

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



**ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y
SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CÓNYUGES
QUE INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY**

JUANA LUCRECIA CÁCERES SERRANO

GUATEMALA, JUNIO DE 2010

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

**ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y
SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CÓNYUGES
QUE INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUANA LUCRECIA CÁCERES SERRANO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio 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 Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Cirraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

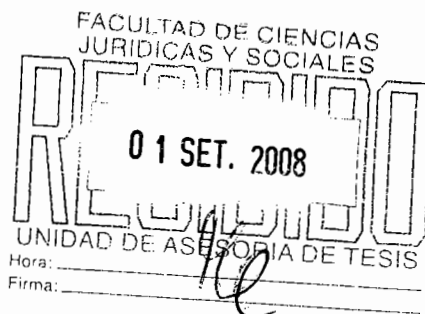
**DORIS LUCRECIA ALONSO HIDALGO
ABOGADA Y NOTARIA
COLEGIADA 6398**



Guatemala, 23 de julio de 2008.

Licenciado

**Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala**



Licenciado Castro:

En cumplimiento a la providencia dictada por la Unidad de Tesis, procedí a asesorar bajo mi dirección a la estudiante JUANA LUCRECIA CÁCERES SERRANO, para la elaboración de su trabajo de tesis denominada: "ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CÓNYUGES INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY". Por lo cual, manifestando que me fundamento en lo que indica el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito el siguiente dictamen:

El trabajo en mención, considero, en mi opinión, es altamente meritorio, advirtiéndose el empeño del autor en la investigación y en la construcción del marco teórico, como en el contenido científico y técnico de la misma que, nos muestra y sirve de aporte para un mejor desarrollo a la sociedad guatemalteca, así como los fines que persiguen en relación a los hijos procreados dentro de la institución del matrimonio, y que la Procuraduría General de la Nación protege a los menores e incapacitados y que su mayor interés es resguardar los intereses de los mismos.

7ª. Avenida 3-74 Zona 9, Edificio "74", 7º. Nivel, Oficina 700, Guatemala, C.A. Teléfono 23319042, 23324494, Fax: 23314655



Por lo tanto, habiendo existido un trabajo de investigación razonable en el uso de la metodología adecuada, y de la utilización correcta de la técnica de abstracción bibliográfica a través de fichas que proporcionan abundantes aportes doctrinarios relacionados con el tema que, indudablemente complementan el trabajo, con una aceptación correcta en la redacción y, ortografía, así como la legislación correspondiente a esta institución civil, en lo respecto a las conclusiones y recomendaciones estas fueron realizadas de forma apropiada con base a las averiguaciones encontradas durante la redacción del presente trabajo, de forma legal y doctrinaria, obteniendo así un aporte jurídico, científico y teórico valioso para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y los profesionales del Derecho, complementado con textos suficientes para el apoyo de la investigación.

Por tanto, previo a haber realizado las correcciones correspondientes en el sentido de que sea admitido el trabajo propuesto como tesis de graduación de la bachiller Juana Lucrecia Cáceres Serrano, hago constar que el mismo cumple con todos los requisitos legales, de forma y fondo establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, así como lo referido para el presente lo estipulado en dicho Normativo, considero aprobar el trabajo de tesis y emitir DICTAMEN FAVORABLE aprobando el trabajo de tesis titulado: "ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CÓNYUGES QUE INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY".

Reitero mis muestras de respeto al señor jefe de la unidad de tesis, con la satisfacción de retribuir en algo a mi alma mater.

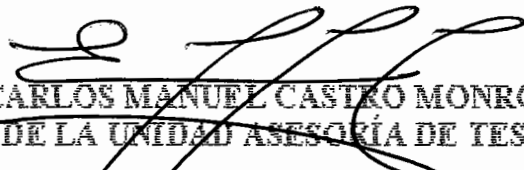

Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Abogada y Notaria.
Licda. Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Colgado número 6398



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

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) NAPOLEON GILBERTO OROZCO MONZÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JUANA LUCRECIA CÁCERES SERRANO, Intitulado: "ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CONYUGES QUE INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY".

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/ragm

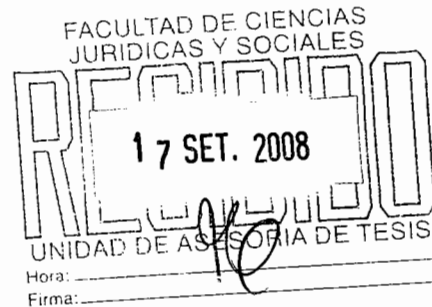




LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C.A.

Guatemala, 09 de septiembre de 2008.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro:

Cumpliendo con la providencia de fecha 30 de julio del año en curso, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller **JUANA LUCRECIA CÁCERES SERRANO**, titulado "ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CONYUGES QUE INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY". Para lo cual, fundamentado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a dictaminar lo siguiente:

Habiéndose realizado las correcciones que el suscrito revisor sugirió, considero, en mi opinión, que el contenido científico y técnico del trabajo de investigación relacionado es un aporte técnico jurídico a la doctrina y normativa guatemalteca, por los fines que persigue de crear un sistema sobre planificación familiar que involucre a las autoridades. Y concluye que el Estado de Guatemala a través de la Procuraduría General de la Nación, ha declarado que es de primordial interés resguardar los intereses de los menores e incapacitados.



LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C.A.

Cabe destacar que el mismo fue realizado con la metodología y técnicas adecuadas a este tipo de investigación, se aplicó la inducción en el tema y la utilización de una técnica correcta en la mencionada redacción, aplicando las reglas ortográficas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Con respecto a las conclusiones, es oportuno destacar que las mismas fueron arribadas en forma adecuada según los hallazgos encontrados del análisis doctrinario y legal efectuado, y que son congruentes con las recomendaciones planteadas, obteniéndose con ello una argumentación de importancia jurídica y doctrinaria, que constituyen un aporte jurídico, científico y doctrinario valioso para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y los profesionales del derecho.

Por lo anteriormente descrito, y fundamentado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, habiéndose cumplido con los requisitos de forma y fondo en el trabajo de la bachiller **Juana Lucrecia Cáceres Serrano**, procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de tesis titulado: **“ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CÓNYUGES QUE INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY ”**, para que el mismo siga con el trámite administrativo y legal estipulado para ser discutido en el examen público de tesis.

Con demostraciones de alta consideración y respeto, me suscribo muy atentamente.


Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
Colegiado número 2661

Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de abril del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUANA LUCRECIA CÁCERES SERRANO, Titulado ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LA INSUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS CON RESPECTO A LOS HIJOS EN EL CASO DE LOS CÓNYUGES QUE INCURREN EN LAS PROHIBICIONES QUE DISPONE LA LEY. 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 iluminar mi camino y darme la sabiduría.
- A MIS PADRES:** Salvador Cáceres Olivares y Ana Julia Serrano de Cáceres, quienes han sido parte primordial en mi vida.
- A MI ESPOSO:** Héctor Estuardo González Navarro, compañero de mi vida, que me ha dado todo su apoyo y con quien comparto penas y alegrías.
- A MIS HERMANOS:** Yojana, William, Jimmy, Vinicio y Francis, con cariño fraternal.
- A MIS SOBRINOS:** Marbella, Allan, Alexander, Kevin, Fernando, Diego, Alejandro y Angelíz con mucho cariño.
- A MIS AMIGOS:** Sabrina, Marissa, Johana, Elizabeth, Pablo, Vanesa, Carmencita y Carolina (Q.E.P.D.), a quienes les agradezco su cariño y amistad.
- A:** El Centro Universitario de Occidente (CUNOC), lugar donde inicié mis estudios.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, lugar donde finalicé mi carrera.
- Y:** A ustedes especialmente, por su importante presencia en este acto.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
---------------------------	---

CAPÍTULO I

1. El matrimonio	1
1.1. Definición	1
1.2. Etimología	8
1.3. Caracteres	10
1.4. Naturaleza jurídica	13
1.5. Condiciones para su validez	22
1.6. Efectos jurídicos	26

CAPÍTULO II

2. Impedimentos para contraer matrimonio	29
2.1. Presupuestos para la celebración del matrimonio	29
2.1.1. Requisitos legales para su celebración	31
2.1.2. Deberes y derechos que nacen del matrimonio	32
2.1.3. Esponsales	35
2.1.4. Funcionarios que pueden celebrar el matrimonio	35
2.2. Aspectos doctrinarios	36
2.3. Los impedimentos matrimoniales en la legislación	52
2.3.1. Definición	54
2.3.2. Clasificación	54

CAPÍTULO III

3. Insubsistencia del matrimonio	59
3.1. Introducción	60

3.1.1. Anulabilidad del matrimonio.....	62
3.2. Definición.....	65
3.3. Estudio crítico de las causas de insubsistencia en el Código Civil.....	67
3.3.1. Del parentesco por consanguinidad	68
3.3.2. Del parentesco por afinidad	70
3.3.3. De las personas casadas o unidas que no hayan disuelto esa unión ...	72

CAPÍTULO IV

4. Efectos jurídicos con respecto a los hijos	75
4.1. Introducción.....	75
4.2. Postura del Código Civil	77
4.3. Aplicación de sanciones	81
4.3.1. Oposición al matrimonio	81
4.3.2. Particularidades por la aplicación al matrimonio, de la inexistencia, la Nulidad absoluta y la nulidad relativa	82
4.4. Opinión de la Procuraduría General de la Nación.....	83
4.5. Análisis crítico de los matrimonios insubsistentes con respecto a los hijos	85

CAPÍTULO V

5. La insubsistencia en el derecho comparado.....	99
5.1. Situación jurídica en otras legislaciones.....	99
5.2. Enfoque comparativo con respecto a la legislación nacional	102
5.3. Orientación jurídica con relación a la protección de los hijos nacidos en matrimonios insubsistentes	110
CONCLUSIONES	131
RECOMENDACIONES.....	133
BIBLIOGRAFÍA	135



INTRODUCCIÓN

Resulta importante investigar la problemática que representa la validación de uniones de hechos aún siendo insubsistentes, partiendo de que el matrimonio es la base fundamental de la familia, situación que surge por la irresponsabilidad de los contrayentes, sin analizar los efectos que pueden sufrir los hijos.

La doctrina menciona que insubsistente será el matrimonio que no ha nacido a la vida jurídica y que en consecuencia no puede producir ningún efecto. Pero en realidad el Código Civil no define qué es insubsistencia, como lo haría un diccionario, pero de la lectura de la exposición de motivos de dicho cuerpo legal, se concluye que los tres casos que enumera el Artículo 88 son los únicos de insubsistencia del matrimonio y que hacen nulo de pleno derecho el mismo, tal como lo expresa el Artículo 144, los cuales derivan de uniones que reprueban la naturaleza, la moral y la ley. La necesidad de regular el régimen económico dentro de la unión de hecho, responde a criterios sociales, económicos y jurídicos, porque todos estos aspectos tienen de manera inmediata relación con la familia y lo que ésta representa.

El objetivo principal del presente trabajo de investigación es determinar y analizar la figura de la insubsistencia en el matrimonio, con el fin de establecer los efectos y consecuencias jurídicas con respecto a los hijos. Pero conviene también señalar las causas de dicha problemática y la falta de seguimiento por las autoridades que velan por la seguridad de la familia, en cuanto al hecho de que éste fenómeno viene desde hace muchos años atrás, sin que se vea una respuesta adecuada para contrarrestar la proliferación de uniones que claramente infringen las prohibiciones estipuladas para contraer matrimonio.

Hipótesis siendo entonces la familia parte integral de una sociedad, que se basa en un orden moral y religioso, no puede desviarse de su integridad jurídica. Dicho esto de otra manera, para evitar que sigan observándose una serie de uniones consideradas insubsistentes, deben considerarse aspectos socio-económicos y políticos,



correspondiéndole al Estado la implementación de programas que tiendan a la concientización sobre los efectos a futuro que podrían sufrir los hijos que nacieran de uniones consideradas incompatibles. En el mismo sentido, es necesario revisar la legislación civil, en referencia a la normativa del matrimonio y del consentimiento de uniones de hecho contrarias al espíritu de lo que representa la institución antes referida.

En el proceso de investigación, se analizaron las consecuencias jurídicas y sociológicas que se originan uniones que encuadran con el matrimonio insubsistente, aunque éste no fuere declarado como tal. Al mismo tiempo, se realizó una recopilación sobre los fundamentos teóricos sobre las causas que tuvieron los legisladores para no desarrollar la normativa correspondiente a la insubsistencia del matrimonio.

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en los cuales se abordan diferentes temas pero que guardan relación entre sí. En el primer capítulo se desarrolla en forma generaliza la institución del matrimonio; en el segundo capítulo se aborda lo relacionado con los impedimentos para contraer matrimonio, desde el aspecto social hasta el jurídico; en el tercer capítulo se estudia el tema de la insubsistencia del matrimonio, siendo el eje principal del presente documento; en el cuarto capítulo se define todo lo referente a la situación jurídica con respecto a los hijos; y en el quinto capítulo se hace un análisis de la insubsistencia con el derecho comparado.

Finalmente estimo haber terminado este estudio, esperando que contribuya en parte a la comprensión de la problemática que representa la falta de control sobre los matrimonios o uniones efectuadas en contra de la ley y que resultan insubsistentes ante la displicencia de las autoridades, lo que exige una inmediata reforma al ordenamiento civil, con el fin de proteger la vida de los menores que son producto de una irresponsabilidad moral y jurídica de los concubinos.



CAPÍTULO I

1. El matrimonio

En la legislación civil guatemalteca, se le considera una institución de carácter social, acorde a lo preceptuado en otros sistemas jurídicos, siendo quizás el elemento más relevante en el nuevo proyecto de Código Civil que se encuentra vigente en la actualidad.

1.1. Definición

Así también, se puede fundamentar tal acepción: primero, como el conjunto de reglas que presiden en el derecho positivo francés, la organización social de la unión de los sexos; y, segundo, como un acto jurídico de naturaleza especial, el que expresa la adhesión a la misma, por parte de los futuros cónyuges. Ambos indicadores, conforman tal término.

Por su parte, Guillermo Cabanellas lo interpreta como: "Una sociedad compuesta por solo dos personas, que han de ser de sexo diferente, que por lo general tiende a la propagación más o menos inconsciente de la especie además de fortalecerse por la ayuda mutua, asentada con el propósito inicial de compartir la misma suerte a través

del vínculo que los une, con ciertas comunidades patrimoniales y solo disolubles en los casos y según los modos estrictamente determinados por la ley”.¹

Atendiendo a la estipulación legal, éste debiera incluir varias de las enunciaciones doctrinarias ya mencionadas, por lo que se puede inferir que es una institución por la cual dos personas, de diferente sexo, se unen en forma legal y solemne para la recíproca posesión de sus cualidades sexuales, con ánimo de permanencia, y con el fin de vivir juntos, prestarse asistencia mutua y generalmente para procrear, alimentar y educar a sus hijos.

Numerosas han sido las dilucidaciones partidarias, que los tratadistas han formulado al respecto, para ello han resaltado variados aspectos que éste comprende, entre ellos, su legalidad, permanencia, finalidad sexual, naturaleza jurídica o los demás objetivos que persigue.

En todo caso, la definición legal debiera incluir los diversos enunciados que comprende, por lo que atendiendo a la legislación vigente se puede decir que es una institución por la cual dos personas de diferente sexo se unen en forma legal y solemne para la recíproca posesión de sus cualidades sexuales, con ánimo de permanencia, y con el fin de vivir juntos, prestarse asistencia equitativa y generalmente para procrear, alimentar y educar a sus hijos.

¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 653.



Esta institución es, fundamental en el derecho de familia, en el derecho guatemalteco, es catalogada como el acto solemne por medio del cual se constituye la unidad de vida de un hombre y una mujer de forma legal con tendencia a la permanencia y se encuentra regulado en el libro I, título II del Decreto ley 106, Código Civil.

De lo ya expuesto, pueden deducirse algunos caracteres básicos, admitidos unánimemente por la doctrina en general, entre éstos:

- a) Institución social, porque el Estado ha regulado esta institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges;
- b) La unidad, que implica el ánimo de permanencia y que excluye la poligamia o poliandria;
- c) La heterosexualidad, entendido el matrimonio como unión de un hombre y una mujer; es decir, que la heterosexualidad es un presupuesto subjetivo del *ius connubi*; y
- d) Auxilio solidario entre los cónyuges.

Según Cabanellas, desde el punto de vista doctrinario, en el derecho romano existen dos magníficas acepciones que se describen en común:

- a) La que aparece en el libro I, título II, párrafo I de la Instituta o Instituciones de Justiniano, que dice: “*Nuptiae sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem obtinens*, Nupcias o matrimonio, es la unión de varón y mujer que mantiene el comercio indivisible de la vida”.²
- b) La de Modestito, dada en el libro XXIII, título II, Ley 1^a. “*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium ovnis vitae, divini et humani juris communication* Las nupcias son unión de varón y mujer, consorcio para toda la vida — comunicación del Derecho divino y del humano— material”.³

Siguiendo con la doctrina, el canonista Knecht, desde la perspectiva del derecho natural se le considera como: “La unión legal del hombre y mujer para la comunidad recíproca de vida y afecto”.⁴ Por su parte Castán, sostiene que es: “La unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia”.⁵

La legislación guatemalteca según el Código Civil de 1877, se le atribuyó como un contrato solemne, partiendo del principio legal reconocido del consentimiento con sus demás elementos. Con el paso del tiempo y enjuiciándolo con mayor amplitud, se le ha otorgado la jerarquía de institución social, con lo que se le sitúa en el contexto legal que le corresponde, elevando su trascendencia en justo reconocimiento a lo que es la naturaleza teleológica de la sociedad.

² Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 57.

³ **Ibid.** Pág. 25.

⁴ Knech. **Ob. Cit.** Pág. 13.

⁵ Brañas Alfonso. **Manual de derecho civil.** Pág. 14.

En el Artículo 119 de ese mismo Código, se preceptuaba que: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. A continuación, el Código Civil de 1926, Decreto Gubernativo No. 921, del 30 de junio de ese año, y cuyo Libro I comenzó a regir desde el 15 de septiembre de 1926, en su Artículo 118 estipulaba que: La ley lo consideraba como una institución social, por la que un hombre y una mujer se unen legal y perpetuamente, con el fin de vivir juntos, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. Ahora bien, el Decreto Legislativo No. 1730 del 27 de mayo de 1931, y que entró en vigor el 13 de agosto de dicho año, al aprobar el Código Civil de 1926 solamente se refería a su Libro I reformó su Artículo 118 transcrito supra, el que quedó así: La ley considera al matrimonio como una institución social, por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con el fin de vivir juntos, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí, suprimiendo de su texto ... y perpetuamente.

En ese sentido, el Código de 1933 en el Artículo 82 indicaba que: “Es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

Sin embargo, en el Código Civil vigente Decreto Ley 106, en el Artículo 78 se establece que: “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”.

Como bien puede observarse, esta última inclusión en la norma, lo que representa que



la misma esté integrada por un conjunto de elementos que la hacen más adecuada a respecto de las citas anteriores, tanto de legislación como de las doctrinarias, las que contienen los conceptos de índole legal como de los juristas, del orden filosófico y del sociológico.

Por considerarlo de sumo interés, cabe mencionar que en España aún no existiendo definición legal del matrimonio civil, diversos Artículos de su Código Civil permiten caracterizarlo de la siguiente manera: “Es una institución reconocida legalmente, en la cual una mujer mayor de doce años y un hombre de catorce años cumplidos, y ambos solteros, viudos o con anterior matrimonio anulado, que gozan de salud mental y de aptitud física para la procreación, o al menos para el acto sexual, ya que la esterilidad no impide casarse, y si procrear, no ordenados *in sacris* ni profesos en orden religiosa, se unen indisolublemente, hasta la muerte, para vivir juntos, guardarse felicidad y socorrerse mutuamente, criar, alimentar, instruir y educar a sus hijos y no darles malos ejemplos, dentro de un régimen económico matrimonial que, de no estar expresamente convenido por las partes o ser ilegal, consiste en la comunidad de gananciales, administrada por el marido, salvo pacto en contrario”.

Además, de las de Knecht y de Castán, ya transcritas anteriormente, se distinguen algunas conceptualizaciones, que en casi su mayoría tienen expresiones comunes y que manifiestan la especial tendencia de cada autor o tratadista. En este tema, Planiol, considera que: “Es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una



unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”.⁶

En otro sentido, Lehman, afirma que es: “Una unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera”.⁷ Para Ripert y Boulanger, es: “Un acto puramente civil celebrado ante la autoridad en forma solemne y que consiste esencialmente en un compromiso contractual de los futuros esposos”.⁸; y también lo considera que: “Es la unión del hombre y de la mujer formada con miras a la creación de una familia. La ley reconoce esta unión y le otorga efectos jurídicos a causa de su carácter moral y de su importancia social”.⁹

Flores Gómez González, al respecto sostiene que: “Un contrato bilateral solemne, por el que se unen dos personas de sexo diferente para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente”.¹⁰

Püig Peña, por su lado expresa que los autores lo han descrito como: “Aquel contrato solemne, celebrado ante las autoridades del Estado, por virtud del cual el hombre y la mujer se unen para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos”.¹¹

Para Ahrens es: “La unión formado por dos personas de distinto sexo, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las

⁶ Planiol Marcel y Georges Ripert. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 183.

⁷ **Ibid.**

⁸ **Ibid.** Pág. 184.

⁹ **Ibid.** Pág. 185.

¹⁰ **Ibid.**

¹¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 27.



relaciones que son su consecuencia”.¹²

Por último, Cabanellas, recopilando las inclinaciones legales sociológicas, considera que: “Es una sociedad compuesta por sólo dos personas, que han de ser de sexo diferente, que por lo general tiende a la propagación más o menos inconsciente de la especie, además de fortalecerse por la ayuda mutua, asentada en el propósito inicial de compartir la misma suerte a través del vínculo que los une, con ciertas comunidades patrimoniales, y sólo disoluble en los casos y según los modos estrictamente determinados en la ley”.¹³

De lo expuesto, y citado por los tratadistas mencionados, se puede establecer que existe una convergencia respecto a que todos están de acuerdo en considerar al matrimonio como una institución y que por lo tanto constituye un acto solemne, la que el Estado de Guatemala debe proteger en todo lo concerniente a la familia, por constituir ésta la base primordial de la sociedad.

1.2. Etimología

Generalmente se ha aceptado que el vocablo matrimonio se deriva del latín *matrimonium*, específicamente de las voces: *matris* que significa madre y *munium* carga, gravamen o cuidado. La preferencia de este término al de patrimonio se ha explicado particularmente en el contexto referido a que, es la mujer quien más

¹² *Ibid.* Pág. 33.

¹³ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 57.



intensamente determina el vínculo de parentesco por la certeza de la filiación, ya que ella soporta las mayores obligaciones en cuanto del cuidado de los hijos en el hogar. Aparte de que es su atracción la que en muchos casos mueve al hombre a establecer y consumarlo. En cualquier sociedad organizada, se tiene la necesidad de instituir las relaciones entre sujetos de ambos sexos, con la finalidad de controlar la descendencia, o la producción de bienes, entre otros aspectos, el sistema más común históricamente ha sido la organización del mismo, que ha tenido en todas las épocas dos finalidades características: primero el del aseguramiento de la descendencia, a la vez que el control de las relaciones sexuales, y segundo la asistencial, dirigido hacia todos los miembros que pertenecen a una misma familia.

Entonces, resulta un criterio amplio al respecto, distinguir el término matrimonio, Aguilar Guerra al acotar este tema indica que: “la latina *matriumonium* de las voces *matris* y *munium*, madre y carga o gravamen, dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos”.¹⁴

Así también, éste constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual, entre un hombre y una mujer, lo que se logra en virtud de un acto jurídico; es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por finalidad inmediata establecer y normar las relaciones jurídicas conyugales.

Las formas matrimoniales son, el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico de ese vínculo. Éste siempre ha estado estrechamente

¹⁴ Aguilar Guerra, Vladimir. **Derecho de familia**. Pág. 183.

ligado a las creencias religiosas de los habitantes de los pueblos; sin embargo, la separación entre el orden de la fe y la política es relativamente reciente.

En 1887, se promovió un proyecto de ley de matrimonio civil el que preceptuaba. La ley fue aprobada y a partir de 1888, ésta sólo reconoció el matrimonio celebrado ante el oficial público encargado del registro civil. El sistema guatemalteco rige la forma civil obligatoria.

1.3. Caracteres

Derivado del estudio de la doctrina y de las definiciones legales acotadas, se han recopilado las siguientes particularidades:

- a) La participación de personas de diferente sexo;
- b) En la unión deben participar únicamente dos personas;
- c) La unidad o monogamia; y
- d) La unión es permanente o indisoluble.

Cabe resaltar que la legalidad del vínculo no basta simplemente con el hecho de que el hombre y la mujer se unan o convivan permanentemente, también es necesario que se haya realizado cumpliendo los requisitos y solemnidades que establece la ley.

Entre los principios constitucionales se puede mencionar lo establecido en el Artículo 47 de la Carta Magna, que reconoce el derecho al hombre y a la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. De la norma citada, se puede deducir que no

existe un concepto revestido de estas características de lo que deba entenderse por matrimonio a este nivel. Sin embargo, se pueden extraer de aquí algunos principios comúnmente admitidos:

- a) La libertad de contraer matrimonio, que no sólo impide que el Estado prohíba la celebración del matrimonio, puesto que ello implicaría al mismo tiempo una discriminación, vedada por la Constitución, sino también que impide la validez de las condiciones para contraerlo, formuladas de manera general en el Código Civil. Este es un derecho de todo ser humano que viene a ser un atributo de la personalidad.

- b) La necesidad de determinar las condiciones del mismo, aparece como una norma que remite a la ley a fijar condiciones para contraerlo de manera válida. Uno de los problemas que se plantean en la actualidad es el relacionado a la heterosexualidad, cuando en algunos países se ha establecido un sistema parecido cuando se trata de unión entre parejas homosexuales. Se debe considerar que en el Artículo 47 constitucional establece el criterio de la heterosexualidad, al establecer que el hombre y la mujer tienen derecho a contraerlo.

Dentro de los requisitos para contraer la unión en referencia, la ley puede fijar también los relativos a la edad, madurez de juicio y capacidad, sobre todo por lo que afecta a estos dos últimos extremos, ha sido regulada teniendo en cuenta la efectiva aptitud del sujeto para contraerlo.



Un estudio detallado de la jurisprudencia realizada por Julien Bonnecase determinó que: “La mejor clasificación de los elementos constitutivos del matrimonio es la efectuada desde el punto de vista de su sanción”.¹⁵

Desde este punto de vista, se distinguen las condiciones requeridas de inexistencia, de nulidad absoluta o relativa, siendo las siguientes:

- a) La diferencia de sexo;
- b) El consentimiento de los futuros esposos; y
- c) La celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil.

Las condiciones requeridas so pena de nulidad absoluta son:

- a) La pubertad de los esposos;
- b) La ausencia de cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad entre los futuros esposos o ausencia de incesto;
- c) La ausencia en cada esposo de un matrimonio anterior no disuelto, o ausencia de bigamia;
- d) La publicidad del matrimonio; y
- e) La competencia del oficial del estado civil.

Las condiciones exigidas so pena de nulidad relativa son:

¹⁵ Bonnecase, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 236.

- a) La integridad del consentimiento de los esposos; y
- b) El consentimiento de los ascendientes o de la familia.

Por último, existen condiciones impuestas a título meramente teórico, sin ninguna sanción.

Entre los contratos permitidos están el mandato que puede ser expreso o tácito; fianza en el caso en que un cónyuge puede ser fiador de las obligaciones del otro; mutuo, es cuando un cónyuge, en vez de recurrir a terceros, puede obtener un préstamo del otro, asumiendo las obligaciones consiguientes; depósito y comodato.

1.4. Naturaleza jurídica

Existen distintos criterios para determinar la naturaleza jurídica del mismo, por lo que a continuación se enumeran los criterios con más acogida dentro de la doctrina:

- a) Es una institución;
- b) Un acto jurídico mixto;
- c) Como contrato ordinario;
- d) también un contrato de adhesión;
- e) Un estado jurídico; y
- f) acto de poder estatal.

En la legislación guatemalteca se considera que es una institución, adicionándosele el



calificativo de social, evidentemente por causa del medio en que se presenta. Así también es un conjunto de reglas impuestas por el estado, que forman un todo y al cual las partes sólo tienen facultad de constar su adhesión; una vez dada ésta, su voluntad es ya imponente y son los efectos de la misma los que se producen automáticamente.

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

Que es un contrato cuya tesis es de origen canónico, del derecho de la iglesia, la cual, a fines del imperio romano, en lucha contra la posibilidad de proliferación de la bigamia, hizo obligatorias las proclamas del matrimonio y más tarde, el Concilio de Trento en 1563 obligó a la celebración pública del mismo, ante párroco y en presencia de dos testigos.

Dicha concepción la determinan, como un contrato solemne, es una idea acogida por canonistas y civilistas y adoptada por la revolución francesa, expresan sus seguidores que se trata de una circunstancia especialísima, en el que el elemento principal es el consentimiento.

Así también, es un acto jurídico mixto, en este caso, parafraseando a Gautama Fonseca, se distinguen: "En el derecho los actos jurídicos privados, los públicos y los mixtos".¹⁶ Dicha institución, es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tienen el Alcalde Municipal. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente

¹⁶ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 115.

declarativo, pues apegándonos al sentido estricto de la ley, se puede decir que si se omitiese en el acto respectivo 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.

Siendo un numeroso sector doctrinario el que sustenta esta opinión. Rojina Villegas, sostiene que: “Constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas”.¹⁷

Se debe partir de la idea que, la institución del matrimonio, no constituye una persona jurídica del tipo institucional. “La palabra institución se emplea, al respecto, en el sentido de una situación, regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el estado, según, como quedó antes transcrito”.¹⁸

En cuanto a los elementos del mismo, se pueden distinguir los siguientes:

- a) Es una idea de obra que se realiza y tienen permanencia jurídica dentro de un medio social determinado.
- b) Por virtud del mismo se organiza un poder con órganos, los consortes.

¹⁷ **Ibid.** Pág. 116.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 117.

- c) Se persiguen fines comunes, para el efecto se establecen actividades recíprocas.
- d) Tanto la idea de obra como la organización, su finalidad y las relaciones entre los consortes, se encuentran reguladas por un procedimiento determinado.

Los legisladores mexicanos precisaron que, difiere de los otros contratos, pero lo consideraron como un contrato. Sin embargo, la idea del matrimonio contrato es de tal manera contraria a su naturaleza, que en realidad el legislador no la aplicó. La prueba de esto es esencial. Se afirma que el Código de Napoleón, aceptado en sus reglas positivas, no lo aprueba como un contrato. Es cierto que los representantes de la escuela de la exégesis consagraron en el siglo XIX, la opinión contraria, partiendo de la intención del legislador. Pero hay algo superior a esta intención, se estima que los textos la expresan. Bajo el golpe de la potencia invisible e irresistible de las cosas, el legislador puede ir inconscientemente, sobrepasándose a sí mismo, contra su personal concepción, si ésta es artificial, tal es la victoria de lo real sobre lo ficticio. La reglamentación del mismo ofrece de este, uno de los más notables ejemplos, siendo fácil su demostración; basta partir de la idea de contrato tal como ha sido comprendido por el Código Civil mexicano, y compararla con dicha institución, tal como también ha sido concebido éste.

Citando a Bonnacase en el estudio que realizó al respecto, se comprueba que: "El contrato es reglamentado por el Código Civil, con motivo del derecho del patrimonio. Por tanto, se ha sido considerado por el legislador como esencialmente relativo a la vida social vista de su aspecto económico. Por otra parte, la reglamentación del



contrato está absolutamente dominada por la regla de la autonomía de la voluntad”.

Siguiendo con esta tesis, se expone que: El matrimonio es un contrato solemne, ahora bien, la misión del oficial civil no es, de ninguna manera, simplemente la de hacer constar y registrar, en su carácter de funcionario el consentimiento de los esposos. Por el contrario, desempeña un papel activo. Recibe una declaración unilateral, bajo la forma de una respuesta a una pregunta por él formulada, la expresión del consentimiento de cada esposo pronunciando a continuación a nombre de la ley, que están unidos en matrimonio. Empero no es esto todo. En oposición al contrato en general, no puede celebrarse en cualquier lugar, sino en aquel donde, por lo menos, es conocido uno de los esposos, como ya se ha dicho. Continuando con el examen de las condiciones de formación del matrimonio en el Código Civil, se comprueba que las medidas de protección del consentimiento, son en ciertos aspectos, menores, y mayores en otros determinados, que en los contratos en general. En primer lugar menores, como se demuestra con la influencia del error y del dolo. El dolo se ha suprimido como vicio del consentimiento y el error únicamente en consideración de una manera muy limitada. Se ha dicho, por otra parte, que el consentimiento está menos protegido en el matrimonio que en los demás contratos.

Sobre la concepción se considera; como institución y su correcto fundamento, no hay duda de que si el siglo XIX no supo decidir la tesis del matrimonio institución, el error se debe al culto profesado por el acto jurídico o si se prefiere al espejismo del contrato. juristas y filósofos han tenido en mucho al acto jurídico, particularmente,

¹⁹ Bonnecase, Julien. **Ob. Cit.** Pág. 246.

considerándolo como el supremo motor de la vida social. Bonnecase expone al respecto: “Por otra parte, la tesis del matrimonio contrato se basa, en el fondo y en primer lugar, en una confusión debida en parte al término técnico: matrimonio”.²⁰

Obstinadamente se atribuye a este término una significación única y exclusiva, que se advierte en el acto jurídico por el cual se traduce, prácticamente, y así se afirma que quien expresa la palabra matrimonio, se refiere al contrato. Al hacer esto no sólo se ha perdido de vista lo principal. Es ante todo, una institución jurídica, en el sentido verdadero del término, tal como ha sido definido con anterioridad. Únicamente que esta institución, como tantas otras es puesta en movimiento por medio de un acto jurídico. Por tanto, como se ha indicado, definirlo sería como un acto jurídico es considerar uno de sus aspectos. Se repite que en realidad, en el matrimonio interviene un acto jurídico, pero éste no es sino la doble manifestación de voluntad individual que se produce en condiciones determinadas y por medio de la cual dos personas de sexo diferente se colocan bajo el imperio de la institución. La terminología usada en esta materia es claramente defectuosa. Citando nuevamente a Bonnecase, es importante mencionar lo siguiente: “Es necesario distinguir, como se ha dicho, al matrimonio con tres términos diferentes: 1. El matrimonio, es decir la institución en sí; 2. El acto del matrimonio, es decir, el acto jurídico que pone en movimiento la institución con respecto a los dos interesados; 3. El contrato de matrimonio, o convención relativa al patrimonio de los esposos”.²¹

²⁰ **Ibid.**

²¹ Bonnecase, Julien. **Ob. Cit.** Pág. 247.

Por otra parte, cabe señalar que esta triple distinción terminológica se halla consagrada por el Código Civil mexicano.

Haciendo una recopilación, se ha determinado que se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y para su validez deben cumplirse en su celebración todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige el Artículo 79 Código Civil.

Atendiendo su naturaleza jurídica se puede decir lo siguiente:

- a) Dicha institución, tiene por origen y como esencia un contrato, esto es, el consentimiento familiar o sensual de la pareja humana, plasmado por el acuerdo de las voluntades o de los deseos de los contrayentes; la iglesia católica, con mayor constancia y empeño que ninguna otra, lo elevó a la jerarquía de sacramento, basada siempre en la libre manifestación de los futuros esposos quienes aportan elementos de orden material y moral coexistentes dentro de su unión conyugal;
- b) En los países cristianos, la existencia del matrimonio civil es relativamente moderna, se ha ido produciendo mediante la expansión de las normas eclesiásticas reguladoras, y su origen se remonta a los reformadores al negar éstos el carácter sacramental del matrimonio cristiano. Establecido primeramente en Holanda e Inglaterra, y luego en Francia, por obra de la revolución, el Código napoleónico reguló de modo completo el matrimonio civil,

que por influjo de las ideas de la revolución francesa se extendió más tarde a otros países;

- c) Negado por amplios sectores de la doctrina moderna civilista, la doctrina tradicional, de origen canónico, ha sostenido que dicha institución es un contrato consensual porque los contrayentes dan su consentimiento para efectuarlo; por otra parte, también se ha dicho que es un contrato, puesto que las partes convienen en crearse obligaciones a derechos mutuos, criterios que no se comparten, pues es atinado decir que el matrimonio es una institución social y no un contrato, por varias razones que es puntal consignar: 1º. Porque no hay contratos de efectos personales perpetuos puesto que pueden rescindirse por mutuo acuerdo; 2º. Porque se considera que no puede acomodarse a la doctrina del objeto y de la causa de los contratos, ya que la persona como tal no puede ser objeto de relaciones jurídicas, solamente sus actos; 3º. Porque tampoco el lucro o la liberalidad son las causas del matrimonio como los son en los contratos; y, 4º. Porque tiene el carácter que se atribuye a toda institución, lo cual es un conjunto debidamente unificado de normas jurídicas que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales, cuya importancia es tal que merecen estar sujetas a la tutela del estado en forma especial; y evidente es que tiene las características mencionadas.

Los elementos pueden clasificarse en: personales, reales y formales.

Elementos personales: Están constituidos por los contrayentes, un hombre y una mujer,



solteros y con capacidad tanto para contraer matrimonio como para realizar el acto conyugal, y por el funcionario o personal que lo autoriza.

Elementos reales: Son las cosas o bienes que se precisan como medios para la realización de sus fines propios y específicos. Dicho en otras palabras, para cumplirlos los esposos necesitan disponer de suficientes medios económicos, tanto para su subsistencia como para criar, educar a los hijos y auxiliarse mutuamente. Para quienes no disponen de bienes, ya sea antes de la celebración de las nupcias, o que no los adquieren después de contraer la misma, no les queda otra fuente de recursos más que el trabajo personal.

Los elementos formales: consisten tanto en el acto de constituirse el matrimonio como en la observancia en este último y antes de él, de las solemnidades y formalidades necesarias para su existencia y validez; es decir, que se refiere, no a la de la relación matrimonial en sí sino a la del acto que origina dicha reciprocidad, y en él deben distinguirse, la forma interna y externa.

La primera de éstas es el consentimiento de los contrayentes, de tal modo que cuando median todas las condiciones de aptitud o de potencialidad para realizar su fin, y crear el vínculo. No es suficiente; sin embargo, más acertadamente se exige el consentimiento expreso, libre y reflexivo de los futuros esposos, y así debe ser, porque nadie más que ellos toman para sí mismo las cargas y deberes que el matrimonio impone, acto por otra parte trascendentalísimo y del que depende la suerte de los esposos para su vida conyugal.



La externa requiere, en los contrayentes, de alguna manifestación de cada uno de ellos, contenida en el acta que para el efecto levanta el funcionario o quien lo autoriza, y que es de mucha importancia pues llena una finalidad, no sólo para su prueba, *ad Probationem*, sino también para la validez del acto jurídico, *Ad Solemnitatem*. Si antes de las nupcias y en el acto mismo del casamiento no intervienen solemnidades y formalidades jurídicas, los compromisos contraídos por los cónyuges serían puramente morales y los poderes sociales de la tierra no podrían hacerlos exigibles. La forma de la que se habla debe ser predeterminada y no libre, tanto para impedir que el matrimonio sea concluido sin reflexión y precipitadamente como para dejar huella en la conciencia de marido y mujer, dificultando la infidelidad y la ruptura del vínculo conyugal, pues cuanto más solemnes y formales sean las ceremonias mayor es su acción sobre las conciencias de los casados y más difícil puede ser el divorcio. La observancia del acto es solemne en la iglesia y sobria ante las autoridades civiles.

La sociedad conyugal es una comunidad que se basa en la existencia de bienes que, cualquiera que fuese el cónyuge que los adquirió durante el mismo, son coparticipados a la disolución.

1.5. Condiciones para su validez

Es de trascendental importancia dentro de la sociedad y no es de extrañar entonces que su constitución requiera para su validez desde todos los aspectos, de la concurrencia de variadas condiciones, en ausencia de las cuales puede darse la nulidad del vínculo, la posibilidad de exigir su anulación o la aplicación de sanciones



penales o civiles en contra del funcionario autorizante o los contrayentes, con o sin la subsistencia del mismo.

Para los fines de esta investigación se distinguirán dos especies de condiciones: aquellas cuyo cumplimiento es exigible a las partes interesadas y las que incumbe al funcionario autorizante.

Algunos autores distinguen como requisitos del mismo, los de existencia, diversidad de sexo, consentimiento, intervención de funcionario competente, y los de validez capacidad, consentimiento, formalidades, otorgando a cada uno de los diferentes elementos integrantes, según que incidan en la existencia del acto.

Otros distinguen entre elementos esenciales, la manifestación de voluntad de los contrayentes y del funcionario competente, y de eficacia, capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, observancia de las formalidades legales.

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



Dichas condiciones, para contraerlo, según la legislación civil guatemalteca se dividen

en:

- a) Condiciones a cumplir por los contrayentes; y
- b) Obligaciones a cumplir por el funcionario autorizante.

Condiciones a cumplir por los contrayentes:

- a) Libertad de estado;
- b) Ausencia de parentesco;
- c) Edad;
- d) La mujer debe esperar 300 días contados desde la disolución de su anterior matrimonio o unión de hecho o de la declaratoria de nulidad del matrimonio;
- e) El tutor, protutor o sus parientes no deben contraer matrimonio con el pupilo;
- f) Quien tenga hijos bajo su patria potestad debe presentar un inventario judicial de los bienes de aquellos y garantizar su manejo;
- g) Quien tenga hijos anteriores debe comprobar haber garantizado su alimentación;
- h) Autorización al menor;
- i) Publicación de edictos;
- j) Los contrayentes deben acreditar su identidad;
- k) Capacidad de los contrayentes;
- l) Constancia de sanidad;
- m) Aptitud para la procreación;

- n) Los contrayentes no deben padecer de enfermedad contagiosa incurable perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
- o) Celebración de capitulaciones matrimoniales;
- p) Consentimiento libre;
- q) Consentimiento expreso;
- r) El cónyuge sobreviviente no debe contraer matrimonio con el responsable de la muerte de su ex cónyuge; y
- s) Presencia de los contrayentes.

Obligaciones a cumplir por el funcionario autorizante:

- a) Legitimidad para celebrarlo;
- b) Recepción de información bajo juramento;
- c) Lectura de Artículos que ese mismo cuerpo indica para tal caso;
- d) Recepción del consentimiento y declaratoria de la unión;
- e) Formalización del acta; y
- f) Obligaciones posteriores.

Posteriormente se indicará, una diferencia entre los impedimentos dirimentes y los impedientes, tomando como base criterios aceptado por la doctrina y la jurisprudencia.

Si bien, existen ciertas condiciones, sin que su ausencia fuese sancionada, de aquí se derivó la distinción entre los impedimentos dirimentes y los impedientes. Toda condición, exigida para que responda plenamente al objeto de la ley, constituye un



obstáculo, en el sentido de que, en principio, el oficial del estado civil no puede proceder a su celebración. Pero si la ley no sanciona el matrimonio celebrado a pesar de un impedimento, se dice que éste es impediante; en tanto que se da el nombre de dirimente, a las condiciones cuya no realización implican la inexistencia, la nulidad absoluta, o la relativa.

Durante el siglo XIX, disminuyeron los impedimentos impedientes. Actualmente pueden citarse los siguientes:

- a) La ausencia de publicaciones;
- b) La existencia de una oposición; y
- c) El plazo de viudez impuesto a la mujer viuda o divorciada la falta de autorización de los superiores jerárquicos respecto a los militares.

Otros casos son discutidos, como el celebrado entre personas que estando ligadas por parentesco adoptivo, quedan sujetas a la prohibición establecida en la legislación nacional.

1.6. Efectos jurídicos

La legislación guatemalteca determina una serie de deberes y derechos que nacen del matrimonio, lo cual se desarrolla a partir de los Artículos 108 al 115 del Código Civil Decreto Ley 106.



Entre los efectos personales podemos mencionar los siguientes:

- a) Apellido de la mujer casada;
- b) Autoridad marital;
- c) Nacionalidad;
- d) La convivencia;
- e) La fidelidad; y
- f) Deber de asistencia.

Y entre los efectos patrimoniales podemos mencionar los siguientes:

- a) Prohibición de celebrar entre ellos contratos de compraventa;
- b) Es obligación del marido suministrar a su mujer todo lo necesario para el sostenimiento del hogar; y
- c) Los efectos en cuanto a los bienes de los cónyuges se dan dependiendo del régimen económico que haya adoptado.

La ley no alude a estos fines sino que son implícitos. El mismo conduce a la realización plena del hombre y la mujer en el encuentro interhumano en el que fundan una familia constituida por ellos y más tarde por sus hijos, para educarlos y educarse.

El derecho canónico concibe que es una institución del derecho natural que fue elevada por Jesucristo a la categoría de sacramento. Las propiedades esenciales del

matrimonio son la unidad, equivalente en el concepto canónico a monogamia, y la indisolubilidad en vida de los esposos.

En el derecho positivo había consagrado la indisolubilidad del matrimonio, salvo por causa de muerte de uno de los cónyuges.

En cuanto al primer capítulo, he llegado a la conclusión que el matrimonio es una institución social que el estado de Guatemala protege, porque la familia es la base fundamental de la sociedad y por lo tanto, hay deberes y derechos que nacen del mismo.

Los padres de familia deben cuidar, educar, darle alimentación y vestido a sus hijos menores de edad, para que ellos sean unas personas de bien, ya que son el futuro del país, he allí la importancia de fomentar la responsabilidad desde el hogar.

Así también, la legislación no obliga a la mujer a usar el apellido del marido, de tal manera que la autoridad marital corresponde a los dos cónyuges.



CAPÍTULO II

2. Impedimentos para contraer matrimonio

La legislación guatemalteca enumera ciertos impedimentos para contraer matrimonio, los que se contemplan en el Artículo 88 del Código Civil, quedándose corta la descripción de los mismos; sin embargo, el origen doctrinario de los mismos hace comprensibles los alcances de la norma, situación que fue contemplado por los legisladores al momento de su redacción.

2.1. Presupuestos para la celebración del matrimonio

Para poder llevar a cabo se necesita que se cumplan las formalidades externas contenidas en las disposiciones de los Artículos 92 al 105 del Código Civil, Decreto Ley 106. Resulta fundamental el consentimiento de los contrayentes, manifestado legítimamente, este presupuesto tiene su origen en el derecho canónico.

El Artículo 93 del Código Civil guatemalteco prescribe que las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán ante funcionario competente. Se entiende por personas aptas según derecho o civilmente capaces, como recoge la legislación, aquellas personas que han llegado a la edad núbil, y que, además, tengan la razón suficiente para darse cuenta del acto que se realiza y de todas las consecuencias que del mismo se derivarán y, finalmente, la capacidad indispensable para poder realizar los actos de suyo propios para que queden cumplidos



los fines naturales y primarios.

De conformidad con la legislación civil guatemalteca, la capacidad civil se adquiere a los 18 años, no obstante pueden contraer matrimonio el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización de los padres, o del que de ellos ejerza la patria potestad; la del hijo adoptivo menor la dará el padre o madre adoptante; y a falta de padres la autorización la dará el tutor.

El consentimiento referido, debe ser manifestado legítimamente, por lo que resulta imposible contraer matrimonio sin la presencia del funcionario competente y sin las formalidades de ley.

El presupuesto fundamental de la celebración está constituido por la voluntad de los contrayentes de crear entre ellos un vínculo matrimonial, consentimiento que ha de estar rodeado de las condiciones de libertad y espontaneidad que todo negocio jurídico exige. Esa voluntad de crear un vínculo conyugal es la diferencia específica que el matrimonio tiene de especial y que no aparece en cualquier otra unión transitoria de un hombre y una mujer.

Además, el contrayente al haber alcanzado la edad de la nubilidad, debe estar en el pleno uso de la razón, pues la falta de ésta le imposibilita el prestar el consentimiento matrimonial. El que está privado de razón es incapaz de contraer nupcias.



2.1.1. Requisitos legales para su celebración

La primera condición necesaria para la validez es la capacidad legal de las partes, dicha aptitud está determinada por la mayoría de edad. Es importante señalar que en la normativa al respecto está influenciada directamente por la doctrina, de allí que la connotación de determinados impedimentos se quede corto ante el devenir de los tiempos modernos.

Pese a lo anteriormente indicado, la serie de impedimentos señalados en la ley, no pueden ser objetados por su antigüedad, en vista de que aún suelen ser funcionales para efectos de determinar si un matrimonio es válido o no.

A continuación se transcriben las normas que hacen referencia al tema en cuestión, con el fin de ampliar lo ya citado.

El Artículo 81 del Código Civil, en relación a la aptitud para contraer matrimonio, indica: La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo, pueden contraerlo: el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, siempre que medie la autorización que determinan los artículos siguientes.

En el Artículo 82, la autorización deberán otorgarla conjuntamente el padre y la madre, o el que de ellos ejerza, sólo la patria potestad. La del hijo adoptivo menor la dará el padre o la madre adoptante. A falta de padres, la autorización la dará el tutor.

El Artículo 83 del mismo cuerpo normativo, referente a la autorización judicial, dice: Si no puede obtenerse la autorización conjunta del padre y de, la madre, por ausencia, enfermedad u otro motivo, bastará la autorización de uno de los progenitores; y si ninguno de los dos puede hacerlo, la dará el juez de primera instancia del domicilio del menor.

Y por último el Artículo 84, preceptúa en caso de desacuerdo de los padres, o de negativa de la persona llamada a otorgar la autorización, el juez puede concederla cuando los motivos en que se funde la negativa no fueren razonables.

2.1.2. Deberes y derechos que nacen del matrimonio

El Código Civil, en el acápite del párrafo IV del libro I, señala las obligaciones y derechos, pero quizás el legislador prefirió la palabra deberes para no homologar la expresión con la terminología propiamente jurídica, en vista que el ámbito matrimonial es en buen grado ajeno a lo patrimonial regulado por el derecho de obligaciones.

A continuación, se transcriben las normas que hacen alusión al tema.

El Artículo 108 del Código Civil, con respecto al apellido de la mujer casada, estipula: 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, ya no podrá usarlo.

En el Artículo 109, en cuanto a la representación conyugal, 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. Dicha norma fue Reformada por el Artículo 1 del Dto. 80-98 del Congreso de la República.

En caso de divergencia entre los cónyuges, el juez de familia decidirá a quien le corresponde.

Así mismo también en el Artículo 110 de dicho Código, en cuanto a la protección a la mujer, preceptúa: “El marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas”.

Posteriormente, se reformó el segundo párrafo del Artículo 110 según Dto. 80-98 el cual quedó así:

“Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de estos últimos. Antes la responsabilidad era sólo de la mujer”.

El Artículo 111 estatuye: En referencia a la obligación de la mujer en el sostenimiento del hogar, la mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o

comercio; pero si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, la mujer cubrirá todos los ingresos que reciba.

En el Artículo 112 están estipuladas, la norma que desarrolla lo relativo a los derechos de la mujer sobre los ingresos del marido: “La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre el sueldo, salario o ingresos del marido por las cantidades que correspondan para alimentos de ella y de sus hijos menores. Igual derecho compete 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”.

Además, en el Artículo 115 de dicha ley, se estipula que en caso de divergencia entre los cónyuges en cuanto el ejercicio de la representación conyugal, el Juez de Familia, considerando la conducta de cada uno de los integrantes de la pareja, tanto afuera como dentro del hogar, designarán a cuál de los cónyuges confiere la representación, indicando el tiempo por el que se le confiere y las condiciones que debe cumplir el otro cónyuge para recuperar la posibilidad de ejercer nuevamente la misma. En todo caso la administración se ejercerá individualmente, sin necesidad de declaratoria judicial para tal efecto en los siguientes casos:

- a) Si se declarara la interdicción judicial de uno de los cónyuges;
- b) En caso de abandono voluntario del hogar o por declaratoria de ausencia, y
- c) Por condena de prisión, por todo el tiempo que dure la misma.

Cabe señalar, en un aspecto fundamental en lo relativo a los asuntos de alimentos, ya que en este caso es embargable hasta un 50% sobre el sueldo del demandado.

2.1.3. Esponsales

Deriva del verbo latino *spondeo*, que significa prometer. Los esponsales es la promesa de casarse que se hacen el varón y la hembra con recíproca aceptación.

Para efectos del curso, son las cosas que se entregan como promesa de matrimonio y que si no se celebra éste, solo hay obligación de devolver las cosas, objeto de la misma, y es ley vigente pero no positiva.

En el Artículo 80 preceptúa que los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, pero dan lugar a demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas con promesa de un matrimonio que no se efectuó.

2.1.4. Funcionarios que pueden celebrar el matrimonio

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 49 señala que el matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente.

El Artículo 92 del Código Civil, con respecto a los funcionarios que pueden autorizar el matrimonio, indica que éste debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que



haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión; pero también podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde.

2.2. Aspectos doctrinarios

Doctrinariamente, se han establecido una serie de requisitos que deben satisfacerse obligatoriamente para poder celebrar el matrimonio, para lo cual debe existir una ausencia de impedimentos. Al desarrollar este tema se deben considerar primeramente algunos impedimentos que tienen su origen la naturaleza misma.

Los impedimentos del matrimonio son ciertos obstáculos legales que se oponen a la celebración válida y lícita del mismo, cuyo origen hay que buscarlo en las normas del derecho canónico.

En una forma universal se han clasificado los impedimentos en impeditivos y dirimentes:

- a) Los primeros de los mismos están constituidos por una prohibición grave que lo hace ilícito;
- b) Los dirimentes están compuestos por una prohibición grave que impide se pueda contraer válidamente.



Como se ha mencionado, el matrimonio contraído a pesar de la existencia de un impedimento impediendo, es válido pero ilícito; el contraído, a pesar de la existencia de un impedimento dirimente, no es lícito.

En lo que se refiere a las diversas incapacidades o inaptitudes de hombres y mujeres para contraer matrimonio válido, en el siglo XII y para designar las prohibiciones y oposiciones impuestas por el derecho canónico a la celebración del matrimonio de y entre determinadas personas por las especiales razones que más adelante se verán, los canonistas establecieron una singular terminología con los llamados impedimentos matrimoniales *impedimentum matrimonii* que inmediatamente adquirió carta de naturaleza en el lenguaje jurídico, entendiéndose por tales los hechos o circunstancias anteriores al casamiento que, además de constituir obstáculos canónicos o legales para llevarlo a cabo, se producen cuando no se han llenado los requisitos fijados para su validez o licitud. Según los efectos que producen, se distinguen en: I) Dirimientes, y, II) Impedientes, o no dirimientes, son de diversa índole, han variado en el transcurso de los tiempos y durante el mismo ha desaparecido casi la totalidad de los últimos. Para su justo conocimiento, y sin analizarlos ni comentarlos, ya que esto no es el objetivo primordial de este trabajo de tesis y que de hacerlo llegaría a ser demasiado extenso, sólo se mencionarán más adelante los que fija en los respectivos cánones el nuevo código de derecho canónico.

Los impedimentos dirimientes: Están constituidos por una prohibición grave que impide se pueda contraer válidamente el matrimonio. En otras palabras, contraído éste a

pesar de la existencia de ser dirimente no es válido, por lo que conviene citar algunos casos:

- a) Se oponen a la celebración de un matrimonio y lo invalidan o anulan si se ha contraído con la concurrencia de alguno de ellos. El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraerlo válidamente;
- b) Suelen clasificarse en absolutos o relativos: los primeros se oponen a las nupcias de determinadas personas con cualquiera otra; los segundos a que se contraiga entre ciertas personas, por razones especiales existentes entre ellas, respectivamente; y
- c) Algunos, por su naturaleza, no son dispensables; otros, pueden ser dispensados por autoridad eclesiástica legítima.

Los impedimentos dirimientes absolutos están:

- a) La edad;
- b) La impotencia;
- c) El ligamen o vínculo;
- d) Órdenes sagradas; y
- e) El voto de castidad.

Los dirimientes relativos son:



- a) La consanguinidad;
- b) La afinidad;
- c) La pública honestidad;
- d) Disparidad de cultos;
- e) El parentesco legal o civil;
- f) El rapto; y
- g) El crimen.

Impedimentos impeditivos: Su concurrencia se opone a la celebración del matrimonio entre determinadas personas, el cual resulta ilícito pero válido, más no nulo, si ya se ha contraído. Sólo contienen el denominado de matrimonios mixtos o de religión mixta, según el Código de Derecho Canónico: “Está prohibido, sin licencia expresa de la autoridad competente, y es entre dos personas bautizadas, una de las cuales haya sido bautizada en la iglesia católica o recibida en ella después del bautismo y no se haya apartado de ella mediante un acto formal, y otra adscrita a una Iglesia o comunidad eclesial que no se halle en comunión plena con la iglesia católica.” Si hay una causa justa y razonable, el Ordinario del lugar, esto es, el Obispo diocesano, puede conceder esta licencia; pero no debe otorgarla si no se cumplen las condiciones que siguen:

- a) Que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe, y prometa sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la iglesia católica;
- b) Que se informe en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe



hacer la parte católico, de modo que conste que es verdaderamente consciente de la promesa y de la obligación de la parte católica; y

- c) Que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no pueden ser excluidos por ninguno de los dos.

Así también menciona que corresponde a la Conferencia episcopal determinar tanto el modo según el cual han de hacerse estas declaraciones y promesas, que son siempre necesarias, como la manera de que quede constancia de las mismas en el fuero externo y de que se informe a la parte no católica.

Entre la clasificación de sistemas matrimoniales más aceptada en la doctrina establece lo siguiente:

- a) Religioso: Es el que celebra el ministro de culto, autorizado por la autoridad correspondiente que es el Ministerio de Gobernación.
- b) Civil: Celebrado ante la autoridad facultada para ello, y que obligatoriamente debe ser previo al religioso, por disposición de la ley. Efectuado por el alcalde municipal o concejal, o por un notario.
- c) Mixto: Surgido como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que, en casos determinados, uno u



otro surtan plenos efectos. Cuando se celebra en el mismo acto, el religioso y civil.

Otra clasificación adoptada por distintas legislaciones es la siguiente:

- a) Matrimonio rato: No seguido de la unión de cuerpos entre contrayentes, o sea, ningún acercamiento de tipo sexual;
- b) Matrimonio consumado: Ya se consumó la relación sexual; y
- c) Matrimonios especiales: Estos se celebran como lo establece el Artículo 79 del Código Civil, son cinco:
 - Por poder;
 - En el extranjero;
 - De menores;
 - En artículo de muerte; y
 - Militares.

El matrimonio por, poder deberá celebrarse a través de un mandato, el cual debe ser especial, expresar la identificación de la persona con la que debe contraerse y contener declaración jurada acerca de las cuestiones que menciona el Artículo 93. La revocatoria del poder no surtirá efecto si fuere notificada legalmente al mandatario cuando el matrimonio ya estuviera celebrado.



El matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, producirá todos sus efectos en la República, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por algunas de las causas que determina este Código.

Los menores de edad que soliciten contraer matrimonio, deben comparecer acompañados de sus padres, o tutores o presentar autorización escrita de ellos, en forma auténtica, o judicial si procediere y, además, las partidas de nacimiento o, si esto no fuere posible, certificación de la calificación de edad declarada por el juez.

En caso de enfermedad grave de uno de ambos contrayentes, podrá ser autorizado el matrimonio sin observarse las formalidades establecidas, siempre que no exista ningún impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos. El funcionario deberá constituirse en el lugar donde sea requerido por los interesados.

Los militares y demás individuos pertenecientes al Ejército, que se hallen en campaña o en plaza sitiada, podrán contraer matrimonio ante, el jefe del cuerpo o de la plaza, siempre que no tengan ningún impedimento notorio que imposibilite la unión. Dentro de quince días de terminada la campaña o levantado el sitio, se enviará el acta original del matrimonio del Registro Civil que corresponda.

La Iglesia Católica resume de la siguiente manera los impedimentos matrimoniales:



- a) Impedimentos de parentesco; y
- b) Por incompatibilidad jurídica.

- Impedimentos de parentesco

Los cuatro impedimentos siguientes, llamados de parentesco, son un modo que el derecho aporta para vigilar y proteger a la familia. Su objetivo es precisamente tutelar la dignidad familiar de manera que las relaciones que naturalmente surgen en el seno de la familia no traspasen sus límites propios y por tanto no se desnaturalicen.

Al mismo tiempo tienen también, como finalidad contribuir a que la familia cristiana, y por tanto la comunidad eclesial se amplíe cada vez más a través de vínculos matrimoniales en que personas que no pertenecen al reducido ámbito de la misma.

El actual Código de Derecho Canónico, ha introducido una novedad importante, al abandonar el tradicional modo de computar el parentesco. Ahora los grados son tantos cuantas son las personas en ambas líneas, descontando el tronco, por ejemplo: tío y sobrino son parientes consanguíneos en grado tercero. Ejemplificando este caso, están:

Línea es la serie de personas que proceden unas de otras en forma sucesiva; y tronco es la persona o personas de las cuales proceden los consanguíneos; se le llama también tronco común por confluir en él los precedentes generacionales de los parientes.

En algunos casos estos impedimentos son de derecho natural, ciertamente entre padres e hijos, y muy probablemente entre demás ascendientes y descendientes, y entre hermanos, mientras que en otros casos son de derecho eclesiástico, que tienen en cuenta los factores históricos y culturales a cuya influencia se ve sometida la familia.

a) Consanguinidad, los rasgos fundamentales de este impedimento son los siguientes:

- Es siempre impedimento en línea recta, padres, hijos; y
- Es línea colateral hasta el cuarto grado inclusive, primos hermanos.

b) Afinidad, se entiende por afinidad el parentesco o vínculo legal que existe entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, no entre los consanguíneos del uno y los consanguíneos del otro.

Los principios generales que han de tenerse en cuenta son: Sólo es impedimento en línea recta; no lo es en línea colateral, por ejemplo, supondría impedimento pretender matrimonio con la madre de la difunta esposa, pero no con su hermana, su dispensa corresponde al obispo.

c) Pública honestidad, este impedimento surge de la casi afinidad que existe entre, quien ha contraído un matrimonio inválido y los consanguíneos del otro contrayente; quienes viven en concubinato público, notorio y los consanguíneos de la otra parte.



Sobre este impedimento hay que hacer notar, que no es necesario que el matrimonio inválido o el concubinato hayan sido consumados, basta que se haya instaurado la vida en común, su aplicación se reduce al primer grado en línea recta; puede dispensarlo el obispo del lugar.

- d) Parentesco legal: Es el parentesco que nace de la adopción legal, y supone un impedimento para quienes están unidos por él en línea recta, padrastro-hijastra; madrastra-hijastro, o en segundo grado de línea colateral, hermanastros; es un impedimento dispensable por el obispo del lugar;
- e) Por razón de incapacidad física: Resulta de la evidente imposibilidad de procrear, lo que hace insubsistente al mismo;
- f) La edad, mínima que se requiere para contraer matrimonio es de 16 años cumplidos para los varones, y de 14, también para las mujeres;

Jurídicamente se distingue de la esterilidad: Con este nombre se designan los defectos que hacen imposible la generación, pero sin afectar al acto conyugal, la esterilidad no constituye ningún impedimento.

- g) Impotencia: Se le llama así a la imposibilidad de realizar naturalmente el acto conyugal.



Este impedimento es de derecho humano y, por tanto, cabe su dispensa, que corresponde al obispo del lugar, la base del impedimento es asegurar, en la medida de lo posible, la necesaria madurez biológica de quienes van a contraer matrimonio.

La impotencia puede ser originada por causas psíquicas, así sucede en la inmensa mayoría de casos, y entonces raramente es perpetua, o por causas corporales, entre las segundas se encuentran determinadas enfermedades funcionales, carencias o atrofas de los órganos genitales, en el hombre o en la mujer; puede darse la impotencia de modo absoluto o relativo, según impida la realización del acto conyugal con cualquier persona del otro sexo, o solamente con algunas.

Es posible también que se origine de modo antecedente al matrimonio, o consecuentemente a éste; es decir, adquirida después. Los tres requisitos que el derecho canónico exige para que la impotencia constituya un impedimento para el mismo son:

- Que sea antecedente al matrimonio;
- Que sea perpetua, lo que en sentido jurídico quiere decir incurable por medios ordinarios, lícitos y no peligrosos para la vida o gravemente perjudiciales para la salud; y
- Cierta, bastando un grado de certeza que es el de certeza moral.



h) Por razón de delito o crimen: Se trata de un impedimento en el que quedan comprendidos tres casos:

- Conyugicidio propiamente dicho: es decir, dar muerte al propio cónyuge;
- Conyugicidio impropio, es decir, dar muerte al cónyuge de aquel con quien se desea contraer matrimonio; y
- Conyugicidio con cooperación mutua.

Para que quienes se encuentran en alguno de estos tres casos contraigan el impedimento es necesario:

- ◆ Que los interesados uno o los dos, según los casos causen la muerte del cónyuge directamente o por medio de terceras personas;
 - ◆ Que realmente muera el cónyuge; y
 - ◆ Que el acto se haya realizado con el fin de contraer matrimonio.
- Por incompatibilidad jurídica

a) Ligamen o vínculo: Recibe este nombre la inhabilidad para contraer un nuevo matrimonio mientras permanece el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado.

Es un impedimento de derecho natural, al ser consecuencia de las propiedades esenciales del matrimonio especialmente de la unidad; además de que han sido expresamente confirmadas por la Revelación: Genesis, 2, 24; Mateo. 19, 4-9, 10, 2-12; Lucas. 16, 18; I Cor. 7, 4; 10, 39; Ef. 5, 32; Romanos. 7, 3; éste no puede cesar por dispensa, sino únicamente por la muerte de uno de los cónyuges. Antes de contraer un nuevo matrimonio es necesaria la declaración de la muerte del cónyuge anterior. La declaración ha de hacerla la autoridad eclesiástica, ya que con frecuencia la autoridad civil es excesivamente benigna en esta materia.

- b) Disparidad de culto: Es el nombre que se da al impedimento existente para contraer matrimonio entre una persona bautizada y otra no bautizada.

Si una de las partes pertenece a una confesión cristiana no católica y ha recibido válidamente el bautismo, el matrimonio es ilícito aunque válido. Para la licitud se requiere la dispensa del obispo, que pedir condiciones similares a las que mencionaremos abajo. Este tipo de matrimonios se llaman mixtos.

Desde el punto de vista canónico, el no bautizado se encuentra en la condición de infiel y esa condición, en principio, resulta incompatible con el sacramento del matrimonio por el peligro que supone para la fe del cónyuge católico y de los hijos. La fe, en efecto, es un don tan grande que origina en quienes lo poseen el deber de tutelarla y conservarla, de ahí que la iglesia establezca este impedimento.



Al mismo tiempo, es evidente que también el no bautizado tiene el *ius connatus* derecho a contraer matrimonio y ésta es la razón por la que se prevé la posibilidad de dispensar este impedimento, si se reúnen determinadas condiciones. Los requisitos para que el obispo del lugar pueda conceder la dispensa son:

- Que el cónyuge católico se declare dispuesto a evitar cualquier peligro para la fe, y prometa sinceramente poner todos los medios para bautizar y educar en la fe católica a los hijos.
 - Que el otro cónyuge no bautizado está informado de las promesas que debe hacer el bautizado, y de las obligaciones que tiene; que los dos contrayentes sean instruidos sobre los fines y propiedades del matrimonio, que no pueden ser excluidos por ninguno de los dos.
- c) Ordenación sacerdotal: Es una inhabilidad por la que no pueden contraer matrimonio quienes han recibido la ordenación sacerdotal.

Tiene su fundamento en el celibato eclesiástico que, sin pertenecer a la estructura constitucional del sacerdocio, se apoya en la sagrada escritura de Mateo 19, 12: Lucas 18, 28-30; I Corintios siete, 32-34; goza de una tradición que se remota por lo menos al siglo IV, y ha sido confirmado repetidas veces por el Magisterio oficial de la iglesia como Constantino. Lumen gentium, 29 y Presbyterorum ordinis, 16; Enclesiastes. Sacerdotalis coelibatus de Paulo VI; el canon 277 lo prescribe expresamente para los clérigos a partir de diaconado.



El sacerdote que atenta matrimonio, es decir, intenta casarse, aunque sea civilmente, queda suspendido, prohibición parcial o total de ejercer la potestad de orden, la de régimen o el oficio: 1333; y si persiste en su intento, se le pueden ir añadiendo penas. 1394.

Podría en algunos casos darse la pérdida del estado clerical, o de la condición jurídica de clérigo 290. En esos casos, sin embargo, la pérdida del estado clerical no lleva consigo la dispensa de la obligación de vivir el celibato, por lo que una persona en esas condiciones no puede contraer matrimonio. La dispensa del celibato sólo puede concederla el Romano Pontífice.

Este impedimento afecta a quienes han contraído un voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso. Para que se dé el impedimento es necesario:

- Que se trate de un voto perpetuo de castidad, por lo que no se incluye aquí ningún otro tipo de promesas o juramentos;
- Que sea un voto público, es decir, recibido en nombre de la iglesia por el superior legítimo; y,
- Que sea emitido en un instituto religioso.

Cabe su dispensa, aunque está reservada al Romano Pontífice. Si un religioso intenta matrimonio incurre en entredicho, censura por la que, sin perder la comunión con la iglesia, se ve privado de algunos bienes sagrados y queda dimitido *ipso facto* de su instituto Rapto, canon 1089.

Se entiende por raptó el traslado o la retención violenta de una mujer, con intención de contraer nupcias con ella.

Es un impedimento establecido, en el Concilio de Trento y que se mantiene en la actual legislación canónica, a pesar de que hubo algunas sugerencias acerca de su supresión en los trabajos preparatorios, porque "no es tan infrecuente como podría parecer a simple vista".

Los elementos que configuran el impedimento son los siguientes:

- Debe tratarse de un varón raptor y de una mujer raptada, y no al revés;
- El acto puede consistir tanto en el traslado de la mujer, contra su voluntad, a otro lugar, como la retención violenta en el lugar en que ya se encontraba; y
- La intención de contraer matrimonio puede preceder al traslado o retención, o aparecer después en el raptor.

Para que cese el impedimento basta que coincidan de modo objetivo y real, dos elementos:

- Separación de la mujer de su raptor; y
- Colocación de la mujer en un lugar seguro y libre.



Los calificativos seguro y libre hacen relación al lugar y no al estado de ánimo de la mujer raptada.

2.3. Los impedimentos matrimoniales en la legislación

El Código Civil separa con claridad los impedimentos absolutos o dirimentes, y los llamados impedientes, que sólo impiden la su celebración, mientras subsisten.

Los primeros, enumerados en el Artículo 88, hacen subsistente el matrimonio, como lo ordena el Artículo 144. No puede reconocerse existencia de vínculo matrimonial en ningún caso, ni aún alegándose prescripción del matrimonio celebrado de buena o de mala fe entre parientes consanguíneos en línea recta, ni entre hermanos o medio hermanos; tampoco entre ascendientes o descendientes, que hayan estado ligados por afinidad, como entre suegra y yerno, o entre suegro y nuera; y, desde luego, de las personas casadas o en convivencia declarada legalmente puesto que para contraer matrimonio es requisito esencial que los contrayentes sean solteros, viudos, divorciados o que esté disuelta judicialmente su unión.

Se suprimió al incapaz, mencionado en el inciso quinto, del Artículo 93 del Código anterior 1933, por estimar que su caso corresponde a la anulabilidad referida en el Artículo 145 del Código Civil vigente.

La disposición del Artículo 89 son las mismas que enumeraba el Artículo 95 del Código Civil de 1933, agregándose en el inciso sexto. La prohibición del matrimonio del



adoptante con el adoptado mientras dure la adopción.

Cuando se habló de la celebración del matrimonio canónico o eclesiástico, se dijo por una parte que se entiende por impedimentos los hechos o circunstancias anteriores al matrimonio que constituyen obstáculos legales o canónicos para su celebración; y por la otra, que los dirimentes o absolutos anulan lo invalidan, si éste se ha contraído con la concurrencia de alguno de ellos, y que, los impedimentos impeditivos mientras subsisten lo hacen ilícito pero válido mas no nulo, si ya se ha contraído.

En el ordenamiento civil, aunque sin la calificación de dirimentes y de impeditivos, también se distinguen aquellos impedimentos y sobre este aspecto se considera que los legisladores, inspirados talvez en las canónicas matrimoniales, como los de casi todos los países de habla española posiblemente, por un lado asumieron la mayor parte de la terminología que con tanto empeño y acierto ha elaborado la ciencia canonista en el transcurso del tiempo; y, por el otro, que al redactar los Artículos 88 y 89 del Código Civil en vigor, aceptaron en primer término y como fundamental, la distinción básica del derecho canónico de los impedimentos matrimoniales en dirimentes e impeditivos, sin calificarlos específicamente de esta manera y sin recoger completa su nomenclatura. Ahora bien, de conformidad con el derecho positivo a la vista de los Artículos del 88 al 91 que regulan los impedimentos matrimoniales, 144, 152, 170, 172, 199, 369, 370, 378, 423, 441, 1125, 1139, 1174 y 1186 del Código Civil, Decreto Ley 106; y, 227, 229, 231, 236 y 237 del Código Penal Decreto No. 11-73 del Congreso de la República, que guarda íntima relación con ellos y que son aplicables.



Entonces, los impedimentos dirimentes o absolutos son circunstancias que no permiten a determinadas personas contraer matrimonio, y si a pesar de ello lo efectúan, es insubsistente y así debe declararse. Haciendo una retrospectiva acerca de los impedimentos para contraer nupcias que regula la legislación, se apunta que el objeto primordial de dicha institución es el establecimiento de una nueva familia, resulta lógico que la ley deje previstos, a manera de prohibiciones, aquellos casos en que no proceda su autorización. Así también, generalmente a esas prohibiciones se les denomina impedimentos matrimoniales, con terminología originaria del derecho canónico que alcanzó aceptación universal.

2.3.1. Definición

Impedimento, es el obstáculo y dificultad, estorbo o traba que se opone a la realización de un fin o de una actividad o circunstancias legales, para la celebración del matrimonio.

2.3.2. Clasificación

Por sus efectos:

- Dirimentes: Obstáculo canónico o legal que se opone a la celebración del matrimonio o que lo anula si este ya se celebró, impedimento absoluto.



Los impedimentos dirimentes, absolutos o anulatorios, constituyen causales de cuya virtud se produce la invalidación del matrimonio. En el Artículo 88 del Código Civil, menciona los casos de insubsistencia. Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio:

- a) Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medio hermanos;
 - b) Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad;
 - c) Las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión; reformado el inciso tres por el Artículo cinco del Decreto Ley Número 218 del Jefe del Gobierno de la República; y
- a) El matrimonio no nace a la vida jurídica, es nulo.
- Impedientes: Es el opuesto a la celebración del matrimonio que resulta ilícito pero no nulo entre ciertas personas si ya se ha contraído impedimento relativo.

Impedimentos impedientes, relativos o prohibitivos, consisten en prohibiciones de la ley para la celebración del matrimonio, pero que no entrañan su nulidad en la hipótesis de que se efectúe a pesar de la prohibición a que esté sometido.



El Artículo 89 del Código Civil. Ilícitud del matrimonio. "No podrá ser autorizado el matrimonio:

- a) Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor;
- b) Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela;

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 este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevas nupcias, sin espera de término alguno;

- c) Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela o protutela;
- d) 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;



e) 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

f) Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

Reformado por el Artículo seis, del Decreto Ley Número 218 del Jefe del Gobierno de la República”.

Por su extensión:

- Absolutos: Son aquellos que no permiten que el matrimonio nazca a la vida jurídica; es decir, que se le considera nulo de pleno derecho.
- Relativos: En el caso de los impedimentos relativos, éstos resultan del vicio de ciertas formalidades que requiere la celebración del mismo, pero no necesariamente lo vuelven nulo.

El matrimonio no existe sin consentimiento, pero dicha situación debe expresarse a través de los cauces señalados en el ordenamiento jurídico.

El Código Civil en forma sencilla establece como impedimentos absolutos únicamente tres, dándole a ésta palabra el significado de dirimentes, como se puede apreciar en el Artículo 88 de dicho cuerpo legal, aunque con un sentido más radical, ya que los mismos están constituidos como casos de insubsistencia.



Pero muchas veces hacen caso omiso a lo estipulado por la ley; es por ello que las personas incurren en violar dichos impedimentos ya descritos con anterioridad, y los perjudicados son los hijos que nacen de dichas uniones.

CAPÍTULO III



3. Insubsistencia del matrimonio

Antes de entrar a considerar la insubsistencia del matrimonio, es preciso aclarar ciertos términos que son de uso común cuando se habla de este tema y de nulidad dicha institución civil.

El derecho subjetivo es una facultad normativa de acción o de omisión, y en consecuencia nada impide aceptar que su ejercicio, en ciertos casos, es potestativo y obligatorio en otros. En referencia al tema Herrera Palacios afirma que: “Tan lícito es hacer lo que se debe, como ejecutar u omitir lo que estando prohibido, no se encuentra jurídicamente prescrito”.²²

Ahora bien, invalidez es la ineficacia por disconformidad con la norma legal de un acto, no obstante éste término es más amplio, hipótesis que abarca la producida por voluntad de las partes por medio de la resolución, comprende los supuestos de inexistencia, nulidad de pleno derecho, anulabilidad y rescisión.

La palabra insubsistencia en su sentido natural e indiscutible, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española es el siguiente: “Falta de subsistencia, no subsistente. Falto de fundamento o de razón”.²³

²² Herrera Palacios, Adalberto. **Insubsistencia y nulidad del matrimonio en los derechos civil y canónico**. Pág. 59.

²³ Diccionario de la Real Academia Española. Tomo II: Pág. 95.



3.1. Introducción

El Código Civil de Guatemala no desarrolla con claridad la figura de la insubsistencia, pero de la lectura de la exposición de motivos de dicho cuerpo legal se concluye que los tres casos que enumera el Artículo 88 del Decreto Ley 106, son los únicos para dicha institución civil, los cuales derivan de uniones que reprueban la naturaleza, la moral y la ley. Éstos se refieren al parentesco de consanguinidad, afinidad y a la preexistencia de un vínculo conyugal vigente o de unión de hecho legalizada.

Apegándose al estricto sentido gramático del término referido, lo que define Guillermo Cabanellas en su diccionario de Derecho Usual, es: "Insubsistente es algo perdido, desaparecido o consumido, carente de razón o fundamento. Contrario a permanencia, continuidad, supervivencia o conservación. Contrario a subsistente, que es lo que subsiste o permanece vigente".²⁴ Es decir, que se debe entender como la nulidad absoluta, al contravenir los impedimentos claramente definidos en la ley.

De tal cuenta no habrá matrimonio, aunque se intente contraerlo, cuando éste sea entre parientes consanguíneos en línea recta hasta el cuarto grado y en la colateral, cuando sea entre hermanos y medio hermanos, tampoco habrá si se intenta contraerlo entre los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; esto es, entre suegro y nuera, o entre suegra y yerno; ni es posible tampoco que pueda existir de las personas ya casadas y las unidas de hecho legalmente con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión, puesto que para

²⁴ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 655.



contraerlo es requisito esencial que los contrayentes sean solteros, viudos, divorciados o que esté disuelta su unión de hecho. En un sentido general, significa que el matrimonio no existe, no subsiste.

Según el Código, en enumeración tipificante de casos de insubsistencia, tienen impedimento para contraerlo, Artículo 88 del Código Civil.

- b) Los parientes consanguíneos en línea recta y, en la colateral, los hermanos y medio hermanos:
- c) Razones de orden biológico, defectos de orden, físico y mentales que pueden presentar en la prole, y de intenso orden moral, justifican ese valladar, firme defensa contra algo legal.
- d) Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; la justificación de este precepto es dudosa; sólo puede encontrarse en razones de orden moral. A su respecto, la exposición de motivos del proyecto de Código Civil no es clara al decir que: no puede reconocerse existencia de vínculo matrimonial en ningún caso, ni aún alegándose prescripción, del matrimonio celebrado de buena o mala fe, entre ascendientes y descendientes que hayan estado ligadas por afinidad como entre suegra y yerno, o entre suegro y nuera.



- e) Las personas casadas y las unidas de hecho, con personas de su convivencia, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión: admitir lo contrario a tal precepto, sería admitir la bigamia dentro de un ordenamiento jurídico que lo rechaza.

Ahora bien, que ocurre si el matrimonio se celebra aún a pesar de existir un impedimento absoluto, conforme a lo dispuesto en el Artículo 144 del Código Civil, este sería insubsistente; es decir, absolutamente nulo. En ese mismo Artículo, en relación a la insubsistencia, establece: "El matrimonio es insubsistente en los casos que enumera el Artículo 88 de dicho Código. La declaratoria de insubsistencia puede hacerla de oficio el juez, con intervención de los cónyuges y del Ministerio Público". En lo civil todo es pedido, rogado. En lo penal todo es de oficio, a excepción del Artículo anterior.

3.1.1. Anulabilidad del matrimonio

En el Artículo 145, en relación a la anulabilidad del matrimonio establece: Es anulable el matrimonio:

- a) Cuando uno o ambos cónyuges han consentido por error, dolo o coacción;
- b) Del que adolezca de impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio;
- c) De cualquier persona que padezca incapacidad mental al celebrarlo; y



- d) Del autor, cómplice o encubridor de la muerte de un cónyuge, con el cónyuge sobreviviente; y
- e) Las situaciones contempladas en el Artículo 145 del Código Civil, producen nulidad, pero en los casos de los incisos uno y dos, la acción es privativa del que incurrió en error, o fue engañado, u obligado a casarse con violencia o amenaza; o si se trata de impotencia, si ésta es absoluta, al cónyuge sano. Esta acción no pueden iniciarla los herederos, sino ha sido utilizada dentro del término legal por el causante. En cambio la anulación del matrimonio contraído por un incapaz, declarado en estado de interdicción, o el del autor, cómplice o encubridor de la muerte de uno de los consortes, que se case con el sobreviviente, corresponde la acción no sólo a otras personas interesadas, sino a la Procuraduría General de la Nación, tomando en consideración la falta absoluta de consentimiento en el primer caso y el hecho criminal que motivó el segundo; acción que, a diferencia de la anterior, pueden iniciar los herederos, siempre que se ejercite dentro del término perentorio señalado en la ley.

Mientras que el Artículo 146 del Código Civil, en cuanto al error o dolo establece: “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”.



La acción de nulidad que nace del error o dolo, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado, dentro de 30 días de haberse dado cuenta del error o del dolo.

El Artículo 147 del Código Civil, que desarrollo lo concerniente a la violencia, estatuye: “La anulación por motivo de coacción, corresponde, demandarla al contrayente agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia, amenaza o intimidación. En el caso del matrimonio del raptor con la raptada, el término comenzará a contarse desde que la mujer haya recobrado su plena libertad”.

En el Artículo 148 del Código Civil, sobre el ejercicio de las acciones, preceptúa: La anulación del matrimonio por ocurrir el caso del inciso segundo del Artículo 145, puede pedirse por cualquiera de los contrayentes si la impotencia es relativa; pero si fuere absoluta el cónyuge impotente no podrá demandar la nulidad. La acción deberá ser ejercida dentro de seis meses de haberse efectuado el matrimonio.

En el Artículo 149 del mismo expresa: “La acción de nulidad, en el caso del inciso cuarto. del Artículo 145, puede ser deducida por el cónyuge inocente, por los hijos de la víctima o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses contados, para el cónyuge inocente, desde que tuvo conocimiento de la culpabilidad de su nuevo cónyuge y para los hijos y el Ministerio Público, desde que se celebró el nuevo matrimonio”.

El Artículo 150 del Código Civil regula: “La nulidad por incapacidad mental de uno de los cónyuges puede demandarse por el cónyuge capaz, por el padre, madre o tutor del



incapacitado y por el Ministerio Público, dentro de sesenta días contados desde tengan conocimiento del matrimonio”.

El Artículo 151 del Código Civil estipula: La acción de nulidad, que no sea la determinada en los Artículos 149 y 150, no pasa a los herederos del cónyuge, pero sí podrán éstos continuar la demanda iniciada por su causante.

Así, también el Artículo 152 del mismo Código establece: “La declaratoria de nulidad o de insubsistencia del matrimonio se mandará publicar por el juez en el Diario Oficial y se comunicará a los registros civiles y de la propiedad, para que se hagan las cancelaciones o anotaciones correspondientes”.

3.2. Definición

Como se anotó anteriormente, el cuerpo normativo no define que es insubsistencia, por lo que se tratará de elaborar una definición apegada a la conjunción de los elementos de la misma. Pero cualquier diccionario o enciclopedia sí; por eso, debe recurrirse a ellos.

Entonces, insubsistente será el matrimonio que no ha nacido a la vida jurídica y que en consecuencia no puede producir ningún efecto. Ahora bien, la insubsistencia referida al matrimonio es la negación de la existencia del matrimonio, el nacimiento del mismo, la nada jurídica.

El Artículo 88 del Código Civil refiere: "Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio:

- Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medios hermanos.
- Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y
- Las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

El parentesco es el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción.

Por consanguinidad es el que vincula o liga a las personas que descienden unas de otras, padres e hijos, recíprocamente, o de un antepasado común; por afinidad es el que vincula o liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro. Y el de adopción existe entre adoptante/s y adoptado en la adopción simple, o entre el adoptado y sus parientes y los consanguíneos y afines de los adoptantes, en la adopción plena.

En el ámbito del derecho civil, los principales efectos son los relativos al derecho recíproco a alimentos y de visitas y además; por consanguinidad es el presupuesto de

la vocación hereditaria legítima. A partir de 1968, el derecho sucesorio también otorga en virtud de la afinidad para el caso de la nuera viuda, sin hijos, que no hubiese contraído nuevo matrimonio y que tiene derecho a recibir, en la sucesión de sus suegros, la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido en ella a su marido premuerto. Finalmente, el adoptivo es también fuente de vocación hereditaria legítima.

Otros efectos civiles: el parentesco constituye presupuesto de impedimentos matrimoniales en la consanguinidad, la afinidad y la adopción. Confiere legitimación para la oposición a la celebración del mismo y para deducir la acción de nulidad del matrimonio. Concede legitimación para promover la acción de insania. Así también el derecho a ejercer la tutela y la curatela legítima.

3.3. Estudio crítico de las causas de insubsistencia en el Código Civil

Aunque resulte poco definido el término insubsistente en el caso del matrimonio fallido, se tratará de desarrollar cada apartado de los impedimentos absolutos para contraerlo, lo cual se enmarca en el Artículo 88 del Código Civil. Debe entenderse que al hablar insubsistente estamos ante el acaecimiento de las prerrogativas que impiden la realización de éste; es decir, que es nulo por el sólo hecho de celebrarse en contra de los lineamientos de la legislación, lo cual es evidente al tenor del Artículo 144 del cuerpo legal antes citado.

A continuación se hará el estudio correspondiente de los supuestos de nulidad absoluta del matrimonio, entendido como los casos de insubsistencia en el Código Civil.



3.3.1. Del parentesco por consanguinidad

Este impedimento es claramente descrito en la ley, el cual precisa que nadie puede contraer matrimonio con sus ascendientes, descendientes consanguíneos en cualquier grado de la línea recta ni con su hermano o hermana de padre o madre. Este obstáculo legal lo considero bien fundado en razón de un orden moral y en también biológico de conservación de la especie, en vista de que estudios científicos han comprobado que existe un alto riesgo de que se susciten defectos de orden físico o mental en la prole, si son procreados entre parientes muy próximos. Es la relación entre personas que descienden la una de la otra y que preceden de un ascendiente o tronco común. En línea recta, padres e hijos, abuelos y nietos, bisabuelos y bisnietos, tatarabuelos tataranietos, retatarabuelos y choznos. En la colateral aparecen los hermanos, los primos, los sobrinos y los tíos.

Dicho impedimento, se establece en el Artículo 88 inciso primero del Código Civil y se complementa con la disposición del Artículo 236 del Código Penal que fija penas a quienes teniendo entre sí tales grados de parentesco, consumen actos íntimos de carácter sexual.

La consanguinidad es la relación de sangre entre dos personas; los parientes consanguíneos son aquellos que comparten sangre por tener algún pariente común; los parientes no consanguíneos son aquellos que no presentan un vínculo de sangre, pero que son parientes por un vínculo legal, que es el matrimonio. A esta otra relación de parentesco se le denomina afinidad.



La consanguinidad y la afinidad son términos muy utilizados en derecho. Es muy importante para todos los sistemas jurídicos, y sobre ese concepto se fundamenta el derecho de familia o el derecho de sucesiones.

En muchos sistemas jurídicos la consanguinidad se equipara a la relación de adopción, de forma que no existe diferencia entre un pariente de sangre y uno adoptado. De esta forma, el hijo adoptivo tiene los mismos derechos que el hijo natural e, incluso, un nieto adoptivo tiene los mismos derechos que uno natural, casos de herencia, alimentos, a pesar de que esos parientes más lejanos en la línea sucesoria no hubiesen prestado su consentimiento en el momento de la adopción.

Medición de la consanguinidad: Ésta tiene grados en función del número de generaciones interpuestas en el árbol genealógico. Así, la relación padre-hijo es de primer grado, mientras que la de abuelo-nieto es de segundo grado.

También se diferencia entre:

- a) Línea directa: se llama así a la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra; ascendente, progenitores, abuelos, descendente, hijos, nietos, etc. y colateral, hermanos, tíos, primos; y
- b) Línea colateral: es la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

Para medir los grados de la línea colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

3.3.2. Del parentesco por afinidad

También debe distinguirse entre el parentesco por consanguinidad y por afinidad; el primero se da respecto de la propia familia, y el segundo respecto de la familia del cónyuge, computándose los grados de la misma forma.

Este supuesto debiera ser desarrollado con más amplitud por la ley, ya que genera algunas dudas en cuanto a su alcance, además de ser relativamente injustificado y en algunos casos solo fundado en razones de una moral muy exigente.

Provoca serias dudas en cuanto a su alcance legal, en vista de que se prohíbe el matrimonio de personas que hayan estado ligadas por afinidad, pero nada dice con respecto a los ascendientes o descendientes ligados posteriormente por afinidad, los cuales si podrán contraer matrimonio. La justificación de este precepto es dudosa, sólo puede encontrarse en razones de orden moral. Al respecto la exposición de motivos del proyecto de Código Civil no es clara al señalar que: No puede reconocerse existencia de vínculo matrimonial en ningún caso, ni aún alegándose prescripción, del matrimonio celebrado de buena o mala fe, entre ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad como entre suegra y yerno, o entre suegro y nuera.



Al analizar el problema planteado se deduce que si la ley prohíbe lo menos, matrimonio con el parentesco de afinidad vigente, hubiera aclarado que definitivamente se prohíbe el matrimonio entre ascendientes o descendientes que hayan o estén ligados por afinidad, para borrar cualquier duda. En pocas palabras, aclarar que dicho matrimonio será imposible entre los que tengan ligamen por afinidad en tiempo pasado o presente.

El otro problema de este supuesto es la cantidad de personas que están incluidas dentro de la prohibición. Deberá recordarse que los cónyuges son parientes por afinidad en grado cero; es decir, que no forman grado, así que estarían incluidos a criterio: a) Los cuatro suegros, primero de afinidad respecto del cónyuge del hijo o hija; b) Dos de los abuelos o abuelas de cada cónyuge, segundo de afinidad respecto del cónyuge de su respectivo nieto o nieta; c) Los hijos que cada cónyuge haya procreado con tercera persona, primero de afinidad respecto del cónyuge de su respectivo padre o madre y segundo de afinidad entre ellos; y, finalmente, d) Los nietos o nietas de cada cónyuge, hijas o hijos según el caso, segundo de afinidad respecto del cónyuge de su respectivo abuelo o abuela.

A manera de clarificar esta situación, enumeramos los casos en que estaría prohibido contraer matrimonios para los que tengan afinidad:

- a) Los consuegros, que tienen segundo grado de afinidad entre sí;
- b) Los hijos e hijas que cada cónyuge procreó con tercera persona;
- c) El ex-yerno y la ex-suegra; la ex-nuera y el ex-suegro;

- d) El ex-cónyuge y las abuelas de la ex-cónyuge; la ex-cónyuge y los abuelos del ex-cónyuge;
- e) El ex-cónyuge y las hijas de la ex-cónyuge procreadas con tercera persona; la ex-cónyuge y los hijos del ex-cónyuge procreados con tercera persona;
- f) El ex-cónyuge y las nietas de la ex-cónyuge de hija o hijo procreado o procreada con tercera persona, y la ex-cónyuge con los nietos del ex-cónyuge de hijas o hijos procreados con tercera persona, esto sería segundo grado de afinidad descendiente.

De lo anterior resulta fácil deducir que es muy drástica la prohibición contenida en el Artículo 88, inciso segundo del Código Civil ya que debió permitirse el matrimonio en algunos de los casos anteriormente individualizados.

También debe distinguirse entre el parentesco por consanguinidad y por afinidad. El primero se da respecto de la propia familia, y el segundo a la de la familia del cónyuge, computándose los grados de la misma forma.

3.3.3. De las personas casadas o unidas que no hayan disuelto legalmente esa unión

No pueden contraer matrimonio quienes ya estén casados o unidos de hecho con persona distinta de conviviente, o mientras no se haya disuelto legalmente su unión, y si lo hacen, el nuevo matrimonio carece de validez. Esta prohibición se fundamenta en las costumbres y valores morales o religiosos en el medio que no hacen permisible el que una persona mantenga al menos ante la vista pública, relaciones íntimas



legalmente aceptadas con más de una persona. Producto de esta normativa de origen canónico, surge la figura de la bigamia, penalizada en la legislación como delito de carácter privado. Tomando en cuentas las costumbres y los valores morales de la sociedad es justificada la existencia de esta causal de nulidad y las sanciones para quienes tratando de burlar la ley y los sentimientos de otras personas, se aventuran a contraer nuevo matrimonio sabiendo que no tienen disuelto el anterior o que tienen inscrita una previa unión de hecho con tercera persona. Admitir lo contrario a tal precepto, sería admitir la bigamia dentro de un ordenamiento jurídico que lo rechaza.

Ahora bien, que ocurre si el matrimonio se celebra aún a pesar de existir un impedimento absoluto, conforme a lo dispuesto en el Artículo 144 del Código Civil, ese matrimonio sería insubsistente; es decir, absolutamente nulo. El contenido de lo anterior citado que, es insubsistente en los casos que enumera el Artículo 88 de la ley referida. La declaratoria de insubsistencia puede hacerla de oficio el juez, con intervención de los cónyuges y del Ministerio Público. Otra particularidad de la legislación guatemalteca se halla en la premisa que indica que en lo civil todo es pedido, rogado. En lo penal todo es de oficio, a excepción de lo que norma el Artículo 144 del Código Civil antes citado.

Por lo tanto, las personas deben de respetar las leyes, de lo contrario el matrimonio sería inválido, por lo regular todo esto ocurre en el área rural, porque muchas veces no conocen los impedimentos para contraer dichas nupcias.



CAPÍTULO IV



4. Efectos jurídicos con respecto a los hijos

La legislación civil vigente no indica nada con respecto a los efectos jurídicos que recaen sobre los hijos procreados por matrimonios declarados insubsistentes, por no cumplir con los requisitos establecidos específicamente por el Artículo 88 del Código Civil.

No obstante, es importante señalar los aspectos más relevantes que conllevan la existencia de una unión conyugal de hecho, situación que la doctrina no profundiza, aunque tradicionalmente se ha hablado del hijo putativo, en los casos de matrimonios no válidos o no declarados formalmente.

4.1. Introducción

Terminológicamente derivado de *putativus*, reputado, tenido por tal, es la ficción jurídica por la que, aun siendo nulo un matrimonio se considera válido en beneficio del cónyuge que al contraerlo hubiera obrado de buena fe.

Antecedentes hay en las opiniones de Pedro Lombardo, Hugo de San Víctor y otros, recogidas por algunas decisiones pontificias y en las Decretales de Gregorio IX, título III y XVII, libro IV, en el canon 1015. Si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrar un matrimonio inválido, éste se llama putativo hasta que ambos



conozcan con certeza la nulidad: Partida IV, ley tres, títulos segundo, tercero y según la cual, en caso de mala fe de los esposos, los hijos que hubiesen no serían legítimos. Por otra parte, en los Artículos 94 al 96 de la ley de Matrimonio Civil de 18 junio 1870, de donde pasa al Artículo 69 Código Civil, quien extiende el beneficio a los hijos, aunque sus padres obrasen de mala fe.

Conforme al derecho civil español, será putativo el matrimonio si, a pesar de adolecer de vicios determinados de la declaración judicial de nulidad, surte, hasta la firmeza de ésta, plenos efectos civiles para el cónyuge o cónyuges que los desconocían al tiempo de celebrarlo, e incluso después de la misma para los hijos cuyos padres hubieran conocido aquéllos. Esto último con cierto precedente en un rescripto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero, en el antiguo Código prusiano y en alguna disposición del suizo inspirado en el fin de evitar que se haga víctimas de culpas ajenas a seres inocentes, constituye innovación muy trascendente respecto del tradicional criterio legal civil y canónico, que exigía siempre la buena fe, al menos, de uno de los esposos, para conceder legitimidad a los hijos.

La buena fe exigida consiste en el subjetivo estado de creencia, por parte de uno o de los dos contrayentes, al tiempo de celebrar el matrimonio, de que lo contraen válidamente, aunque exista un error de hecho o de derecho, con tal de que sea excusable, siendo indiferente el conocimiento posterior éste; en cambio, para el derecho canónico dejará de ser putativo el matrimonio desde el momento en que los esposos conocen la causa de nulidad, de modo que los hijos concebidos después de tal conocimiento no se reputan legítimos. La buena fe se presume, salvo constancia de lo



contrario, cuya prueba corre a cargo de quien la impugna, Sentencia del Tribunal Supremo del siete de marzo de 1953. Se advierte que, para el derecho español, como el Artículo 51 del Código Civil priva totalmente de efectos civiles al matrimonio canónico o civil, cuando uno de los contrayentes estaba ya casado legítimamente, el Artículo 69 no puede amparar al contraído con vicio de nulidad, proveniente del impedimento de ligamen, Castán, Fuenmayor, Bonet, Manresa y sentencia del Tribunal Supremo del 29 de mayo de 1952 en contra.

4.2. Postura del Código Civil

La legislación determina ciertos efectos de la declaración de nulidad del matrimonio o la insubsistencia del mismo. Sin embargo, la creación de una apariencia implica la adquisición de una serie de derechos para los hijos, sobre todo, que deberán desaparecer si se declara la nulidad del mismo. Por ello, ya desde antiguo, se atribuyen unos efectos al matrimonio revelador de una determinada apariencia. Por eso, la anulación de dicha institución civil, no siempre puede restaurar las cosas en un sentido equivalente al inicial, y hay que buscar medios de hacer compatibles la nulidad del acuerdo creador del vínculo y las consecuencias de hecho producidas mientras existió socialmente. De aquí, que sobre aquella apariencia se aplique, inicialmente a impulsos de la benignidad del favor proles y luego de razones de equidad más generalizadas.

La declaratoria de nulidad o de insubsistencia del mismo se mandará a publicar por el juez en el Diario Oficial y se comunicará a los registros civiles y la propiedad con la



finalidad de proceder a las inscripciones correspondientes, Artículo 152 del Código Civil.

Al estar firme la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, se procederá a liquidar el patrimonio conyugal en los términos prescritos en las capitulaciones, por la ley o las convenciones que hubieren celebrado los cónyuges, Artículo 170 Código Civil. Como es natural, la ejecutoria de nulidad extingue el régimen económico matrimonial establecido entre los aparentes esposos.

La antigua doctrina del matrimonio putativo, es un matrimonio nulo que no se convalida o sana, confirma o convierte, siquiera sea *ad tempus*, por ley, originaria del derecho canónico, suprimió; sin embargo, en beneficio de los hijos y de los propios esposos, la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad en los casos en que uno o ambos cónyuges hubieran reputado que se habían casado válidamente, por ignorar de buena fe la causa de nulidad que afectaba a su matrimonio, de manera que la sentencia declarativa de la nulidad tuviera solamente efectos *ex nunc*.

El Código Civil protege en primer término a la familia, a la cual considera una institución social. La ley impone la regulación no sólo al matrimonio, sino también a la filiación y a la adopción. La calidad de miembro de la familia depende de la ley y no de la voluntad de las personas.

La familia es una institución jurídica pero no una persona jurídica. En esta materia no cabe aceptar figuras que sean nítidamente patrimoniales. Carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. La función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar imponiendo



deberes y derechos. Este vínculo permite el ejercicio de los derechos subjetivos entre quienes tienen tal vinculación. Son elementos en relación a dicha institución, los cuales son: el vínculo biológico y el jurídico:

- El vínculo biológico: Es el elemento primario, básico, necesario y presupuesto indispensable para la existencia familiar. La familia es una institución que responde a la ley natural.
- El jurídico: es secundario del vínculo familiar, por cuanto su existencia depende de la del biológico, ya que jamás puede crearlo pero es decisivo para legalizarlo. El jurídico prevalece sobre el biológico, por más que se encuentre condicionado a él ya que lo califica.

Las concordancias y discordancias como medio necesario para realizar el orden social bien sean biológicos y jurídicos deben coincidir. Entre ambos existen concordancias y discordancias.

La concordancia pura se produce cuando el vínculo jurídico corresponde al biológico, lo cual puede acaecer desde el momento en que se constituye la relación o con posterioridad, ejemplo: la filiación. La concordancia impura se presenta cuando el biológico no guarda debida correlación con el jurídico.

La discordancia pura sucede cuando el vínculo biológico corresponde al jurídico creado en contra de las disposiciones legales, por lo cual la relación está sujeta a una causa de nulidad. Ejemplos:

- Ante el matrimonio, los efectos del mismo no se producen sino desde el momento de su celebración. Si ha mediado una unión de hecho, ésta por no trascender al plano jurídico, hace que provoque una discordancia pura.
- En el caso de la filiación, hasta el momento de la inscripción o del reconocimiento media discordancia pura. A partir del reconocimiento hay concordancia pura.
- En la concordancia impura no media una debida correlación entre ambos vínculos. Por ejemplo, la inscripción o reconocimiento de un hijo que biológicamente no lo es de sus padres.

En la formación de la familia el vínculo biológico no es suficiente para que nazca el jurídico sino que debe ir acompañado del acto voluntario que culmina en el acto jurídico de emplazamiento en el estado de la misma. Así, la voluntad asume un papel fundamental en la formación esta. Es el medio útil para su creación, pero existen excepciones. Ejemplo: Declaración judicial de la filiación.

Para algunos autores dicho concepto nada importa, más que el vínculo jurídico sea legítimo o ilegítimo. Así, no existirían clases, sino una sola familia, en la cual funcionan

con extensión y cualidades privativas; las diferencias se hallan en cuanto a la regulación de éstos. La calidad de miembro de la familia es precisada por el derecho civil en cuanto a lo ya establecido, y aunque algunas leyes especiales se aparten en alguna medida del ordenamiento civil para el otorgamiento de ciertos derechos, quienes la forman no son otros que los determinados por él.

4.3. Aplicación de sanciones

Sucesivamente deben distinguirse:

- a) Una sanción preventiva, constituida por la oposición al matrimonio;
- b) Las particularidades presentadas por la reglamentación de la inexistencia, de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa del matrimonio; y
- c) El matrimonio putativo.

4.3.1. Oposición al matrimonio

Entre las personas que tienen derecho a oponerse al matrimonio, en primer lugar, el cónyuge en caso de un matrimonio preexistente; en segundo lugar, está el padre, la madre y en su defecto los abuelos y abuelas; en tercer lugar y a falta de ascendientes, los hermanos, tíos y los primos hermanos. Sólo que, mientras los ascendientes pueden oponerse por cualquier motivo que corresponda a un impedimento legal, los colaterales sólo pueden intervenir cuando el consejo de familia no ha dado su consentimiento o cuando el futuro cónyuge esté demente, pero a condición de que el oponente gestione

la interdicción y obtenga que sea declarada en el plazo que fije la sentencia. El tutor o el curador de uno de los futuros cónyuges pueden oponerse también conjuntamente con los colaterales, pero en los mismos casos que ellos y además, con la condición de haber sido autorizados por el consejo de familia. Se ha discutido si el Ministerio Público tiene facultades para oponerse a los matrimonios habiéndole reconocido la jurisprudencia ese derecho.

La oposición se realiza mediante un acto extrajudicial notificado por los oponentes o por sus mandatarios con poder especial y auténtica. Ésta se notifica a los futuros esposos y al oficial del estado civil.

El efecto de la misma, regula y obliga al oficial del estado civil a suspender la celebración del matrimonio, mientras no sea objeto de una declaración judicial de improcedencia o de un desistimiento voluntario.

4.3.2. Particularidades por la aplicación al matrimonio, de la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa

La inadmisibilidad de las nulidades virtuales a favor únicamente, de las nulidades expresas. Consecuencias de lo anterior en sus relaciones con los elementos constitutivos del matrimonio.

Las nulidades expresas son aquellas que están previstas por la ley de una manera enuncia, en tanto que las mismas se fundan solamente, en el espíritu de la ley; se



deben como decían Aubry y Rau, al carácter intrínseco, o al fin especial de tales cuales disposiciones legislativas. Se considera que el derecho francés admite las nulidades virtuales al mismo título que las expresas. Pero, se establece una excepción a este principio, en materia de matrimonio, en la cual la jurisprudencia desde principios del siglo XIX ha hecho prevalecer la regla: No existe nulidad sin ley que le establezca.

La aplicación de la noción de nulidad absoluta en materia de matrimonio; ya explicamos que ésta se caracteriza por la posibilidad de ser invocada por todos los interesados, y que no es susceptible de convalidarse ni por prescripción o confirmación de los interesados.

En cuanto a la relativa, las manifestaciones de esta particularidad son, tal vez, menos aparentes que las emanadas de la nulidad absoluta, pero no son menos reales. Primero, examinemos desde luego la desaparición de la nulidad por prescripción. Tratándose de la nulidad relativa respecto al matrimonio, esta prescripción oscila en un año. Segundo, además de la prescripción, una confirmación puede hacer desaparecer la nulidad. Esta confirmación es muy especial; se refiere a los padres y extingue inmediatamente la acción del consorte.

4.4. Opinión de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación como ente encargado de representar a la Nación y por ende al Estado a través de los distintos órganos y consultorías, tiene por mandato legal la obligación de velar entre otras cosas por los menores de edad desprotegidos.



Siendo éste el caso, al hablar de la insubsistencia del mismo y las consecuencias jurídicas con respecto a los hijos, el Estado de Guatemala a través de la Procuraduría General de la Nación, se apega a la regla de la retroactividad de la anulación de los actos jurídicos en derecho común, aplicándose los efectos del matrimonio putativo, tal y como lo describe la jurisprudencia del derecho canónica y el derecho español.

De esa cuenta, es conveniente exponer los elementos jurídicos del matrimonio putativo y como la legislación nacional lo reconoce sólo para salvaguardar los derechos adquiridos por los hijos procreados en un matrimonio declarado insubsistente, bajo el principio de la buena fe.

Al exponer la teoría del acto jurídico, vemos que la nulidad una vez decretada tiene efectos retroactivos. Pero no acontece esto tratándose del mismo, debido a la institución. Ésta ha sido prevista en los siguientes términos: El matrimonio declarado nulo produce; sin embargo, efectos civiles, lo mismo respecto a los cónyuges que a los hijos, cuando se ha contraído de buena fe. Si únicamente uno de los esposos hubiera procedido de esta forma, produce sólo en su favor y en el de sus hijos, efectos civiles. Es necesario reconocer, que estas disposiciones son muy lacónicas. Por ello la jurisprudencia tiene un campo de acción libremente abierto. A continuación nos referimos sucesivamente a las condiciones del matrimonio putativo y a sus efectos.

Estas condiciones se reducen, en el fondo, a la buena fe, pues la jurisprudencia se muestra liberal, principalmente en cuanto a la existencia aparente del mismo. Según la actual jurisprudencia, el matrimonio putativo es, en el fondo, afectado de nulidad o de



inexistencia, pero contraído de buena fe, por ambos esposos o sólo por uno de ellos.

Es indiferente que el error que vició al consentimiento sea de derecho o de hecho, también es indiferente que sea excusable o no, con tal de que se haya contraído en la creencia de que era válido; no importa que el error se haya descubierto a continuación, si la buena fe existió al celebrarse. La jurisprudencia completa su sistema presumiendo la buena fe. Todo lo que la jurisprudencia exige, además de la buena fe, es que haya habido una apariencia de celebración, pues en la actualidad un matrimonio inexistente puede ser putativo.

4.5. Análisis crítico de los matrimonios insubsistentes con respecto a los hijos

La validez del matrimonio presupone que el acto jurídico no presenta vicios o defectos de legalidad, originarios, existentes al tiempo de la celebración pues si fuese así, el derecho impide la configuración de una relación matrimonial idónea a través de su anulabilidad.

Las denominadas condiciones de existencia y de validez del acto jurídico matrimonial: estructuralmente, es subjetivamente complejo, constituido por el consentimiento de los contrayentes y el control de su legalidad ejercido por el oficial público encargado del registro civil en un típico acto administrativo.

Estos elementos estructurales son las denominadas condiciones de existencias del matrimonio, que resultan son tres:

- a) Diversidad de sexos de los contrayentes; es decir, que estos sean hombre y mujer.
- b) Prestación del pleno y libre consentimiento de los contrayentes.
- c) Intervención del oficial público del Registro Civil en la recepción del consentimiento de los contrayentes. Código Civil.

Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las condiciones de validez del acto, en cambio suponen la existencia estructural de citada institución civil, pero además, que el acto no esté afectado en los presupuestos que la ley determina para que produzca, en plenitud sus efectos.

Estos presupuestos o condiciones mencionados en el párrafo anterior se refieren, en el derecho positivo, a la inexistencia de impedimentos dirimientes o de vicios en su consentimiento.

En cuanto a la impotencia de uno de los contrayentes, si bien no ha sido reputada como impedimento dirimente opera como supuesto de nulidad relativa, a instancia exclusiva de uno del otro contrayente. No hay otros supuestos de nulidad en la ley de matrimonio civil.



Son impedimentos para contraer el matrimonio:

- a) La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación.
- b) La consanguinidad entre hermanos o medios hermanos.
- c) El vínculo derivado de la adopción plena, aplicándose el inciso segundo del Artículo 88 del Código Civil. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada.
- d) La afinidad en línea recta en todos los grados.
- e) Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años.
- f) El matrimonio anterior, mientras subsista.
- g) Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.
- h) La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.
- i) La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.

Vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez valorará la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega.



Este régimen de nulidades es independiente de los actos jurídicos en general, tal modalidad la desarrolla la teoría de la especialidad, la cual propugna que el matrimonio al ser un acto jurídico de características particulares no se le puede aplicar las mismas normas que al acto lícito general.

Las diferencias con el régimen general consisten en la incorporación de un elemento subjetivo: buena o mala fe, de acuerdo con ésta el matrimonio va a ser válido hasta el momento en que se dicte sentencia; cuando haya vicio de forma el acto no va a ser nulo; la nulidad no es manifiesta, necesita una sentencia que lo anule, dictada en un proceso promovido por parte legitimada para hacerlo. De tal suerte, no cabe la declaración de nulidad de oficio, como la propiciaba la doctrina de la subsidiaridad para los supuestos de nulidad absoluta que fuere manifiesta.

El efecto declarativo de la sentencia de nulidad, conllevaría en todos los casos a dejar sin efecto alguno el vínculo, también con carácter retroactivo, al día de la celebración de la institución antes mencionada.

Lo cual, a su vez, revestiría en los hijos extramatrimoniales que pudiesen existir, en reputar inexistente el régimen patrimonial que el matrimonio válido constituye. Es decir, que, no sólo se afectaría en vínculo conyugal, sino que los efectos de la nulidad incidirían en todo un cúmulo de situaciones familiares creadas hasta la sentencia de nulidad.

La noción de matrimonio putativo constituye una creación tendiente a regular los

efectos de la nulidad cuando las nupcias fueron contraídas suponiendo o creyendo uno o ambos contrayentes, que el vínculo era válido.

De ahí matrimonio putativo: De *putare*, creer, suponer. Más adelante, el uso traduciría el concepto como matrimonio celebrado de buena fe; es decir, creencia en la inexistencia de impedimentos.

Esta consideración tiende a mitigar el rigor de privar *ex-tunc* de todo efecto a las nupcias celebradas de buena fe por parte de ambos cónyuges, o al menos, por uno de ellos. Y ello se obtiene atribuyendo al matrimonio anulado, hasta el día de la sentencia de nulidad, los efectos de un matrimonio válido.

En tales supuestos, la doctrina del matrimonio putativo constituye una excepción al principio general en cuanto a los efectos de nulidad. La cual no se proyecta hacia el pasado, sino sólo hacia el futuro *ex nunc* sin perjuicio del efecto declarativo general de la sentencia.

La teoría del matrimonio putativo en el derecho determina efectos que tienden a proteger el status jurídico de los hijos; es decir, si el matrimonio anulado hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido.



No obstante, la nulidad tendrá los efectos siguientes:

- En cuanto a los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con la sola excepción de la obligación de prestarse alimentos de toda necesidad conforme al Artículo 209 del Código Civil;
- En cuanto a los bienes, será de aplicación a la sociedad conyugal lo dispuesto en el Artículo 1306 del Código Civil.

Si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio producirá, hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe.

La nulidad, en este caso, tendrá los efectos siguientes:

- El cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos;
- El cónyuge de buena fe podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hizo al de mala fe;
- El cónyuge de buena fe podrá optar por la conservación, por cada uno de los cónyuges, de los bienes por él adquiridos o producidos antes y después del matrimonio, o liquidar la comunidad integrada con el de mala fe mediante la aplicación del Artículo 1315 del Código Civil, o exigir la demostración de los



aportes de cada cónyuge, a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos, como si se tratase de una sociedad de hecho.

Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno.

La nulidad tendrá los efectos siguientes:

- La unión será reputada como concubinato;
- En relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, si se probaren aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales.

Ahora bien, la mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieran tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad.

Para el derecho el conocimiento posterior del impedimento no altera los efectos de la buena fe que existía el día de la celebración del matrimonio. Se trata del principio resumido en la mala fe *supervenies non nocet*, la mala fe sobreviviente no perjudica.

En el caso de la presunción o prueba de la buena fe, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia aplican aquí el principio de que la buena fe se presume, por tanto si no es alegada y probada la buena fe habrá de presumirse.



Es conveniente apuntar que la aplicación del principio de buena fe, juega, en este caso como categoría residual, a falta de prueba de los hechos que infieren directamente el obrar de buena o mala fe.

La excusabilidad del error se establece, atendiendo al principio que no habrá buena fe por ignorancia o error de derecho; tampoco la habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuese ocasionado por dolo.

La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad.

La buena fe de ambos cónyuges se dará el supuesto cuando ambos contrayentes desconocieran la existencia del impedimento o del vicio no probado al día de la celebración. Éste producirá hasta el día en que se declara su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido.

Respecto al futuro se dispone que, en cuanto a los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio. Obviamente se trata de una consecuencia natural de la declaración de nulidad, que, no obstante, no es absoluta. En principio, la mujer pierde el derecho a llevar el apellido del marido, pero podrá ser autorizada por el juez que declaró la nulidad para llevarlo en caso de tener hijos. Asimismo, subsiste la emancipación en caso de que mediante el matrimonio se la hubiera logrado.



Se mantiene la prestación alimenticia entre cónyuges, claro que restringida a los alimentos que son de toda necesidad, o sea los que puede reclamar el cónyuge, cuando no tuviese recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

En lo patrimonial, operará *ipso iure* la disolución de la sociedad, debiendo liquidarse con las pautas que establecen los Artículos 140 y 143 del Código Civil. Dicha disolución operará desde la notificación de la demanda de nulidad de matrimonio.

La legislación prevé el caso en que solamente hubiese existido buena fe por parte de uno de los cónyuges. En tal caso, producirá hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe.

Si bien han de cesar, a partir de la sentencia, todos los derechos y obligaciones que producirá una unión válida, el cónyuge de buena fe ha de conservar el derecho alimentario con los límites que establece el Código Civil. Además se establece que el cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos; a contrario, el de buena fe podrá exigir que el de mala fe le preste alimentos.

En lo atinente al uso de apellido del marido, tratándose de la mujer, regirá el Artículo 160 del Código Civil, de modo que si fuera de buena fe, se la podrá autorizar judicialmente a mantenerlo existiendo hijos de la unión.

En lo relativo a la emancipación, el contrayente de mala fe, menor de edad, pérdida de emancipación obtenida en virtud del matrimonio, pero subsistirá la emancipación respecto del contrayente de buena fe.

En lo patrimonial, el contrayente de buena fe puede optar a lo siguiente:

- a) Conservar como propios los bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio anulado, y los adquiridos o producidos durante la unión, lo que implica que el otro conservara la totalidad de los propios bienes los adquirido durante la unión; lo que significa que el matrimonio anulado no producirá ningún efecto jurídico;
- b) Exigir que se liquiden los bienes adquiridos por ambos durante la unión gananciales;
- c) Reclamar que se prueben aportes efectivos en la adquisición de los bienes por los cónyuges, a fin de dividirlos como si se tratara de una sociedad de hecho.

Cada una de estas opciones corresponde exclusivamente al contrayente de buena fe, quien evaluará su conveniencia, desde el punto de vista patrimonial.

La mala fe de ambos cónyuges, implica la no aplicación de los beneficios del matrimonio putativo. Por tal razón el matrimonio anulado no producirá efecto civil alguno. Añade la misma norma que la unión será reputada como concubinato, quedarán sin efecto las convenciones matrimoniales eventualmente creadas.



En el caso de los bienes se procederá como en los casos de la disolución de sociedad de hecho, pero solamente si se probaran aportes de los cónyuges.

Objetivamente, el matrimonio putativo o aparente, es simplemente un casamiento nulo o insubsistente, contraído de buena fe; de aquí su denominación, de *putativus* considerado ser lo que no es, y de acuerdo con la etimología latina del adjetivo, que procede del verbo *putare*, juzgar, creer, quiere decir tanto como matrimonio supuesto, esto es, que tiene apariencia de casamiento sin serlo en realidad, de donde surge el otro calificativo de aparente. Ahora bien, en sentido estricto, por matrimonio putativo o aparente, se entiende el casamiento nulo por causa de algún impedimento canónico dirimente relativo, pero que surte efectos como si hubiera sido lícito y válido, pro haberse contraído de buena fe. La buena fe se presume si no consta lo contrario. Fue, en consideración a esa buena fe, y con el propósito de suavizar el rigor de los efectos de la nulidad del matrimonio que surgió en el siglo XII, la doctrina del matrimonio putativo o aparente, como obra del Derecho Canónico y no de la legislación civil, según la cual, declarada la nulidad, ésta debería producir efectos retroactivos. Dicha doctrina suprimió esa retroactividad, por lo que la nulidad del casamiento no produce efectos más que en el futuro.

La doctrina del matrimonio putativo o aparente tuvo por causa la exageración de las prohibiciones de casamientos entre parientes, que exponían a muchas personas a contraer, de absoluta buena fe, matrimonios nulos. El Código Civil francés la aceptó; y por influencia de éste, dicha doctrina pasó a la mayoría de las legislaciones latinas.



El requisito fundamental del concepto antes mencionado es la buena fe de ambos cónyuges o al menos de uno de ellos. Esa buena fe constituye el elemento decisivo, la razón de ser de su doctrina, y consiste en ignorarse las disposiciones que prohíben su celebración o el vicio que hace insuficientes las formalidades del acto; pero, como ella lo advierte, es preciso también que exista una condición previa que lo es que se trate al menos de una apariencia del mismo, la cual hace inaplicable dicha doctrina a aquellos casos en que faltan las condiciones para la existencia de todo matrimonio legal. Ahora bien, la doctrina partidaria de la inexistencia, como distinta de la nulidad, con muy buena lógica considera que la doctrina del matrimonio putativo o aparente puede aplicarse a los casos de nulidad; pero no a los de inexistencia del mismo, excluyendo en consecuencia el de falta absoluta de consentimiento en su celebración.

Los impedimentos canónicos dirimientes relativos, que se oponen a que se contraiga entre ciertas personas, por razones especiales existentes entre ellas, producen el efecto de invalidarlo o anularlo si se contrajo con la concurrencia de alguno de ellos. Hay pues, nulidad del matrimonio siempre que falte alguna de las condiciones requeridas como esenciales para celebrarlo, y por un interés de orden público se ha reconocido el remedio extremo de declarar esa nulidad, ya que sin ella de nada servirían las prohibiciones de la ley, fundadas en razones de moralidad y de conveniencia de la familia y de la sociedad. La declaratoria de nulidad de un matrimonio no produce propiamente su disolución, ya que legalmente no ha existido; más bien se contrae a establecerlo así, declarando que no lo hubo. Pronunciada esa declaratoria, los que se tenían como esposos quedan sin el impedimento del caso y pueden contraer nuevas nupcias, pero la mujer tiene que esperar para ello que



transcurran 300 días, contados desde la fecha en que se declaró nulo el matrimonio, a menos de que haya habido parto dentro de ese término.





CAPÍTULO V

5. La insubsistencia en el derecho comparado

Históricamente el matrimonio ha ido evolucionando de acuerdo a la tradición de cada uno de los pueblos. Pero más allá de las diferencias mínimas entre cada sistema jurídico, siempre se conservó un orden basado en la moral y en la tradición religiosa, que pretendía evitar que dos personas de un mismo núcleo familiar contrajeran nupcias, lo que se consideraba inaceptable.

En los tiempos modernos, las legislaciones latinoamericanas al heredar los principios del sistema jurídico español, han mantenido muchas de las prerrogativas de éste en lo que se refiere al matrimonio. Sin embargo, en la mayoría de textos legales que tratan el tema en cuestión, no se ha hecho una puntual esquematización de las prohibiciones para que dos personas decidan iniciar una vida en común, tanto de manera tácita como formal, tal es el caso de Guatemala, de allí que el desarrollo de este capítulo se centra en los distintos puntos de vista de las legislaciones en el derecho comparado.

5.1. Situación jurídica en otras legislaciones

En la legislación civil de Colombia, se establece una normativa con respecto al matrimonio católico y se estatuye lo siguiente: A partir de la expedición de la nueva Constitución y en especial de su Artículo 42, los efectos civiles del matrimonio católico cesan por divorcio decretado de acuerdo con las normas civiles. Los incisos



nueve y 11 del Artículo 42 de la Constitución Nacional, al hablar en forma genérica de matrimonio y referir respecto a éste la disolución del vínculo y la cesación de efectos civiles, determinan que todo matrimonio queda regido por la ley civil en lo que atañe a la cesación de los efectos civiles. No se trata de consagrar el divorcio del matrimonio católico. De ninguna manera la Constitución se ha pronunciado así, tan sólo remitió a la ley civil los efectos de todo matrimonio para indicar que cesarán los efectos civiles, más no los sacramentales, por divorcio. Todo lo concerniente al mismo de los matrimonios es del fuero del Estado, quien es el autorizado para distribuir la competencia. Según lo que estipula la Sentencia C-27 de 1993 de Constitucionalidad de la República de Colombia “serán entonces competentes en el presente caso los jueces que señale la ley. Por ello es inconstitucional la competencia acordada en el Tribunal Superior”.²⁵

En el caso de la doctrina jurídica de Argentina, en cuanto a dicha institución civil, señala que: “Todo contrato, para juzgar y resolver sobre la validez del acto jurídico, se tiene en cuenta el hecho fundamental del cuál ha sido la intención de las partes contratantes en la celebración de ese acto y las obligaciones que virtualmente están comprendidas en el mismo, pero, bajo el imperio de la ley que se proyecta, resultará entonces, que el matrimonio, que es el contrato más respetable para la sociedad, por estar interesados en su validez grandes cuestiones de interés público, es una convención que puede burlarse por la voluntad de una sola de las partes contratantes, aunque exista la oposición del otro cónyuge. Es muy posible que todos los principios de moral y de equidad que dejamos consignados, cedan y se debiliten ante el propósito deliberado de

²⁵ Magistrado Ponente: **Doctor Simón Rodríguez Rodríguez**. Pág. 18.



sancionar la ley, invocándose como argumento decisivo, de que el régimen del matrimonio es de orden público y que nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos contra leyes que revistan ese carácter”.²⁶

En el derecho mexicano, la inexistencia del matrimonio por objeto jurídicamente imposible, se establece de la siguiente manera:

Los objetos específicos consisten en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer resulta evidente que la identidad sexual en los esposos originaría un obstáculo insuperable del carácter legal, tal como lo define el Artículo 1828, al decir que es imposible el hecho que no puede existir por que es incompatible con una regla jurídica que debe ser regido obligatoriamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. El problema consiste en determinar si el matrimonio llevado a cabo entre personas del mismo sexo e inexistente o nulo ha sido muy debatido en el derecho y se han ensayado diversas soluciones, fundándose principalmente en la creencia de que no hay un precepto jurídico aplicable expresamente al caso.

Se considera que la ley parte necesariamente de la diversidad sexual a efecto que se pueda llevar a cabo dicho acto jurídico, cuando no exista la diversidad sexual, a que la ley se refiere, o dicho de otro modo, cuando el acto pretenda celebrarse entre dos personas del mismo sexo. La ley equipará la falta de objeto que puede ser materia del acto, al objeto física y jurídicamente posible.

²⁶ Silveyra, Carlos. **Texto de la Corte Suprema de Justicia**. Pág. 20.

La postura de los legisladores es clara al señalar que en el caso del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, éste se considerará inexistente; es decir, no puede producir ninguna consecuencia del derecho.

Todas la legislaciones establecen o sobre entienden que los esposos deben de ser de diferente sexo. Para hacer resaltar tal idea definen el matrimonio como la perpetua asociación que establecen entre si dos personas del sexo diferente con el fin de imprimir un carácter de moralidad a su propia unión sexual y a relaciones naturales que de la misma han de hacer.

En el derecho se ha discutido si se trata de una inexistencia o de una nulidad. La teoría de la inexistencia para el caso de identidad sexual en el matrimonio, no he sido uniformemente aceptada ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y esto se debe a que no existen textos expresos como los que hemos señalado para el derecho mexicano, pues en aquellas legislaciones en las que la inexistencia es una cuestión de doctrina, el asunto se presenta como discutible.

5.2. Enfoque comparativo con respecto a la legislación nacional

La mayoría de legislaciones de origen latino o romano enumeran una serie de requisitos para contraer de manera válida el matrimonio, no obstante reconocen que de existir una nulidad o una situación grave que resulte necesario declarar insubsistente dicho acto, los efectos jurídicos con respecto a los hijos se mantienen prácticamente inalterables.

En la época del Emperador Augusto, se legisló como matrimonio irregular, la institución conocida con el nombre de concubinato y que era el consorcio lícito de un hombre con una mujer, sin que entre ellos hubiere matrimonio. En dicha institución la mujer no adquiría la categoría de legítima esposa, pero se le concedía una relativa protección legal.

Justiniano posteriormente, legisló la sucesión dentro del matrimonio irregular, concediéndole a las concubinas y a los hijos procreados dentro de estas uniones, derecho a una parte de la herencia intestada del padre.

En Roma se admitió, a la par de *iustae nuptiae*, el concubinato. Su régimen legal no tenía diferencias realmente sustanciales con el legítimo matrimonio, tanto más cuanto que el *usus* de más de un año era una de las formas del casamiento. Sólo estaba permitido entre púberes no parientes en grado prohibido; no se podía tener más de una concubina, ni podían tenerla los casados.

En el antiguo derecho español la barraganía fue cuidadosamente legislada no obstante que las partidas comienzan por declararla pecado mortal. Establecen que la barraganía debe ser una sola, que no pueden tomarla los casados, ni los sacerdotes, ni puede serlo la pariente dentro del cuarto grado, ni la cuñada. En el título siguiente se le reconoce a la barragana un derecho sucesorio de una duodécima parte de los bienes de su concubino, siempre que hubieran tenido un hijo.

Otro antecedente de la unión de hecho se encuentra en España, con la denominación de barraganía que era la unión sexual del hombre soltero, clérigo o lego, con una mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad.

La idiosincrasia del pueblo español, se encuentra profundamente vinculada con la moral cristiana, lo que explica la creación de leyes encaminadas a evitar la barraganía clerical, entre las que se encuentra el *Fuero Juzgo*, las partidas y el derecho Canónico. Estas leyes cumplieron su cometido ya que evitaron la barraganía clerical, pero no pudieron evitar que la barraganía laica se siguiera practicando dentro de la sociedad.

En la Rusia de los años posteriores a 1917, encontramos un antecedente de la unión de hecho, cuando los legisladores soviéticos simplificaron la celebración del matrimonio convirtiéndolo en una convención consensual que requiere para su existencia jurídica su inscripción, llenando los requisitos señalados por la ley. Atendieron más que el factor formal de su celebración, y en un principio al hecho real de la vida en común. Las disposiciones concernientes al patrimonio conyugal se hicieron extensivas a esas uniones, aún cuando no estuvieran registradas, siempre que las personas vivían en esa forma reconocieran mutuamente que son cónyuges, o si el tribunal competente comprobaba las relaciones maritales según los signos del ambiente de su vida real, pudiendo admitirse como pruebas el hecho de la cohabitación, la existencia de ésta junto con una economía común, la exteriorización de relaciones de carácter matrimonial ante terceras personas en la correspondencia personal y otros documentos, así como, según las circunstancias del caso, el sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos.

La primitiva legislación revolucionaria soviética reconoció y protegió la existencia de las uniones de hechos y, como consecuencia de ello, crea una nueva forma de surgimiento de la familia. La legislación cubana también equiparó al matrimonio civil la unión entre personas con capacidad legal que conviven sin haberlo contraído en los casos en que los tribunales lo determinaren. “En el derecho cubano se encuentra la base que utilizó el legislador guatemalteco en la creación de la institución de la unión de hecho”.²⁷

El Código Civil costarricense estatuye que:” El matrimonio es un acto jurídico por el cual dos personas, hombre y mujer deciden iniciar una vida en común, con el objeto de cuidarse mutuamente y procrear hijos. De esa cuenta, se entiende que aún siendo nulo el matrimonio por la incidencia de situaciones que hagan imposible la declaración de éste, ya sea por cuestiones de orden moral o social, los hijos procreados deben ser protegidos por la ley, no obstante las irregularidades que existan, aún si los consortes actuaron de mala fe”.

La Constitución italiana declara: “Que el matrimonio se ordena sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con las limitaciones establecidas por la ley en garantía de la unidad familiar; el Artículo dos de la Constitución afirma que la república reconoce y garantiza los derechos individuales del hombre, sea como individuo, sea como miembro de formaciones sociales en que se desenvuelve su personalidad; el Artículo tres sienta el principio de igualdad y paritaria dignidad social de toda persona”.

La Ley fundamental de la República Federal de Alemania del ocho de mayo de 1949

²⁷ Rodríguez Fernández, Gladis. **Derecho civil**. Págs. 5 y 6.



dispone: El matrimonio y la familia están bajo la protección especial de orden estatal.

La jurisprudencia colombiana admite la nulidad del matrimonio cuando se incurre o violan las causales del Artículo 140 del Código Civil colombiano, que a continuación se transcribe:

“El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

- Cuando ha habido error acerca de las personas contrayentes o de la de uno de ellos.
- Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor a aquella edad.
- Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de algunos de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos, locos, mientras permanecieren en estado de locura, y en estos momentos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de los bienes, pero los sordo-mudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos contraerán válidamente matrimonio.
- Derogado.
- Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sea suficiente para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cauce por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de

nulidad del matrimonio con palabras expresas o por la sola cohabitación de los consortes.

- Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.
- Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado en juicio, probado el adulterio.
- Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.
- Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.
- Derogado.
- Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante o la mujer que fue esposa del adoptante;
- Cuando respecto del hombre o de la mujer o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior. (...).²⁸

Continúa refiriéndonos la jurisprudencia colombiana que el matrimonio puede ser nulo o insubsistente, en forma absoluta y relativa, para lo cual hace una diferencia entre ambos conceptos.

²⁸ Núñez Castillo, Adolfo. **Derecho de familia: el hijo natural frente a la legislación colombiana.** Págs. 41 y 42.

La nulidad absoluta: “Es aquella que se presenta en los matrimonio entre personas que tienen un impedimento dirimente, que la sola voluntad de los contrayentes no puede confirmar, ni dispensar, ni subsanar; por ejemplo, la bigamia y el incesto. Cuando un hombre o una mujer contraen matrimonio estando pendiente y vigente un vínculo matrimonial anterior; cuando a pesar del vínculo de parentesco consanguíneo en línea directa, por ejemplo, entre padre y la nieta, tales matrimonios existen, pero están afectados de un vicio de naturaleza grave que llega hasta hacerlo desaparecer”.²⁹

Ahora bien, la nulidad relativa: “Existe con vicio de menor gravedad, no llegando a afectar el matrimonio en sí mismo considerado. En esta especie de nulidad los principales interesados son los contrayentes, sin que haya un interés inmediato de la sociedad o del Estado puesto que la violación de la ley o la falta de los requisitos que ella exige, no afecta directamente las buenas costumbres ni el orden público. Es así, al contrario de los matrimonios inexistentes o nulos absolutamente, donde el vicio que los afecta puede subsanarse, bien por la voluntad de los contrayentes o por el transcurso del tiempo. Queriendo decir, que la acción de nulidad de esa clase no es pública, y sólo puede ser ejercitada por las partes interesadas”.³⁰

Muchas legislaciones hacen una diferencia entre la nulidad y la inexistencia del matrimonio, siendo importante mencionar que éste es inexistente no ha tenido vida jurídica en ningún momento, puede decirse que no nació el vínculo. Es al decir de los tratadistas: “Una sombra en la escena de la vida, un fantasma, algo incorpóreo que el

²⁹ Ob. Cit. Pág. 42.

³⁰ Ob. Cit. Pág. 43.



derecho no ha tomado ni puede tomar en cuenta y se borra para siempre la fantástica silueta para que nadie pueda infundirla con la nulidad”.³¹ Puede afirmarse que los matrimonios inexistentes son aquellos a los cuales les falta alguna condición esencial para que nazca y se produzca; tal es el caso del matrimonio contraído entre dos varones o dos mujeres; o los celebrados sin la intervención de oficial o funcionario autorizado, o aquellos en que falta o hay ausencia del consentimiento de ambos cónyuges o de uno de ellos.

La acción de inexistencia se considera como de orden público, porque atenta contra la moral, las buenas costumbres y contra la ley, y por cuya razón puede ser alegada por cualesquier persona o por el Ministerio Público a nombre de la sociedad, en el caso del país, se estaría ante la intervención de la Procuraduría General de la Nación como representante del Estado, encargado de velar por el orden moral de la ciudadanía. “Para los jurisconsultos colombianos, la acción es imprescriptible en el transcurso del tiempo, operando de igual manera en la legislación guatemalteca”.

El concepto de la familia en el derecho argentino. Examen de los diversos ordenamientos normativos. La protección y la intervención estatal. En Guatemala, el derecho de familia está básicamente contenido en el Código Civil. Con posterioridad se dictaron leyes que organizaron los registros del estado civil de las personas.

³¹ Nuñez Castillo, Adolfo. **Ob. Cit.** Pág. 44.

5.3. Orientación jurídica con relación a la protección de los hijos nacidos en matrimonios insubsistentes

Con el objeto de corregir los desastrosos resultados del principio, según el cual: “no existe nulidad alguna sin texto que la establezca”, los autores modernos se han visto obligados a construir, a propósito del matrimonio, la teoría de los actos inexistentes, a la que se concede alcance general. Puesto que hay casos en que la ley no pronuncia la nulidad y en los cuales es imposible racionalmente admitir que el matrimonio produzca sus efectos, podemos salvar los inconvenientes decidiendo que el matrimonio es inexistente, no siendo entonces necesario que la ley lo anule. Tal fue la razón práctica de esta teoría, que no había sido necesaria en el antiguo derecho francés. Las hipótesis consideradas como casos de la inexistencia son dos: la identidad de sexo, y la falta de forma.

La aplicación a estos casos de la teoría de los matrimonios inexistentes es una exageración que ha provocado justas críticas. En efecto, como veremos, en algunos casos sencillamente hay nulidad. Pero de esta exagerada extensión de la teoría no debe concluirse en su falsedad. Efectivamente, en algunas hipótesis ni siquiera encontramos una apariencia de matrimonio, siendo de interés decidir que el matrimonio es inexistente, a fin de que no produzca los efectos ordinarios de la nulidad, que son corregidos por la teoría del matrimonio putativo.

Cabe mencionar, que aún considerando que, en efecto, el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles tanto respecto de ambos esposos o de uno de ellos, como a

favor de los hijos procreados en él, cuando ha sido contraído de buena fe; que las reglas establecidas son generales y se aplican a todas las nulidades cualquiera que sea su naturaleza, que la buena es la única condición exigida por el legislador, para el reconocimiento del matrimonio putativo, y que esta buena fe puede existir, aún cuando las partes hayan incurrido en un error de derecho, o en uno de hecho; que la naturaleza y gravedad del error son simples elementos de hecho sometidos a la apreciación de los tribunales; que si éstos reconocen, como en el caso, la buena fe de los esposos o de uno de ellos, no pueden negarse, contrariamente a lo que pudiera pretenderse, so pretexto de que el vicio que afecta el matrimonio lo haría inexistente; resultado de lo anterior que tal recurso es infundado.

Entre los efectos y consecuencias de la insubsistencia, es importante señalar que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente; se presume concebido durante la unión conyugal:

- a) El hijo nacido después de 180 días de la celebración de las nupcias, 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.

Los efectos y consecuencias de la insubsistencia del matrimonio se rigen en cuanto a las personas por las leyes del país donde haya sido decretada o declarada.

Siendo que la insubsistencia del matrimonio es sinónimo de nulidad del mismo, se distinguen principalmente los siguientes efectos:

- a) Si ambos cónyuges conocían algún motivo de nulidad de su matrimonio y a pesar de ello lo celebraron, pero de mala fe, ambos deben sufrir las consecuencias de su engaño, de manera que dicho casamiento no produce efectos civiles entre ellos pero sí respecto de sus hijos, que comprenden no solo a los nacidos antes de la declaración de nulidad sino también a los que nacieron dentro de los 300 días siguientes a dicha declaratoria, porque entonces la ley presume la concepción en época en que la unión conyugal subsistía aún con apariencia de válida;
- b) Si uno de los esposos sabía de algún motivo de nulidad de su casamiento, y el otro lo ignoraba esto es, que hubo mala fe en uno de ellos y buena fe en el otro, el matrimonio no surte efectos civiles a favor del primero quien no tendrá derecho a gananciales ni a alimentos pero sí respecto del segundo, que no puede ser perjudicado por la malicia de su consorte. En cuanto a los hijos del casamiento anulado, se extienden a ellos los efectos civiles aun más que a los bienes, efectos que para su legitimación el matrimonio putativo o aparente extiende también a los hijos procreados antes de su celebración si uno de los cónyuges tuvo buena fe al contraerlo; y
- c) Si marido y mujer ignoraban algún motivo de nulidad de su matrimonio, y de buena fe lo celebraron.

Tanto en el segundo como en el tercero de los casos apuntados, el matrimonio toma el calificativo de putativo o aparente; así, los parientes en grado muy próximo que sin saber que los son, se casan; la mujer que consiente en casarse por efecto de violencia



o amenazas, son ejemplos principales de situaciones características de matrimonios putativos o aparentes. El Código Civil vigente, contenido en el Decreto Ley 106, en el Artículo 88 señala varios casos, y uno en el Artículo 77, que de producirse según lo expuesto en el segundo y tercer caso constituirían situaciones de matrimonios putativos.

Para Cabanellas: “Es el matrimonio nulo o anulable que, contraído de buena fe, por uno o por ambos cónyuges, surte efectos civiles en cuanto a los hechos producidos mientras no se haya declarado la nulidad y en relación al contrayente de buena fe y los hijos de ambos”.³²

Espín Cánovas considera que: “El matrimonio nulo, en el que concurre la circunstancia de que su nulidad era ignorada por uno o por ambos cónyuges, los cuales o uno de ellos lo han contraído de buena fe, en la creencia de su validez”.³³

Ripert y Boulanger explican que: “Es un matrimonio nulo, cuya anulación, debido a la buena fe de los esposo, solo produce efectos para el futuro”.³⁴

De las anteriores definiciones y haciendo un análisis comparativo de las mismas, se puede concluir que el matrimonio putativo es aquél celebrado por ambos o por lo menos uno de los cónyuges de buena fe, ignorando que existiera algún impedimento. Sin embargo, se hace la salvedad de que aún habiéndose consumado de mala fe, las

³² Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** – Tomo I –. Pág. 356.

³³ Espín Cánovas, Diego. **Ob. Cit.** Pág. 126.

³⁴ Ripert, Georges y Bouylanger, Jean. **Ob. Cit.** Pág. 319.



obligaciones con respecto a los hijos subsisten, siendo este elemento el más importante, porque así la ley subsana los vicios de la acción mal intencionada con el afán de proteger la seguridad jurídica de los menores.

En la vida social son frecuentes las uniones más o menos estables de hombres y mujeres no casados. A veces duran toda la vida, tienen hijos, los educan, exteriormente se comportan como marido y mujer.

El concubinato es a veces el resultado del egoísmo de quienes no desean contraer lazos permanentes y así quedar en libertad de cambiar de compañero; otras, de que alguno está legalmente impedido de casarse; otras, finalmente, de la ignorancia o corrupción del medio en que viven.

Desde el punto de vista sociológico, es un hecho grave, en razón de la libertad sin límites que confiere a los concubinos una situación fuera del derecho. Esta libertad extrema es incompatible con la seguridad y solidez de la familia que crean. Es contraria al verdadero interés de los mismos compañeros, pues la debilidad del vínculo permite romperlo con facilidad cuando la pobreza o las enfermedades hacen más necesario el sostén económico y espiritual. Es contraria al interés de los hijos, que corren el peligro de ser abandonados materialmente y también moralmente. Es contraria al interés del estado, puesto que es de temer que la inestabilidad de la unión incite a los concubinos a evitar la carga más pesada, la de los hijos; la experiencia demuestra que los falsos hogares son menos fecundos que los regulares. El derecho canónico determina el matrimonio putativo o aparente de la siguiente manera:

- a) El matrimonio inválido se llama putativo, si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos adquirieran certeza de nulidad.
- b) Son legítimos los hijos concebidos o nacido dentro del mismo, ya sea válido o putativo.

Haciendo un recorrido histórico desde el punto de vista de la legislación civil guatemalteca se observan las siguientes normas al respecto:

- **El Código Civil de 1877 Decreto Gubernativo No. 176:**

Artículo 192. “Es matrimonio putativo el que siendo nulo, es tenido no obstante por válido en razón de haberse contraído de buena fe”.

Artículo 193. “El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los esposos e hijos si se contrajo de buena fe”. Artículo 194. “Si hubo mala fe en alguno de los cónyuges, el matrimonio no produce efecto alguno a su favor; pero sí respecto del otro esposo y de los hijos habidos en el matrimonio anulado y los nacido dentro de los trescientos días que siguen a la declaración de nulidad”.

Nota: El Artículo 194 que antecede, al ser reformado por el Artículo 58 del Decreto Gubernativo número 272, Ley de reformas al Código Civil de 1877, quedó como sigue:

Artículo 194: “Si hubo mala fe en alguno de los cónyuges, el matrimonio no produce



efectos a su favor; pero sí respecto del otro esposo y de los hijos habidos en el matrimonio anulado y de los nacidos dentro de los trescientos días que siguen a la declaración de nulidad; y solo respecto de los hijos, si hubo mala fe de parte de ambos”.

Artículo 216. “El matrimonio contraído con las solemnidades legales y de buena fe, aunque se declarado nulo y de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos los efectos civiles a favor de los cónyuges y de sus hijos”.

Si la buena fe ha estado de parte de uno de los cónyuges, únicamente produce efectos civiles a favor de él y de los hijos habidos en el matrimonio putativo. La buena fe se presume si no constare lo contrario. En ningún caso la nulidad del matrimonio, ni el divorcio, ni la separación, perjudicarán a terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el Registro la ejecutoria respectiva.

- **El Código Civil de 1926, Decreto Gubernativo No. 921:**

No reguló el matrimonio putativo.

- **El Código Civil de 1933 Decreto Legislativo No. 1932:**

Artículo 129. “En matrimonio contraído con las solemnidades legales y de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos los efectos civiles a favor de los cónyuges y de sus hijos. Si la buena fe ha estado de parte de uno de los cónyuges, únicamente produce efectos civiles en favor de él y de los hijos habidos en el matrimonio putativo.



La buena fe se presume si no constare lo contrario. En ningún caso la nulidad de matrimonio ni el divorcio, ni la separación, perjudicarán a tercero, sino desde la fecha en que se inscriba en los Registros respectivos la correspondiente ejecutoria”.

Nota: Este artículo es acorde con el Artículo 216 del Código Civil de 1877, supra.

- **El actual Código Civil, contenido en el Decreto Ley No. 106:**

Promulgado el 14 de septiembre de 1963 y en vigor desde el día 1 de julio de 1964, no regula el matrimonio putativo.

En las consideraciones finales acerca del matrimonio putativo o aparente se puede decir que aún cuando solo el casamiento verdadero y legítimo, esto es, el contraído con las formalidades de ley, es el que produce efectos civiles propios, por razones de equidad y de favor que siempre se observan para con lo hijos, y además, por consideración a la buena fe que hubo en quienes contrajeron matrimonio putativo o aparente, entre sí, no se guarda la inflexibilidad del principio de la declaración de su nulidad; así es que ese casamiento, aunque sea nulo o sea declarado nulo, si se contrajo de buena fe por uno o por ambos cónyuges surte efectos civiles respecto de los esposos y de sus hijos, ya que si los primeros lo celebraron absolutamente ignorantes de algún impedimento sin existir en ellos intención alguna de contravenir disposiciones legales o de orden eclesiástica, justo es que, sin perjuicio de que se mantenga el principio de la declaración de su nulidad, se relaje el rigor de sus consecuencias, se dé validez a las convenciones y demás efectos acerca de los bienes



de los cónyuges, y se mantenga para los hijos de ese matrimonio el estado de legitimidad en que nacieron.

El vínculo jurídico familiar es la relación que existe entre dos individuos, derivado de la unión matrimonial, de la filiación o del parentesco, y en virtud del cual existen de manera interdependiente y habitualmente recíproca, determinados derechos subjetivos que, entonces, pueden considerarse como derechos subjetivos familiares, por ejemplo, el derecho a pedir alimentos. A su vez, estos derechos asumen en muchos casos, la característica de derechos-deberes.

Los derechos subjetivos familiares son las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas.

El concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer, que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges. No es concubinato la unión sexual circunstancial o momentánea de varón y mujer. Se requiere la comunidad de vida que confiere estabilidad a la unión y se proyecta en la posesión de estado. El matrimonio aparente es la situación de dos personas no casadas que viven como marido y mujer, haciéndose pasar por tales.

El Código de Napoleón omitió todo tratamiento legislativo del concubinato y las consecuencias que de él pueden derivar. Esta es la línea legislativa adoptada en el país, aunque con algunas excepciones. Ejemplos: Mantenimiento de la vocación



hereditaria en el caso del Artículo 3,573, la indemnización contemplada en el contrato de trabajo, beneficios de pensión a la concubina del trabajador fallecido, derecho a permanecer en el inmueble por parte de la concubina tras el fallecimiento del concubino locatario, contemplado en sucesivas leyes de prórroga de las locaciones urbanas.

Algunos efectos en la ley o reconocidos por la jurisprudencia: alimentos, no pesa sobre los concubinos obligación civil de prestarse recíprocamente alimentos, sí una obligación natural, donaciones los concubinos pueden realizar contratos de donación pero carece de efectos la donación que no responde a un móvil afectivo, sino que tiende a retribuir relaciones sexuales ya sostenidas o para iniciarlas. En diversos fallos se ha sostenido que podría revocarse la donación que el concubino casado ha hecho a su compañera, en razón de ser este acto una violación del deber de fidelidad hacia la esposa.

Se reconoce derecho a pensión no sólo al viudo o viuda incapacitado para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, sino además, al conviviente que, estando separado de su cónyuge hubiere convivido en aparente matrimonio durante el período mínimo de cinco años anteriores inmediatamente al fallecimiento, o de dos años cuando de la unión concubinaria hubiese descendencia reconocida, o el causante fuese soltero, viudo, separado legalmente o divorciado. El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas, estas relaciones integran el derecho civil.

En este derecho, el orden público domina numerosas disposiciones, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que

determinan el régimen patrimonial del mismo, la calificación de los bienes de los cónyuges, el interés familiar limita las facultades individuales.

La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un status. A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos, que lo unen con otras personas, o aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso del soltero.

El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia.

El tratadista argentino Guillermo Borda expone: “En su obra que muchos son los autores que propugnan la reglamentación del concubinato se preguntan si no ha llegado el momento de incorporar a nuestra legislación normas similares a éstas y aun complementar el sistema jurídico de la institución. Piensa que tal legislación sería nefasta. Continúa preguntándose sobre si hemos dicho ya cuáles son los males que engendra el concubinato. ¿Hemos de estimularlo, creándole un status jurídico, reconociendo un seudocasamiento que vendría a hacer competencia al legítimo? Tal solución no sólo sería socialmente disolvente, precipitando la aguda crisis que hoy aflige a la familia, sino que repugna al sentimiento moral argentino”.³⁵

³⁵ Borda, Guillermo. **Tratado de Derecho Civil Argentino**. Pág. 69.



Aun enfocando el problema desde el punto de vista liberal, conviene recordar las atinadas palabras de Josserand: No sólo sería extremadamente grave que una institución como el concubinato se alzara frente a la unión regular o incluso por encima de ella; no solamente una jurisprudencia que tendiera a ese resultado no se apoyaría en ninguna preparación de orden técnico, sino que todavía ella iría en contra de la voluntad de las partes que han entendido vivir al día y eludir todo estatuto matrimonial, aun imperfecto; impondría la calidad de contratantes a quienes han querido permanecer como terceros.

Esto no significa que la ley deba ignorar el concubinato; inclusive es dable hacerle producir ciertos efectos, sobre todo en el campo asistencial; pero, como principio, pensamos, con Planiol-Ripert-Rouast, que la orientación legislativa en esta materia no debe desconocer la existencia de la unión libre, sino combatirla. Así, por ejemplo — agregan aquellos autores pueden ser aceptadas sin vacilación medidas de orden fiscal que equilibren el peso de los impuestos sobre los hogares falsos y los verdaderos y aun que graven más a los primeros; o bien las normas destinadas a proteger a terceros, confiados en la situación aparente de familia.

Que no es muy conveniente estimular la unión libre lo ha demostrado el experimento ruso. Allá se implantó el casamiento y el divorcio de hecho, es decir, el amor libre, pero hubo que dar marcha atrás; se dispuso primero que aquellos actos debieran registrarse y, finalmente, se estableció el casamiento formal y el divorcio declarado judicialmente.

Con un fundamento muy diverso, Cuba, Guatemala, Bolivia y Panamá han conferido al



concubinato, dentro de ciertas condiciones y duración, la categoría legal de matrimonio. La Constitución de Cuba establece que los tribunales determinarán los casos en que, por razones de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio sea equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil Artículo 43, apartado seis, disposición seguida casi a la letra por la Constitución guatemalteca Artículo 74, segunda parte. En Bolivia se exige por lo menos dos años de convivencia o el nacimiento de un hijo, además de estar capacitados legalmente para contraer matrimonio Artículo 131, segunda parte, de la Constitución. En Panamá se exige una convivencia de diez años Constitución, Artículo 56. En el fondo, es el *usus* romano, revivido.

El propósito del legislador no ha sido, como fuera en Rusia, implantar el amor libre. Pero aquellos países debían afrontar el problema de una vasta población indígena o de condiciones inferiores de vida, entre las cuales el concubinato es la forma normal de unión. Se quiso dignificar esas uniones, darles estabilidad y legalidad, resolver el problema de los hijos. Aun así inspiradas, estas leyes nos parecen profundamente erróneas. Los pueblos no se moralizan ni se estimula el mejoramiento de las costumbres elevando el concubinato a la categoría de matrimonio. Eso es actuar sobre el efecto y no sobre las causas. Es necesaria la acción social del Estado, la elevación económica del nivel de vida, atacar la ignorancia creando escuelas. Sin contar con que el concubinato no es un problema de ignorancia, salvo casos extremos, sino de moral. La gente más humilde tiene plena conciencia del significado del matrimonio. Es en las clases o ambientes moralmente degradados en donde la unión libre prolifera.



Finalmente, cabe recordar la singular institución del *common law marriage*, vigente en muchos de los Estados de Norteamérica. Basta para contraerlo la convivencia en casa común, siempre que ambos se den públicamente tratamiento de marido y mujer. El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible.

Características:

- a) Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.
- b) Unidad: Los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.
- c) Indivisibilidad: La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos por ejemplo, si es soltero, es soltero ante todos.
- d) Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto *erga omnes* para ejercer los derechos que de él derivan.
- e) Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Ejemplo: El estado de casado puede transformarse en estado de divorciado.
- f) Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.



- g) Imprescriptibilidad: El transcurso del tiempo no altera el estado de familia tampoco el derecho a obtener el emplazamiento sin perjuicio de la caducidad de las acciones de estado, como por ejemplo la del Artículo 258 del Código Civil, referido a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, destinada a consolidar el estado de familia.

El estado de familia es inherente a la persona. No puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular. No podrá ser transmitido mortis causa. No pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos.

Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familiares.

El acto jurídico familiar es una especie dentro del género acto jurídico. La teoría general del acto jurídico sus presupuestos y condiciones de validez, vicios, es aplicable al acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones esté predeterminado por la ley.

El acto jurídico familiar puede tener por fin inmediato la creación, modificación, conservación e incluso la extinción de relaciones familiares. Se clasifican en actos de



emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia. El matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, emplazan en el estado de cónyuges, de padre o madre e hijo, y de adoptante y adoptado respectivamente. La revocación de la adopción simple desplaza del estado de familia creado por la adopción.

Hay actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales. El primero es el reconocimiento del hijo; de manera tal que el segundo es el matrimonio.

El emplazamiento en el estado de familia requiere del título de estado en sentido formal ya que sólo mediante él se hace oponible *erga omnes*, ante todos permite ejercer los derechos y deberes que corresponden. Pero bien puede suceder que una persona ejerza, en los hechos, tales derechos y deberes sin título. Tal es el caso de alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres.

En estos casos se dice que hay posesión de estado, aun cuando no existe un estado de familia. Tal posesión tiene importancia jurídica porque permite a la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en cuanto a la familia, reconocen por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales. Dicha posesión debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso, si no quedase desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico.



Antiguamente la posesión de estado requería tres elementos: *nomen, tractatus y fama* que el presunto hijo fuese conocido con el nombre del presunto padre, que además fuera tratado como hijo por éste y que fuera tenido por hijo por los miembros de la comunidad.

El concepto se reduce al trato que se dispensa como si la persona estuviese emplazada en el estado de familia respectivo. Esta posesión crea un estado aparente de familia.

Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde, tiene a su alcance la acción, destinada a declarar que existen los presupuestos de este; así el hijo no reconocido sostiene en juicio que existe el vínculo biológico con el propósito de que, mediante la sentencia, se lo emplace en ese estado. Las acciones de ejercicio tienden a hacer valer los derechos y a obtener el cumplimiento de los deberes que derivan, y que pesan sobre otros sujetos; emplazado en el estado de hijo, éste ejercita la acción de alimentos, en virtud del derecho que deriva de ese título.

El principio de disposición procesal en la acción de estado confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial como el aporte de los materiales sobre los cuales versará la decisión del juez. En estos procesos, tras la iniciación del mismo, el órgano judicial queda vinculado por las declaraciones de voluntad de las partes relativas a su suerte o tendientes a modificar o extinguir la relación de derecho material en que se fundó la acción o pretensión. Así, el actor puede desistir del proceso o de su derecho, el demandado allanarse y ambas partes, transigir, conciliarse o someter el pleito a la decisión de jueces árbitros o de amigables componedores.



Pero en los procesos de estado de familia suelen prevalecer los poderes del juez fundados en el interés social comprometido, por lo que esas facultades de las partes se limitan o suprimen. El actor puede desistir del mismo, con conformidad del demandado si la demanda ya ha sido notificada.

Este desistimiento, no impide su nueva deducción, aun cuando puede tener por resultado la caducidad de la acción. En cambio el desistimiento del derecho implica renuncia de la acción de estado de familia. Por eso es inválido la renuncia del derecho cuando se trata de una acción de estado de familia no renunciable, y no impide la nueva promoción del proceso. Si se desiste del derecho y se trata de acciones conferidas a varias personas, acciones de titular plural, no puede afectar la facultad de entablarla de los otros legitimados para hacerlo.

Mientras que el allanamiento, según la normativa vigente: “Es el acto jurídico procesal del demandado del que resulta su sometimiento a la demanda, conformándose con que el proceso se falle total o parcialmente de acuerdo con ella. Obliga al juez a dictar sentencia conforme a derecho, pero carece de efectos si en la causa está comprometido el orden público; en tal caso, el proceso debe continuar según su estado”. Artículo 307 del Código Procesal Civil y Mercantil. En algunos proceso este es inadmisibles. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se ha deducido la acción de nulidad del mismo; de lo contrario cualquier matrimonio podría ser anulado por la voluntad de los cónyuges, al allanarse uno a la demanda del otro.



La ley procesal admite los acuerdos conciliatorios celebrados entre las partes ante el juez, con su homologación. En los procesos de estado de familia no pueden tener eficacia si su contenido representa el progreso de la acción respectiva sin la necesaria sentencia judicial, salvo en casos como el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en que cabe llegar al resultado buscado sin necesidad de sentencia.

En otros casos, en cambio, no es objetable. Ejemplo: si los cónyuges en proceso de divorcio se reconcilian, y si llegaran a hacerlo, acuerdan un lapso de espera para intentar el avenimiento.

Las cuestiones de estado de familia no pueden someterse a árbitros porque afectan un interés social. Las leyes procesales excluyen de la jurisdicción arbitral las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción. Artículo 737 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Efectos de la sentencia dictada en un proceso de estado. Esta es una cuestión debatida. La sentencia de estado, hace cosa juzgada *inter partes*, sólo con relación a las partes intervinientes en el proceso, como es el principio general en esa materia, o *erga omnes*, también para los terceros que no fueron parte en el proceso.

La existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad, la afinidad o la adopción determina el parentesco.



En el Artículo 345 del Código Civil lo define como el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco. La definición es parcial porque no comprende a los afines ni al parentesco habido de la adopción.

Desde un punto de vista muy personal, es un hecho de que la mayoría de legislaciones procuran el resguardo de los hijos aún en circunstancias que harían inválido el matrimonio o la unión de hecho como tal, lo que demuestra la falta de control por parte del estado con respecto a las inadecuadas prácticas que aún existen en la sociedad, principalmente por las carencias económicas y la falta de educación entre los grupos marginados. Sin embargo, esto no es propio de una determinada clase social, lo que se ha comprobado fehacientemente.





CONCLUSIONES

1. El Código Civil establece los requisitos indispensables para contraer matrimonio, sin embargo no hace referencia alguna a posibles sanciones para las uniones no declaradas que contravienen los fines para los cuales se ha instituido dicha figura jurídica.
2. Se ha hecho evidente en los últimos años que cada vez son más los matrimonios que adolecen de insubsistencias, debido a la carencia de una normativa legal que corresponda a la realidad jurídica y social, ante la displicencia de las autoridades municipales por la falta de un control eficaz en el cumplimiento de los requisitos indispensables para autorizar dichas uniones.
3. Al no existir sanciones civiles en cuanto al incumplimiento de los requisitos mínimos para contraer matrimonio, se deja en total libertad a las personas que lo celebran, de procrear aún en condiciones que de pleno derecho hacen insubsistente dicha unión, con efecto irreversible para los hijos procreados.
4. La legislación guatemalteca considera el matrimonio putativo como opción para formalizar ciertas uniones, lo que no significa que se aprueben tácitamente conductas que contravengan el espíritu de una institución que se constituye con fines sociales y de procreación, siendo esto último, factor primordial para que se le de mayor importancia a este fenómeno.



5. Se ha comprobado que es imposible evitar la consumación de matrimonios que resulten ser insubsistentes, de tal manera que la legislación debe adecuarse a las circunstancias, pero también el desinterés por parte de autoridades religiosas en cuanto a promover y orientar sobre las consecuencias que se derivan de uniones que contravengan prohibiciones expresas en la ley, tanto para los contrayentes como para los futuros hijos, representa una verdadera problemática en la actualidad.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe reformar el apartado que regula lo referente a la insubsistencia y nulidad del matrimonio, en cuanto a crear mecanismos que permitan un control más eficaz para evitar uniones que contraríen los fines institucionales de dicha figura jurídica.
2. Las municipalidades deben capacitar al personal que atiende a las personas interesadas en contraer matrimonio, con respecto a la regulación legal que debe atenderse para el caso. Asimismo, las comisiones parlamentarias que tengan a su cargo proyectos de bienestar social, deben impulsar una normativa mucho más estricta, para que el control sobre las uniones no declaradas en las distintas comunidades del país sea eficiente, aplicando criterios de orden moral y social.
3. El Congreso de la República debe promover en el Código Penal Decreto 17-73 se incluyan penas a aquellos que actúan de mala fe, celebrando uniones que de alguna manera vayan en contra del orden moral e incluso biológico, con el fin de proteger a los futuros hijos, quienes están expuestos a problemas congénitos ya comprobados por la ciencia.
4. Es preciso crear programas de control y planificación familiar, en un esfuerzo conjunto entre las autoridades municipales, organizaciones sociales y la Iglesia, con el fin de crear conciencia en las distintas comunidades del país sobre los requisitos que deben cumplirse al momento de celebrar un matrimonio o formalizar una unión



de hecho, si fuere el caso, para así evitar en la medida de lo posible incurrir en prohibiciones que determinen la insubsistencia de tales vínculos.

5. Los legisladores deben implementar reformas a la normativa que regula todo lo referente a la familia, con base a estudios basados en factores socio-económicos y culturales de los distintos grupos que conforman el país, estableciendo de forma clara las facultades de los ministros de culto en cuanto a su responsabilidad en este tema.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir. **Derecho de familia**. Colección de Monografías Hispalense. Serviprensa, S.A. Guatemala, 2005.
- BONNECASE, Julián. **Tratado elemental de derecho civil**. Colección Clásicos del Derecho. Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alonzo. Ed. Harla, S.A. 1993.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Ed. Heliasta, Buenos Aires Argentina. S.R.L.; 24ª. Ed. revisada, actualizada y ampliada. 1996.
- ESCOLA, Héctor Jorge. **La reserva en el derecho de familia**. Buenos Aires Argentina Editorial. Depalma, 1961.
- GONZALEZ TORRES, Juan Ramón. **Enfoque legal y doctrinario del matrimonio en el ordenamiento civil guatemalteco vigente, decreto ley 106**. Guatemala, Guatemala. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez, 1986.
- HERRERA PALACIOS, Adalberto. **Insubsistencia y nulidad del matrimonio en los derechos civil y canónico**. Guatemala, Guatemala. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1970.
- HOENES SIERRA, Helmuth Haroldo. **El concubinato y su trascendencia jurídica y social en el derecho de familia guatemalteca, análisis crítico**. Guatemala, Guatemala. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez, 1995.
- MATTA CONSUEGRA, Daniel. **Derecho de las Personas y de la familia guatemalteca con análisis doctrinario, legal y jurisprudencial**. Guatemala, Guatemala, Ed. Mayté; 2ª. Ed. 2ª. Reimpresión. 2005.
- MORALES BUSTAMANTE DE LÓPEZ, Berta Julia. **La necesidad de una legislación procesal específica para el derecho de familia en Guatemala**. Guatemala, Guatemala. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Mariano Gálvez, 1988.
- NUÑEZ CASTILLO, Adolfo **Derecho de Familia: el hijo natural frente a la legislación colombiana**. Editorial. Librería del Profesional. Colombia, Bogotá. Editorial. Colombia Nueva Ltda. 1978.
- ORANTES ECHEVERRIA, Francisco. **Análisis crítico, jurídico y doctrinario de la nulidad en el matrimonio**. Guatemala, Guatemala. Tesis de Grado. Facultad de



Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1992.

OVANDO CORZO DE BARRERA, Patricia Elizabeth. **La problemática legal del derecho de familia y del derecho de menores.** Guatemala, Guatemala. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez, 1990.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil Español tomo. V, Familia y Sucesiones.** México. Editorial. Pirámide, S.A. 1976.

PLANIOL MARCEL y Georges Ripet. **Tratado elemental de derecho civil.** México. Cárdenas Editor y Distribuidor; 2ª. Edición. 1991.

ZANNONI, Eduardo A. **Derecho de familia.** Buenos Aires, Argentina. Editorial. Astrea. 1981.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1971.

Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.