el 4 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

LuisHumbertoMoralesPaniagua, Monografías.com <http://www.monografias.com/trabajos10/noju/noju.shtml> Consultado el 10/12/08.

Monografías.com, <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#matri> Consultado el 10/12/08.

Monografías.com, <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#sepa> Consultado el 10/12/08.

ONU, <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/conv.htm>, Organización de la Naciones Unidas, consultada el 2 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

Rincón del vago, http://html.rincondelvago.com/normas-juridicas_2.html Consultado 10/12/08.

Rincón del vago, <http://es.answers.yahoo.com/question/index?qid=20071110085032AALEYpe>. Consultado el 10/12/08.

Rodríguez Cesar A. http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad Consultado el 13/12/08.

UE.org, <http://cdhdf.org.mx/index.php?id=dfemay08igualdad>, Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, consultada el 4 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

UE.org,http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs22_sp.htm, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, consultada el 2 de agosto de 2008. s/f de modificación.

UE.org,<http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10935.htm>, Síntesis de Legislación Europea, s/a, Consultada el 2 de Agosto de 2008, s/f de modificación.

Wikipedia la enciclopedia libre, <http://es.wikipedia.org/wiki/Divorcio> consultado el 10/12/08.

Wikipedia, la enciclopedia libre, <http://es.wikipedia.org/wiki/Filiaci%C3%B3n> Consultado el 12/12/08.

Wikipedia.com, http://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_Derecho. Consultada el 10/12/08

Wikipedia.Org, <http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio> Consultada el 10/12/08.

Yahoorepuestas.<http://mx.answers.yahoo.com/question/index?qid=228AACaNm2>. Consultada el 10/12/08.

Yahoogeocities, <http://www.geocities.com/eqhd/matrimonio.htm> Consultado el 10/12/08.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley número 106, 1964.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1974.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-96, 1996.