

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

**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES,
EN CUANTO AL PLAZO ESTABLECIDO PARA SOLICITAR DIVORCIO POR
MUTUO ACUERDO**

ALMA WENDALY DÍAZ ROSALES

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2010

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

**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES,
EN CUANTO AL PLAZO ESTABLECIDO PARA SOLICITAR EL DIVORCIO POR
MUTUO ACUERDO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALMA WENDALY DÍAZ ROSALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre 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 Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Vocal: Licda. Laura Consuelo Montez Mendoza
Secretario: Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Vocal: Licda. Benicia Contreras Calderón
Secretario: Lic. Luís Emilio Orozco Piloña

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

Oficina Profesional del Lic. Nemesio Cabrera Palencia

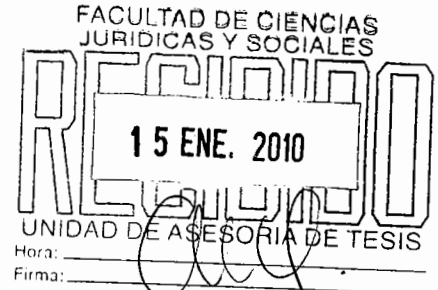
Abogado y Notario Colegiado No. 7845

Sede Notarial: 14 Calle "A" 10-37 Of. 201 zona 1, ciudad de Guatemala.
5ª. Av. Final Norte Lote 14 Bo. Amanecer Amatitlán.
Teléfonos: 5902-4439 / 5689-9425 / 6633-5316



Guatemala, 11 de enero del año 2010

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad De San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, Guatemala.



Distinguido Licenciado Castro Monroy:

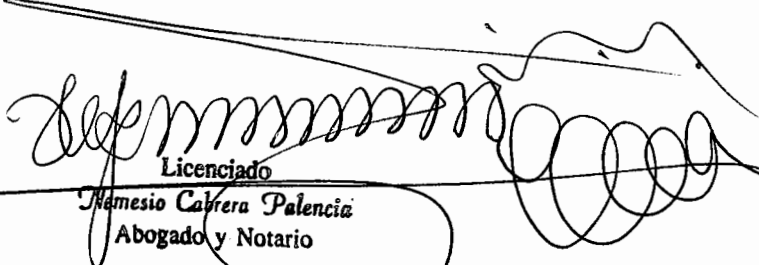
De conformidad con el nombramiento emanado de su despacho, me permito manifestarle que en calidad de Asesor de Tesis, asistí a la Bachiller ALMA WENDALY DIAZ ROSALES, quien desarrolló el tema intitulado "VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, EN CUANTO AL PLAZO ESTABLECIDO PARA SOLICITAR DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO".

De la investigación sometida a mi consideración, infero, en atención al contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, lo siguiente: Con relación al contenido científico y técnico de la tesis, encuentro el planteamiento de la investigación susceptible de generar conceptos y posturas relevantes dentro de la teoría existente, pues han sido presentados de conformidad con la técnica jurídica, tanto en su planteamiento, como en su análisis crítico; por ello, tanto la metodología y técnicas de investigación utilizadas, estimo han sido idóneas en la construcción y presentación del marco contextual de la tesis en general y del contenido de los capítulos. Puede advertirse la utilización cuidadosa de la redacción, con el uso de los signos que ésta implica y la observancia de aspectos ortográficos, propios del trabajo presentado en esta instancia. Derivado de lo expuesto, estimo que la presente investigación contribuye aportando significativos análisis basados en el contenido jurídico de las normas sujetas a examen, así como su ubicación jerárquica dentro de nuestro sistema normativo, delineando, dentro de esos análisis, los principios de valoración que eventualmente pueden llevar a importantes conclusiones, que a su vez, evidencian la necesidad de proponer reformas al plazo dentro de la institución del divorcio; por lo anterior, la proponente arriba a interesantes conclusiones y recomendaciones a tener en consideración al momento de la discusión científica del tema. Finalmente considero aplicable la bibliografía utilizada, enriqueciéndose ésta, a su vez, con el aporte documental presentado; por lo expuesto, a mi juicio, es procedente otorgar la aprobación al trabajo de investigación desarrollado, deseando sea digno de consulta al momento de construir propuestas a la solución de la problemática jurídica nacional, por parte de nuestra tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

A mi criterio con el trabajo presentado se cumple con los requisitos establecidos para continuar con el interint académico correspondiente, por lo que con mis más abnegadas muestras de respeto a su alta investidura, me suscribo de usted.

Atentamente,

Colegiado No. 7845


Licenciado
Nemesio Cabrera Palencia
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de enero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CRUZ MUNGUIA SOSA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ALMA WENDALY DIAZ ROSALES, Intitulado: "VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, EN CUANTO AL PLAZO ESTABLECIDO PARA SOLICITAR DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO".

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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/crla.

BUFETE JURIDICO, LICENCIADO CRUZ MUNGUIA SOSA, ABOGADO Y NOTARIO
18 Calle 17-64 Zona 12, Guatemala
Teléfonos 24727844-59901023



Guatemala, 16 de Febrero del 2010

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Apreciable Licenciado Lutín:

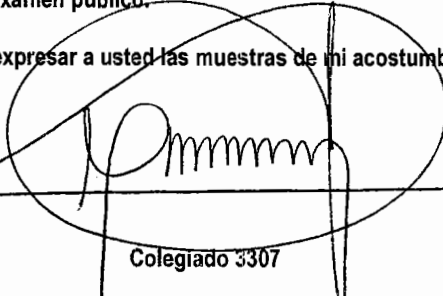
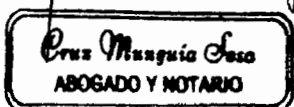
Con mi consideración más distinguida, me refiero al trabajo de tesis intitulado: "VIOLACION AL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, EN CUANTO AL PLAZO ESTABLECIDO PARA SOLICITAR DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO", que para su revisión me fuera asignado por la Jefatura de la Unidad de Asesoría de Tesis, y a tales efectos me permito hacer las siguientes consideraciones:

1. El Trabajo de investigación sitúa su importancia en la necesidad de reformar artículos del Código Civil, que contradicen el principio constitucional de libertad e igualdad contenido en el artículo 4º de nuestra Carta Magna;
2. El Principio de la autonomía de la voluntad, resulta ser un derecho vulnerado en los procedimientos de divorcio, al limitar a ambos o a algunos de los cónyuges sus derechos al considerar que la manifestación de su voluntad no es suficiente para reclamar la libertad de estado;
3. El plazo establecido para solicitar el divorcio (un año ambos cónyuges), así como la limitante de no poder contraerlo dentro de los 300 días posteriores al divorcio (para el caso de la mujer, constituyen una violación al principio de la autonomía de la libertad y a la igualdad de derechos contenida en el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
4. El derecho de las personas a decidir de manera voluntaria y de común acuerdo el no continuar con una relación afectiva disfuncional, no debería estar sujeta a plazos innecesarios que esclavizan y arriesgan la salud emocional de éstas.

Creo que de la lectura serena, con buen entendimiento e inspiradora se podrá encontrar en el contenido de este trabajo de investigación, mayores motivaciones para explorar el vasto campo de la Autonomía de la Voluntad que inspira las ideas más sublimes de libertad, felicidad y realización del ser humano, y que no es dable dejar al arbitrio de leyes o a los designios del Estado.

En razón de ello, habiendo analizado el contenido y la forma del Trabajo de Tesis, soy de la opinión que el mismo cumple con los requerimientos de una investigación científica, utiliza la técnica jurídica necesaria, la metodología y las técnicas de investigación resultan ser apropiadas, su redacción sencilla permite con facilidad comprender su contenido y por supuesto que brinda su contribución científica al motivar a escudriñar los desfases que contienen muchas leyes, las conclusiones y recomendaciones resultan atinentes al trabajo y su bibliografía elemental, concluyo con que el trabajo reúne los requisitos suficientes para ser sometido al rigor de un examen público.

Me valgo de la oportunidad para expresar a usted las muestras de mi acostumbrado respeto y estima.

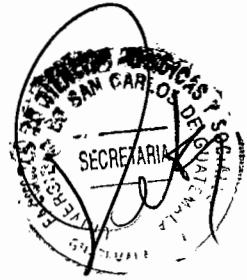

Colegiado 3307


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, diecisiete de junio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ALMA WENDALY DÍAZ ROSALES, Titulado VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, EN CUANTO AL PLAZO ESTABLECIDO PARA SOLICITAR DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO. 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/slh.



DEDICATORIA



- A la Santísima Trinidad:** Dios Padre, Dios hijo y Dios Espíritu Santo, creador de la vida y fuente de toda sabiduría, fortaleza e inteligencia. Gracias Señor.
- A mis padres:** Berta Alicia Rosales de Díaz y Marco Antonio Díaz Ramos
Por su apoyo indiscutible, y su amor verdadero; por ser ellos el pilar fundamental y la inspiración de mi triunfo.
- A Jorge Mario:** Por su apoyo y amor incondicional.
- A mis hermanos:** Arturo, William, Nelson, Lilian, Lety, Evelin y Rosa. Por compartir conmigo sueños y anhelos.
- A mis sobrinos:** Con mucho cariño, y que mi triunfo sea un incentivo para su futuro.
- A mis tíos:** Israel, Fito, Manuel, Mario, Guillermo, Gonzalo y Cony, con mucho cariño y respeto.
- A mis amigos:** Evelyn, Melisa, Hilka, Vivi, Lety, Rossana, Rosario, Susi, Geovani, Murphy, Oscar, Guillermo, Julio, Romeo y Mynor.
Gracias por su amistad y por estar a mi lado.
- A los profesionales:** Licenciado Cruz Munguia Sosa.
Licenciado Nemesio Cabrera Palencia.
Licenciado Carlos García Nájera.
Por Compartir sus conocimientos y ayudarme a alcanzar el presente éxito.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, casa de estudios que ha forjado mi profesión y el aprendizaje que hoy me enorgullece.



A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con cariño y admiración para todos los docentes que fueron el cimiento de mis conocimientos.

A usted,

Con respeto y agradecimiento.



ÍNDICE

Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La familia.....	1
1.1. Evolución histórica.....	1
1.2. Definición.....	5
1.2.1 Definición de estado de familia.....	6
1.3. Características del estado de familia.....	7
1.3.1 Universalidad.....	7
1.3.2 Unidad.....	7
1.3.3. Indivisibilidad.....	7
1.3.4 Estabilidad.....	8
1.3.5 Inalienabilidad.....	8
1.3.6 Imprescriptibilidad.....	8
1.4. Fines.....	8
1.4.1 Permanencia.....	8
1.4.2 Vida en común.....	9
1.4.3 Procreación.....	9
1.4.4 Alimentar y educar a los hijos.....	9
1.4.5 Auxilio entre sí.....	9
1.5. Parentesco.....	9
1.5.1 Definición.....	10
1.5.2 Clases de parentesco.....	10
1.5.2.1 Parentesco por consanguinidad.....	10
1.5.2.2 Parentesco por afinidad.....	10
1.5.2.3 Parentesco civil.....	10
1.5.2.4 Parentesco espiritual.....	10
1.6. Tipos de familia.....	11
1.6.1 La familia nuclear o elemental.....	11
1.6.2 La familia extensa o consanguínea.....	11
1.6.3 La familia monoparental.....	12
1.6.4 La familia de madre soltera.....	12



1.6.5 La familia de padres separados	12
1.7. Ámbito social y jurídico de la familia.....	13

CAPÍTULO II

2. Derecho de familia.....	15
2.1. Antecedentes del derecho de familia en Guatemala.....	15
2.2. Definición.....	16
2.3. Contenido del derecho de familia.....	17
2.3.1 División del derecho de familia.....	17
2.4. Caracteres del derecho de Familia.....	18
2.4.1 Su contenido predominantemente ético.....	18
2.4.2 Predominio de relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales.....	18
2.4.3 La primacía del interés social sobre el individual.....	19
2.4.4 Mas limitada la autonomía de la voluntad.....	19
2.5. Naturaleza jurídica del derecho de familia.....	20
2.5.1 El derecho de familia como parte del derecho público.....	20
2.5.2 El derecho de familia como parte del derecho privado.....	20
2.5.3 El derecho de familia como derecho autónomo.....	21
2.5.4 El derecho de familia como parte del derecho social	21
2.5.5 Criterio de la legislación Guatemalteca	22
2.6. Legislación Guatemalteca del derecho de familia.....	22

CAPÍTULO III

3. El matrimonio.....	25
3.1. Antecedentes históricos	25
3.2. Etimología.....	27
3.3. Definiciones.....	27
3.3.1 Definición doctrinaria	27
3.3.2 Definición legal	28
3.4. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	28
3.4.1 El matrimonio como contrato	28
3.4.2 El matrimonio como acto jurídico.....	29



3.4.3 El matrimonio como institución	29
3.5. Clases de matrimonio.....	30
3.5.1 Matrimonio religioso	30
3.5.2 Matrimonio civil	30
3.5.3 Matrimonio mixto	30
3.6. Requisitos y formalidades del matrimonio civil.....	30
3.6.1. Requisitos y formalidades.....	30
3.6.2. Impedimentos	32
3.6.2.1 Impedimentos absolutos.....	32
3.6.2.2 Impedimentos relativos	33
3.6.3. Deberes y derechos que nacen del matrimonio.....	34
3.6.4. Regímenes económicos del matrimonio.....	35
3.6.4.1 Sistemas económicos del matrimonio.....	36
3.6.5. Formas de contraer matrimonio.....	38
3.6.5.1 Matrimonio por poder	38
3.6.5.2 Matrimonio celebrado fuera de la república.....	38
3.6.5.3 Matrimonio en artículo de muerte.....	38
3.7. Nulidad y anulabilidad del matrimonio.....	39

CAPÍTULO IV

4. El divorcio.....	41
4.1. Antecedentes históricos.....	41
4.1.1 Código de manú	41
4.1.2 Griegos	42
4.1.3 Persas.....	42
4.1.4 Hebreos	42
4.1.5 Babilonios.....	43
4.1.6 Romanos.....	44
4.1.7 Germanos	45
4.1.8 Derecho canónico.....	45
4.1.9 El protestantismo.....	46
4.1.10 Francia.....	46
4.1.11 La codificación	47



4.1.12 El derecho comparado en la actualidad.....	47
4.2. Antecedentes del divorcio en la legislación Guatemalteca.....	47
4.2.1 El divorcio en el Código Civil de 1877.....	48
4.2.2 El divorcio en el decreto 484 del presidente de la república.....	49
4.2.3 El divorcio en el Código Civil de 1926.....	50
4.2.4 El divorcio en el Código Civil de 1933.....	51
4.2.5 El divorcio en el actual Código Civil Decreto 106.....	52
4.3. Etimología de la palabra divorcio.....	54
4.4. Definición de divorcio.....	55
4.5. Causas para obtener el divorcio.....	56
4.6. Clases de disolución matrimonial.....	61
4.6.1 Divorcio planteado por uno de los cónyuges.....	61
4.6.2 Divorcio por mutuo acuerdo.....	62
4.7. Tramite de divorcio.....	64
4.7.1. Juicio ordinario	64
4.7.2. Juicio voluntario de divorcio.....	66
4.8. Tribunales competentes.....	67
4.8.1 Jurisdicción de tribunales de familia.....	68
4.8.2 Organización de tribunales de familia.....	68
4.9. Nulidad, anulación y divorcio en el derecho canónico.....	68
4.9.1 Causas de nulidad del matrimonio canónico.....	69
4.9.2 Ejercicio de la acción de nulidad en el derecho canónico.....	69
4.9.3 Tribunal competente para ejercer la acción de nulidad en el derecho canónico.....	70
4.9.4 Procedimiento de nulidad en el derecho canónico.....	70
4.9.5 Causas de divorcio en el derecho canónico.....	71
4.10. Efectos jurídicos del divorcio.....	73
CAPÍTULO V	
5. La autonomía de la voluntad	75
5.1 Definición	75
5.2 El consentimiento	76



5.2.1 Consentimiento libre.....	79
5.2.2 Elementos del consentimiento.....	82
5.3 Teorías de la declaración de la voluntad.....	82
5.4 Formas de manifestación de voluntad.....	83
5.4.1 De forma expresa.....	83
5.4.2 De forma tácita.....	83
5.4.3 De forma presunta.....	83
5.5 La manifestación de voluntad.....	83
5.5.1 Desde el punto de vista doctrinario.....	83
5.5.2 Desde el punto de vista legal.....	84
5.6 El silencio como manifestación de voluntad.....	86
CAPÍTULO VI	
6. Violación al principio de autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto al plazo establecido para solicitar el divorcio.....	89
6.1 Autonomía de la voluntad y sus limitaciones.....	89
6.2 La ley con función limitadora.....	91
6.2.1 Reconocimiento subjetivo de la libertad.....	91
6.2.2 El bien común como limitante relativa al libre actuar.....	92
6.3 Realidad social.....	94
6.3.1 La manifestación de voluntad para contraer matrimonio.....	94
6.3.2 Manifestación de voluntad para disolver el vínculo matrimonial.....	94
6.3.3 Implicaciones en la problemática.....	95
6.3.4 Violación a la garantía constitucional.....	97
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN



Actualmente es conocida la existencia de hogares disfuncionales, donde debido a eso se modifica la figura del matrimonio, pero no se disuelve, ya que hacerlo no depende únicamente de la voluntad de los cónyuges. Es así, como la figura del divorcio ha permanecido en un estado inmóvil, donde existe una gama de opiniones; una es que se debe proteger esta institución, restringiendo los medios y argumentos para disolver el vínculo matrimonial, y otra, la necesidad inminente de disolver un matrimonio que no cumple con los fines para los que fue creado. La creencia errónea que al impedir la disolución del matrimonio se está protegiendo a la familia, es el punto de partida para la presente investigación.

Al abordar el análisis del Artículo 154 del Código Civil Decreto ley 106, nos encontramos que contiene una evidente violación al principio de la autonomía de la voluntad y al derecho a la libertad que toda persona posee. En la Constitución Política de la Republica de Guatemala se establece el derecho a la libertad, que implica que a ninguna persona se le puede obligar a hacer, o dejar de hacer algo en contra de su voluntad, ni ser sometidos a condiciones que menoscaben su dignidad.

Se partió de la hipótesis que el cuerpo legal descrito refleja una evidente violación al principio de autonomía de la voluntad de las partes, ya que establece el plazo de un año a partir de la fecha de celebrado el matrimonio, para poder plantear el divorcio por mutuo acuerdo, lo cual somete a los cónyuges a una situación que durante ese tiempo vulnera su derecho a la libertad individual, obligando a la persona a permanecer en una situación en la cual no desea permanecer. El plazo estipulado en el Artículo referido anteriormente, y que es plasmado como requisito para poder plantear el juicio voluntario de divorcio por mutuo acuerdo, es trasgresión a las garantías constitucionales y a la libre disposición de derechos que otorga la autonomía de la Voluntad, considerando que el acto jurídico matrimonial descansa en el consentimiento de los contrayentes que es estructuralmente una condición a su existencia.



El objetivo del presente trabajo, radica en demostrar la trasgresión al derecho a la autonomía de la voluntad, por el plazo previamente analizado, y los cuerpos legales que resultan vulnerados, ya que la investigación supone que el principio de autonomía de la voluntad es la facultad soberana de que gozan los individuos para regular sus derechos mediante el acuerdo de voluntades y su manifestación externa en la disolución del vínculo es resultante de la libertad como ejercicio del derecho otorgado por la ley; que el divorcio por mutuo acuerdo planteado por cónyuges, resulta de la falta de intención al cumplimiento de los fines del matrimonio; siendo el convenio entre cónyuges la ventaja dentro del juicio.

El presente trabajo, está compuesto de seis capítulos que comprenden: el capítulo I, la familia y sus aspectos más relevantes; Capítulo II, El derecho de Familia, su contenido, legislación, y aplicación en el ordenamiento jurídico Guatemalteco; Capítulo III, El matrimonio, sus naturaleza jurídica, formalidades que deben cumplirse para su validez, la nulidad y anulabilidad del mismo; Capítulo IV, El divorcio, causas, clases de divorcio, trámites, tribunales competentes, anulación canónica y sus efectos; Capítulo V, La autonomía de la voluntad, el consentimiento, formas de manifestación de voluntad y el Capítulo VI, La violación al principio de autonomía de la voluntad, la ley con función limitadora, la realidad social, implicaciones del problema y la violación a la garantía constitucional.

Para la presente investigación, se abordó la doctrina y legislación referente al divorcio, se determinó el nivel de trasgresión a derechos garantizados en la Constitución Política de la República de Guatemala, y se definió el problema que consiste en la violación al principio descrito. El método inductivo es utilizado, porque el problema radica en una norma específica, y alcanza consecuencias que van hacia al precepto más general. Se utilizó el método analítico, en las doctrinas y leyes estudiadas, así como el método histórico, ya que en el transcurrir de los tiempos el divorcio ha sido un tema a discusión. Incluso en la actualidad existen legislaciones que no contemplan un divorcio por mutuo acuerdo, manteniéndolo en un estado inmóvil.

CAPÍTULO I

1. La familia

1.1 Evolución histórica

La evolución que a través de la historia sufrió la organización de la familia, permite no sólo comprender el papel que el individuo desempeñó, en las distintas etapas históricas, en el ámbito de sus relaciones mas íntimas, sino también revisar concepciones impregnadas, más que de fundamentos científicos, de preconceitos o motivaciones ideológicas, tales, como afirmar que al orden natural pertenece la estructura paternalista de la familia; también, dicho conocimiento permite evaluar críticamente la estructura y desenvolvimiento que hoy presenta la familia.

“Resulta razonable admitir que, en una primera época, el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales, de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu”¹. Esto determinaba, forzosamente, que desde el nacimiento del niño se supiera quién era la madre, mas no, en cambio, quién era el padre; lo que permite afirmar que en su origen, la familia tiene carácter matriarcal, pues es exclusivamente junto a la madre, por ser ella conocida, que el hijo crece, se alimenta y educa.

Posteriormente, en la vida de los grupos primitivos, las guerras, la carencia de mujeres, y talvez una inclinación natural en tal sentido, llevó a los varones a buscar relaciones sexuales con mujeres de otras tribus, antes que con las del propio grupo; aunque siempre, claro está, sin carácter de singularidad. Independientemente de las causas que se señalan y se discuten como originarias de esta modalidad, podría decirse que hay allí una primera manifestación de la idea de incesto y el valor negativo

¹ Bossert-Zannoni, **Manual de derecho de familia**, pág. 1



que éste tiene frente a la conciencia de los hombres, según lo muestra la evolución familiar posterior.



El hombre avanza hacia la formación de grupos familiares asentados en relaciones individualizadas, con carácter de exclusividad; sin embargo, aun en las etapas posteriores, cuando ya se ha afirmado en los grupos humanos la relación monogámica, se observan resabios de aquellas formas primitivas de las relaciones grupales; por ejemplo en grupos de Abisinia y de las Islas Baleares, se ha observado la costumbre de que, tras la boda, en la primera noche, la relación sexual sea mantenida por la desposada con los parientes y amigos, y recién a partir del día siguiente, la mantenga exclusivamente con el esposo.

“Es posible suponer, que tras aquella primera etapa sobreviene, en la evolución familiar, lo que se ha dado en llamar la familia sindiásmica, basada en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero sin reciprocidad, es decir, con la libertad de relaciones del hombre con diversas mujeres”². Posiblemente, de esa etapa histórica provengan hábitos sociales, y hasta criterios admitidos durante la posterior etapa monogámica, respecto de la diversa exigencia que, en materia de fidelidad, la sociedad hace al marido y a la mujer.

Finalmente, la familia evoluciona hacia su organización actual fundada en la relación monogámica: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones y de ellos deriva la prole que completará el núcleo familiar. La unión monogámica estuvo destinada a cumplir diversas funciones, muchas de las cuales aún se cumple.

La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole o del grupo social. Es fácil advertir el beneficio que obtiene la sociedad cuando las uniones, el desarrollo de la vida y la descendencia no se fundan en grupos, sino en sujetos individualizados. Como fundamento a la relación monogámica, se crea en torno a ella

² Ibid, pág 3.



dos elementos que aparecen de modo permanente a través de la historia: la libertad amplia de relaciones sexuales entre esposos y el derecho exclusivo de cada uno de ellos a sostenerlas con el otro, lo cual ha conducido, a imponer penas para el caso de violación de esa facultad de relación exclusiva, tal como por ejemplo, sucede todavía en algunas legislaciones, con la sanción que impone al adulterio.

En orden de excepciones podemos recordar “el derecho de pernada del señor feudal, en la Europa de la edad media. “pernada” deriva de poner la pierna sobre el lecho del vasallo y de su esposa, y de la facultad del señor de sostener relaciones con la mujer de aquél, quien a cambio de ello obtenía determinados beneficios o derechos, como cazar en los bosques y los cotos del señor, caso en el cual, para dar publicidad a ese derecho, el vasallo colocaba cuernos de ciervo sobre la puerta de sus vivienda”³.

También la función educacional se satisface con el surgimiento de la unión monogámica, ya que individualizados claramente padre y madre, entre ellos se reparte y se comparte la tarea de educar a la prole; tarea a la que se suman, con el correr de los siglos, los establecimientos colectivos, es decir las escuelas que han inspirado el derecho.

Estudios hechos en los hábitos de los primates subhumanos más evolucionados, demuestran que la educación de los hijos está exclusivamente en manos de la hembra; esto, como ya hemos señalado, sucedía en la organización originaria de la familia humana, forzosamente matriarcal; y termina definitivamente con el surgimiento de la unión monogámica.

Asimismo, debe señalarse la función religiosa, el culto a los dioses del hogar, que se facilita en el seno de una familia organizada, por lo que existe libertad en cuanto a la libertad de religión.

³ *Ibid*, pág. 4.



La unión monogámica permitió el cuidado de los ascendientes ancianos. Esta protección, desconocida en las formas familiares anteriores, aparece como una constante en esta última etapa de la evolución, se forjan los valores morales y éticos, y se cubren las necesidades principales de las personas mayores.

Finalmente, el aspecto económico resultó trascendente para el surgimiento, la afirmación y la protección a través del tiempo fue realizada con medidas cada vez más precisas. La distinta aptitud física permitió al hombre y a la mujer distribuir y responsabilizar, según esas posibilidades naturales, las tareas a emprender, para proveer así, a través del esfuerzo común, a las necesidades de subsistencia de ellos y de toda su descendencia.

La familia monogámica va convirtiéndose así en factor económico de producción. No sólo atiende a sus necesidades, sino que se producen en la familia bienes o servicios para negociar. Es la larga etapa histórica de la producción y la manufactura en el pequeño taller familiar. Y es, asimismo, la etapa en que el valor económico más importante corresponde a la propiedad inmobiliaria. Pero esta situación se revierte cuando, a partir del siglo XVIII, las sociedades se transforman por el surgimiento del industrialismo. Ya la producción, salvo en zonas rurales, se desarrolla fuera del ámbito de la familia; se concentra en las industrias, en el ámbito de las empresas, y se masifica. Correlativamente, la propiedad inmobiliaria va cediendo su lugar a los valores mobiliario; a los títulos que, como las acciones de las sociedades, representan cuotas partes del capital de las empresas productivas. Y es así, que la familia, desde el surgimiento del industrialismo, ha ido perdiendo el rasgo que la caracterizaba como núcleo o elemento de producción; en el plano económico, se ha reducido sustancialmente a un ámbito de consumo.

De manera que habiendo perdido su papel de protagonismo económico, su razón de ser ha quedado reducida al ámbito espiritual donde con mayor intensidad que en ninguna otra institución de la sociedad, se desarrollan los lazos de la solidaridad de afecto permanente.



1.2 Definición:

En la actualidad no existe un criterio unificado que defina a la familia, sin embargo esta es considerada “una institución que, asentada en las bases del matrimonio, enlaza en una unidad a los cónyuges y sus descendientes, para que presidida por los lazos de la autoridad sublimada por el amor y el respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana”.⁴

Ossorio citando a Belluscio dice que, “desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos se derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. Es considerado como el conjunto de parientes con los cuales, existe un vínculo de convivencia, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quién se refiere y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitaciones de grado”.⁵

Desde la perspectiva jurídica, en un sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco, lo que genera aplicación de normas legales jurídicas tendientes a regular lo relacionado al campo.

De lo anteriormente expuesto se pueden mencionar algunas definiciones como las más completas y aceptadas, siendo las siguientes:

Rafael Rogina Villegas, define a la familia desde un punto de vista mas estricto, como “el grupo de personas que comprende únicamente a padres e hijos en tanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia”.⁶

⁴ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil**, pág.18

⁵Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 313

⁶ Rogina Villegas, Rafael, **Compendio de derecho civil, personas y familia**, pág.256.



Sebastián Soler, considera la familia “como una creación social permanente, subordinada a un fin verdadero, históricamente adaptable, y en la que los individuos jerárquicamente organizados, cumplen funciones preestablecidas y obligaciones sociales”⁷. También se define la familia como el conjunto de dos o mas individuos que viven y conviven ligados entre sí, por un vínculo colectivo inalterable, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco, de afinidad, y que constituye un todo unitario.

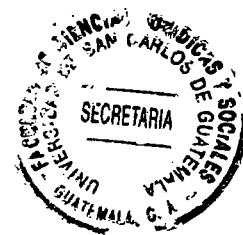
1.2.1 Definición de estado de familia

La persona forma parte de una familia, núcleo o base de la sociedad, a la cual pertenece y el estado de familia es para el derecho civil, el más importante, puesto que de él emanan numerosas situaciones reguladas por el propio derecho civil, tales, como las derivadas del parentesco, del matrimonio, de la calidad de heredero y los consecuentes efectos patrimoniales. La familia, confiere a sus miembros un status familiae que difiere según la posición que cada uno de ellos ocupan en la misma, la que puede ser de: soltero, casado, unido, separado, divorciado, viudo, padre, hijo, abuelo etc.; y, según los casos puede originar: limitaciones de la capacidad de obrar, derechos, deberes, potestades y cargas.

El estado de familia no es más que la condición o situación jurídica general y abstracta, de la persona individual respecto a su familia. “Es una situación jurídica general en cuanto sus efectos se refieren y afectan a todos y no sólo a aquellos con los que se celebró el acto que le dio origen, se es casado no sólo respecto al cónyuge sino también a los otros miembros de la sociedad (impedimentos, parentesco de afinidad, legitimidad de la prole), y es abstracta en cuanto a los derechos y deberes inherentes al estado, que se siguen produciendo aunque se cumplan en cada ocasión (alimentos al cónyuge, los padres o hijos, cohabitación y ayuda mientras dure el estado de casado)”⁸.

⁷ Soler, Sebastián. **Teoría de la institución del derecho**. pág 45

⁸ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 90



1.3 Características del estado de familia

La ubicación que a un individuo le corresponde dentro de un grupo social, es reconocida, atribuyendo para él un status. Dentro de la organización cívica del país por ejemplo, al individuo le corresponde, reuniendo determinadas circunstancias, tales como el nombre, la edad, la nacionalidad, el estado de ciudadano, que le confieren específicas prerrogativas. “A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas”.⁹

La pertenencia a un grupo familiar es un atributo de las personas que reúne las características siguientes:

1.3.1 Universalidad:

El estado de familia, abarca todas las relaciones jurídicas familiares. Esto significa que no se limita a las relaciones determinadas por la filiación, como alguna vez se sostuvo, y comprende las relaciones determinadas por el matrimonio, por la adopción y las que establece el parentesco.

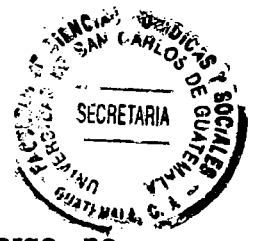
1.3.2 Unidad:

El estado de familia de una persona comprende la totalidad de los vínculos jurídicos que lo ligan con otras, sin diferenciarse o calificarse en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial, eliminando la distinción entre parientes legítimos e ilegítimos.

1.3.3 Indivisibilidad:

La persona ostenta el mismo estado de familia erga omnes, es decir frente a todos; no puede dividirse ni ostentar dos estados de familia diferentes.

⁹ Bossert-Zannoni, **Ob. Cit**; págs. 19 y 20



1.3.4 Estabilidad:

La estabilidad del estado de familia, es protegida por el Estado, sin embargo, no significa que sea inmutable, pues puede cesar, sufriendo cambios importantes. Así el estado de casado, puede transformarse en soltero, el estado de hijo puede cesar si prospera la acción de impugnación de la paternidad, el acto de recibir a un hijo de otra persona como propio, a través de la adopción, etc. Siempre y cuando la legislación contemple una posible variación.

1.3.5 Inalienabilidad:

El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de negocio. No puede ser modificado, ni alterado, ni cedido por su titular. No puede ser transmitido por voluntad de éste a terceros.

1.3.6. Imprescriptibilidad:

El estado de familia no es prescriptible, de manera que el transcurso del tiempo no altera el estado de familia.

1.4 Fines

La familia como institución primaria de la base de la sociedad, y centro de aprendizaje de valores morales de toda persona humana, basa su función en torno a los fines de la institución del matrimonio como pilar fundamental para su existencia, siendo estos los siguientes:

1.4.1 Permanencia:

Este fin es sin duda el más importante, la estabilidad de una familia, es fuente de armonía entre sus integrantes, aunque la permanencia dentro de un círculo familiar se deriva de la voluntad de las personas, de igual forma la durabilidad de un matrimonio es el deseo de querer permanecer en ese estado. Los lazos familiares, el amor y el respeto se fomentan cada día con la intención de cada uno de sus miembros.



1.4.2 Vida en común:

En el matrimonio, la unión de hecho, y en todas aquellas relaciones donde no existe un vínculo legal, cuando se forma una familia, la buena convivencia diaria, derivada de una vida juntos en un mismo hogar y el intercambio de actividades cotidianas en favor de todos sus miembros, es el resultado de una familia con equilibrio general en cuanto a la responsabilidad de sus miembros.

1.4.3 Procreación:

Perpetuar la especie humana por medio de la procreación, fortalece el matrimonio celebrado con ese fin, y cuando no se da dentro del matrimonio, constituye la creación de un nuevo grupo familiar, que no nace de un vínculo jurídico existente previamente, pero que genera relaciones jurídicas irrenunciables.

1.4.4 Alimentar y educar a los hijos:

Dentro de los deberes de los padres y madres de familia esta la obligación de alimentar a los hijos, proporcionándoles todo lo relacionado, a su educación, vestuario, salud, recreación, y, la educación de valores éticos y morales que sirvan para un desarrollo integral como personas de bien. Roles que solo pueden desempeñarse en la intimidad de un hogar.

1.4.5 Auxilio entre sí:

El auxilio entre sí, se constituye en la ayuda mutua, en las diferentes situaciones que se dan en el seno de una familia, es importante, tanto en el campo económico y emocional. El apoyo entre miembros de una familia se basa en la solidaridad fomentada en la misma.

1.5 Parentesco

El parentesco es considerado el pilar fundamental del origen de la familia, eliminando la institución del matrimonio como única forma de creación del grupo familiar.



1.5.1 Definición:

“Es un estado jurídico por cuanto es una situación permanente que se establece entre dos o más personas en virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho, formando la idea general de familia”.¹⁰

1.5.2 Clases de parentesco

1.5.2.1 Parentesco por consanguinidad:

Es aquel que se da entre personas que descienden de un mismo padre o tronco común, como el que existe entre personas unidas por vínculos de sangre, personas que descienden unas de otras, o que sin descender una de otra proceden de una misma raíz o tronco. Ejemplo: hermanos, tíos, sobrinos, primos etc.

1.5.2.2 Parentesco por afinidad:

Vínculo que nace con el matrimonio y desaparece con la disolución del mismo, los cónyuges son parientes pero no forman grado dentro del parentesco. Ejemplo: suegra, cuñada.

1.5.2.3 Parentesco civil:

Es el vínculo que se da exclusivamente entre el adoptante y adoptado. Se le denomina también parentesco por adopción, debido que nace en razón de la misma. Tiene los alcances y efectos que cada legislación le reconoce.

1.5.2.4 Parentesco espiritual:

Llamado parentesco religioso, Rogina Villegas en su libro Compendio de derecho civil, personas y familia, expresa que en la administración de los sacramentos del bautismo y confirmación en la religión católica, se crea el parentesco entre padres, padrinos y la persona que lo recibe. Este parentesco no es reconocido por la legislación

¹⁰Rogina Villegas, Rafael, **Compendio de derecho civil, personas y familia**, Pág.310.



guatemalteca, aunque se reconoce en las relaciones sociales como una unión espiritual.

1.6 Tipos de familia

La familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo de la persona, la cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento. No se desconoce con esto, otros tipos de familia que han surgido en estas últimas décadas, las cuales también enfrentan desafíos permanentes en su estructura interna, en la crianza de los hijos e hijas, en su ejercicio parental o maternal. Como ejemplo se puede mencionar, la familia de madre soltera, de padre soltero, de padres separados, e incluso abuelos y abuelas encargados de la crianza de nietos; las cuales cuentan con una dinámica interna y peculiar,

Existen varias formas de organización familiar y de parentesco, entre ellas se distingue la clasificación del autor Alfonso Brañas en su libro Manual de derecho civil, que divide los tipos de familia, de la siguiente manera:

1.6.1 La familia nuclear o elemental:

Es la unidad familiar básica que se compone de esposo (padre), esposa (madre) e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.

1.6.2 La familia extensa o consanguínea:

Se compone de más de una unidad nuclear, se extiende mas allá de dos generaciones y esta basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos.



1.6.3 La familia monoparental:

Es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada, la familia de madre soltera; por último da origen a una familia monoparental el fallecimiento de uno de los cónyuges.

1.6.4 La familia de madre soltera:

Familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos e hijas. Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad por diversos motivos.

En este tipo de familia se debe tener presente que hay distinciones pues no es lo mismo ser madre soltera adolescente, joven o adulta, por lo que se presenta en cada una de estas relaciones diferentes dificultades, diferentes necesidades y diferente grado de madurez por parte de la persona responsable de sobrellevar al grupo familiar.

1.6.5 La familia de padres separados:

Familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos e hijas, se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad.

La familia es la más compleja de todas las instituciones, aunque en nuestra sociedad muchas de sus actividades tradicionales hayan pasado parcialmente a otras, todavía quedan sociedades en las que la familia continua ejerciendo las funciones educativas, religiosas protectoras, recreativas y productivas.



1.7 **Ámbito social y jurídico de la familia**

La evolución de la familia constituye una parte importante en la historia de la humanidad, ha atravesado por innumerables vicisitudes, y en su constante desarrollo llega hasta nuestros días tal y como la conocemos, se le visualiza como el conjunto de personas que descienden de progenitores comunes y que se origina en el matrimonio, la filiación y la adopción, A través de los años y las modernas estructuras sociales, la familia ha tenido y tiene singular importancia como núcleo, ya que debido a su existencia, aún persiste una organización de personas, que luchan por los mismos objetivos y colaboran entre sí para cubrir la necesidades comunes que se derivan dentro del núcleo al que pertenecen, en un criterio generalizado de la sociedad políticamente organizada.

Dentro del Derecho de Familia su importancia se divide en:

- a) La creación, modificación o extinción de derechos, de obligaciones, y de estados jurídicos .**
- b) Lo referente a la aplicación de determinadas sanciones en cuanto a las consecuencias constitutivas o de creación que se presentan respecto a los estados jurídicos.**

Los principales estados jurídicos que se crean dentro del seno de la familia, constituyen las diversas manifestaciones del estado civil en la calidad de parientes, cónyuges o incapaces sujetos a patria potestad y tutela. Por lo que cada uno de los estados mencionados originará un conjunto de derechos y obligaciones.

En cuanto a la transmisión de derechos, de obligaciones y estados jurídicos se presentan dos formas siendo ellas: la adopción y la tutela testamentaria.

La adopción da lugar a una transferencia de la patria potestad de los padres consanguíneos, al adoptante, creando así el parentesco civil. Por medio de la



adopción se modifica y se traslada el derecho de igual manera en la tutela testamentaria.

Las consecuencias extintivas de derechos, obligaciones y estado jurídicos se presentan por la disolución del matrimonio, muerte de los cónyuges, así como de los incapaces.

La ley de la naturaleza impone la ley de las conciencias, por lo que el derecho de Familia tiene un sentido predominante ético y por ello sus normas ofrecen un carácter más moral que jurídico.

El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales se deriva de las primeras; es decir que, el fundamento natural de la familia hace que las relaciones personales sean superiores a las patrimoniales. Las personales son características, siendo por regla general inalterables, irrenunciables, intransmisibles, e imprescriptibles.

La protección de la familia por parte del Estado, es importante tal y como lo manifiesta Vladimir Aguilar en su obra titulada Derecho de familia, generalmente en la celebración del matrimonio, estableciendo las formalidades, y requisitos mínimos, para que sea reconocido por la ley, igualmente reconoce la unión de hecho, aunque ambas instituciones se diferencia básicamente en que la primera es constitutiva, en virtud de que a partir del mismo, se constituyen derechos y obligaciones, la segunda es declarativa, ya que se declara legalmente una situación, la existente. Así también establece los casos de insubsistencia o impedimentos, la nulidad del mismo, estipula los derechos y obligaciones, fija modalidades en el régimen económico; reconoce la función familiar del derecho de propiedad, por lo que crea el patrimonio familiar, fomenta la adopción, permite que los padres eduquen y formen a sus hijos, pero cuando ellos no cumplen con dichas obligaciones, existen organismos especiales que ejercen la patria potestad. Esta es la forma como el estado protege a la familia, creando instituciones reconocidas por la ley, siendo de carácter constitucional.



CAPÍTULO II

2. Derecho de familia

2.1 Antecedentes del derecho de familia en Guatemala.

En la legislación Guatemalteca nace el Derecho de Familia con el Decreto número 175 emitido durante el gobierno liberal del General Justo Rufino Barrios, el cual inicia su vigencia el día 15 de septiembre de 1877. Este Decreto surgió en virtud de que se consideró que la legislación vigente en ese momento, en su mayor parte proveniente de la antigua española, era incompleta, confusa y de complicada aplicación, por el hecho de encontrarse contenida en forma dispersa en diferentes cuerpos legales.

En esa época, el gobierno con el afán de resolver esa problemática en materia de Derecho de Familia y pretendiendo, asimismo, el progreso del país en el ámbito jurídico, especialmente en el Derecho de Familia, nombró en acuerdo de fecha veintiséis de julio del mismo año, una comisión de jurisperitos especialistas en dicha materia quienes fueron encargados de redactar una ley que se adecuara a las necesidades de la época.

De esta manera surge el código civil en el cual se regula el Derecho de Familia como parte del mismo, siendo adaptado a las circunstancias peculiares de la sociedad guatemalteca. Luego de realizar un análisis al código civil de 1877, se puede sintetizar que, constituyó un código avanzado para la época. Contemplaba importantes instituciones de Derecho de Familia, tales como la adopción, que aún después del año 1900 no estaba regulada en muchas legislaciones latinoamericanas.

Lo anterior constituye una comparación en un marco general sobre la forma en que surge en la legislación guatemalteca el Derecho de Familia; en cuanto a las instituciones existentes en aquella época y en las contenidas actualmente en nuestro derecho interno, siendo evidente modificaciones provenientes de la evolución de la sociedad misma.



En lo que respecta a procedimientos en asuntos de familia, el código emitido en 1877 contemplaba en el Libro Segundo, Título III, los juicios sumarios y somete a esta vía entre otros: Los alimentos debidos por la ley, Los alimentos que se deban por contrato, o por testamento siempre que la cuestión que se ventile sea, solo sobre la cantidad de ellos, aseguración de alimentos, ejecución de Sentencias, etc.

2.2 Definición

Al igual que de otras manifestaciones del derecho, puede hablarse del de familia en un doble sentido. Así, en sentido **Objetivo** se entiende por Derecho de Familia al conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En sentido **Subjetivo**, los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.

El Derecho de Familia es definido como “el conjunto de reglas de Derecho de Familia, de orden personal y patrimonial cuyo objeto de una manera exclusiva y principal es regular la organización, vida y disolución de la familia”.¹¹

Según Aguilar, desde el punto de vista pedagógico, “el sistema expositivo de Savigny presenta al Derecho de Familia como un todo orgánico, en el que se completan recíprocamente, el llamado derecho de Familia puro, o concerniente a relaciones personales, sin contenido patrimonial, y el que se denomina Derecho de Familia aplicado a los bienes, temas, que aparecen apartados en el sistema romano francés”¹². Es conveniente agregar que esta rama del derecho esta compuesto de normas sociales, imperativas, que traducen principios constitucionales referentes a la familia.

¹¹ Bonecase, Julian, **Compendio de derecho civil español**, pág. 18.

¹² Aguilar Guerra, Vladimir, **Derecho de familia**, pág.6.



2.3 Contenidos del derecho de familia

“La legislación no crea el hecho “familia”, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos: la unión de hombre y mujer reconocida en esa calidad y con plenas consecuencias por el derecho (matrimonio): la unión extramatrimonial con propósito de permanencia; los efectos de la generación (filiación), resultante o no del matrimonio; el vínculo equivalente a la filiación (adopción); finalmente las cuestiones económicas que tales situaciones plantean”.¹³ Estos hechos familiares primarios, es decir, la constitución de la conyugalidad, la paternidad, y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, constituyen, al ser disciplinados por el Derecho, el núcleo del Derecho de familia propiamente dicho.

Tradicionalmente se suele dividir al derecho en dos ramas: **el derecho sustantivo**, material o de fondo y **el derecho adjetivo**, procesal o de forma. Siendo el primero de ellos el que regula la conducta humana con normas que se refieren a la sustancia del derecho, exponiendo los conceptos básicos y fundamentales de cada una de sus ramas; y el segundo el que regula simplemente la aplicación del primero. En ese sentido, podríamos concluir así: el derecho sustantivo de familia contenido en el código civil y el derecho procesal de familia en la Ley de Tribunales de familia, en el Código Procesal civil y Mercantil, en el código de Notariado y en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

2.3.1 División del derecho de familia

Comprende tres grandes divisiones:

a) El tratado del matrimonio:

Que abarca los presupuestos y formalidades de su celebración, la separación y disolución del vínculo conyugal creado, así como las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges.

¹³ **Ibid**, Pág.8.



b) El tratado de la filiación:

Que comprende las diversas clases de ésta y las relaciones entre padres e hijos.

c) El estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados:

Que comprende el medio de adquirir la patria potestad, la adopción y la tutela; y de las cuestiones generales, del parentesco y la vida familiar.

2.4 Caracteres del derecho de familia

2.4.1 Su contenido predominantemente ético:

Dada su connaturalidad del hecho familiar con la especie humana, se comprende que la más íntima y radical regulación de aquél sea moral (religiosa o social): un conjunto de reglas éticas que luego el derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente. La ley de la naturaleza impone a este aspecto una ley de las conciencias, las normas del Derecho de Familia ofrece por ende, un carácter mas bien moral que jurídico.

La ética de cada persona, genera la responsabilidad y el cumplimiento de la ley.

2.4.2 Predominio de relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales:

Mientras que en las ramas del derecho privado la ley sirve al interés del particular y a sus fines individuales, el derecho subjetivo se atribuye en función de tales fines individuales y se ejerce o no al arbitrio de su titular, en las relaciones familiares prima el interés superior de la familia, a las necesidades de ésta, y no a las del individuo, exige y recibe protección del Estado, siendo por regla general, inalterables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

Las mismas relaciones patrimoniales sufren por esta interferencia del lazo natural, una especie de derogación de los principios que gobiernan los derechos patrimoniales, ya que existe lo especial que desvirtúa su común esencia, pues no se trata de proteger



intereses opuestos, si no de aunar estos intereses en un plano superior, para dar vida y eficacia a la institución natural de la familia.

2.4.3 La primacía del interés social sobre el individual:

a) Las normas del Derecho de Familia son, por regla general, de orden público, inderogables por la simple actuación de la mera voluntad privada. Por ejemplo la obligación de dar alimentos, reconocimiento de hijos, etc. Por lo que en efecto no se puede dejar de cumplir las condiciones naturales ni modificar a su arbitrio las cánones imprescriptibles del Derecho de familia como contraer matrimonio sin observación de los requisitos establecidos en la legislación.

b) “Las potestades familiares no son potestades-derechos, sino potestades-función o sea, facultades establecidas, no en propio beneficio, sino en utilidad y régimen de los que a ella aparecen sometidos”.¹⁴

2.4.4 Mas limitada la autonomía de la voluntad:

Entre las normas del Derecho de familia hay muchas que son imperativas, inderogables, como las que regulan el contenido y la extensión de las potestades familiares, la eficacia de la relación parental y la creación y efectos de cada status: en este último aspecto, la manifestación de voluntad o el acuerdo de voluntades suelen quedar restringidos a la mera creación del vínculo familiar, cuyos efectos no pueden regular ulteriormente. No quiere decir esto que no haya, en el Derecho de familia ámbitos abandonados al querer individual, pero si en muchos casos los derechos y deberes familiares, como nacidos de un status, son regulados por la ley rígidamente sin modificación posible.

¹⁴Puig Peña, **Ob. Cit**; pág.25 y 26.



2.5 Naturaleza jurídica del derecho de familia

2.5.1 El derecho de familia como parte del derecho público:

Este criterio afirma, que por ser las normas del Derecho de Familia de interés público éste, por ende, pertenece al derecho público, justificada en la obligación que tiene el estado de proteger los intereses familiares.

A este criterio apunta la legislación de los países que antes integraron el bloque soviético, ya que desarrolló esta tesis a partir del código de familia de la ahora extinta Unión Soviética, promulgado en 1918, seguido por los códigos de familia de Yugoslavia y Checoslovaquia (ahora república Checa y Eslova), Alemania y el código de Bulgaria se ha segregado del derecho privado para pasar a formar parte del derecho público.

2.5.2 El Derecho de familia como parte del derecho privado:

Este criterio, el cual goza de más adeptos y es aceptado en la mayoría de las legislaciones del mundo, sostiene que el derecho de familia pertenece al derecho privado como parte integrante del derecho civil, porque aún cuando este derecho contiene indiscutiblemente normas de interés público, las relaciones que se regulan en él son relaciones entre miembros de una familia, los cuales son personas particulares. Es así, que el profesor José Castán Tobeñas, citado por Manuel Chávez Asencio en su libro *La familia en el derecho y relaciones jurídicas familiares*, ampliando este criterio, nos dice que “no cabe duda que el derecho de familia forma parte integrante del derecho privado, puesto que la familia no tiene hoy el carácter de corporación o ente colectivo investido de imperium”.

Sin embargo, como bien lo apunta el profesor Federico Puig Peña, en su *Compendio de derecho civil*, “Siempre ha estado el derecho de familia situado en las ramas fundamentales del derecho civil, formando con los derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama de las relaciones jurídicas”.



2.5.3 El derecho de familia como derecho autónomo:

Según Antonio Cicu, citado por Puig Peña, manifiesta que: “las normas del derecho de familia se asemejan a las del derecho público y se alejan de las características del derecho privado, lo cual no significa que el derecho familiar pertenezca al derecho público, pues éste es el que regula la organización del estado...”,¹⁵ por lo que es partidario de una sistematización del derecho de familia en una categoría intermedia entre el derecho público y derecho privado, sobre bases autónomas con clara separación del derecho público; luego entonces la bipartición del derecho debe convertirse en tripartición, dando así origen a un tercer género para enmarcar al derecho de familia.

Sin embargo este criterio no parece el adecuado, puesto que no hay derechos autónomos, en todo caso sólo un derecho con materias especiales, tal y como lo manifiesta Alfonso Brañas al decir que: “Si debe reconocerse que las disposiciones legales sobre la familia tienen un cariz especial, sobre todo en lo que a la obligatoriedad y al formalismo se refiere, mas no debe perderse de vista que la familia en sí y las relaciones que de ella se derivan pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposibles de adecuarse con certeza en el radio de acción del derecho público, y no ameritan crear otra rama del derecho”.¹⁶

2.5.4 El derecho de familia como parte del derecho social:

Este criterio define al derecho de familia como un derecho social y autónomo que el estado esta obligado a tutelar, porque constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad. Es decir, que el Derecho de Familia se ha desligado de la tradicional tendencia civilista que ocupa el derecho privado, para situarse en el Derecho Social, pero no solo en el aspecto sustantivo sino también en el adjetivo o procesal; se persigue que los asuntos relativos a la familia en general se resuelvan a través de procedimientos especiales, diferentes de los comunes, se busca alejarlos de

¹⁵ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 46.

¹⁶ Brañas, **Ob. Cit**; pág. 125



formalismos buscando procedimientos específicos de acuerdo con la naturaleza de la materia familiar que se considera de índole social. Es una evolución del derecho privado al social. Algunos juristas podrían encontrar el asidero jurídico a esta tesis en lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala en lo referente a los artículos 47 al 56 que dentro de los derechos sociales incluye a la familia.

2.5.5 Criterio de la legislación guatemalteca

En Guatemala, el derecho de familia está contenida básicamente en el Código Civil, aunque existen leyes complementarias que también lo integran. Tradicionalmente ha sido considerada la familia como una parte, quizás la más importante, del derecho civil, y por ende del derecho privado.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico guatemalteco ubica al derecho de familia dentro del derecho privado como parte del derecho civil; y, por lo tanto, acepta la doctrina privatista, concibiendo, a la familia como una institución social creada por vínculos de parentesco o de matrimonio.

El Estado de Guatemala debe protección social, económica y jurídica de la familia de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que el matrimonio es considerado como una verdadera institución privada con normas propias que le dan certeza y seguridad jurídica al matrimonio.

2.6 Legislación guatemalteca del derecho de familia:

La Constitución Política de la República en el Capítulo II, titulado: Derechos Sociales regula derechos mínimos relacionados con el Derecho de Familia. El Artículo 47 establece la obligación que tiene el estado de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.



Los artículos 48 al 56 regulan lo relacionado a la unión de hecho, matrimonio, igualdad de los hijos, protección a menores y ancianos, la maternidad, la protección a los minusválidos, la adopción, la obligación de proporcionar alimentos, y se declara de interés social, las acciones contra causas de desintegración familiar.

El Código Civil Decreto Ley 106 regula todas aquellas instituciones que se refieren al Derecho de Familia (artículos 78 al 368) y se ubican de la siguiente manera:

Título II, De la Familia:

- Capítulo I, Del MATRIMONIO: disposiciones generales, aptitudes para contraer matrimonio, impedimentos, celebración del matrimonio y sus formalidades, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, la separación y el divorcio.
- Capítulo II, DE LA UNIÓN DE HECHO
- Capítulo III, DEL PARENTESCO
- Capítulo IV, PATERNIDAD Y FILIACIÓN MATRIMONIAL
- Capítulo V, PATERNIDAD Y FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL
- Capítulo VI, DE LA ADOPCION
- Capítulo VII, DE LA PATRIA POTESTAD
- Capítulo VIII, DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES
- Capítulo IX , DE LA TUTELA
- Capítulo X, DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Existen leyes que complementan el Derecho de Familia como lo son:

- Ley Reguladora de la tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria
- Código Procesal Civil y Mercantil
- Ley del Organismo Judicial
- Ley de Tribunales de Familia
- Ley de Registro Nacional de las personas
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia



- Ley de Adopciones
- Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia Intrafamiliar
- Ley de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer

Tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, ratificadas por Guatemala, que regulan situaciones que afecten y puedan derivarse de la familia.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará)
- Convención sobre los derechos del niño



CAPÍTULO III

3. El matrimonio

3.1 Antecedentes históricos

Surge el matrimonio civil como consecuencia de la ruptura de la unidad confesional del mundo civilizado al terminar la Edad Media, apoyada posteriormente por corrientes doctrinales que separaban en el matrimonio la idea de **sacramento** de la de **contrato**, y por aspiraciones políticas que se apegaban a la absoluta separación del marco espiritual del temporal. Introducido por primera vez en los Países Bajos después de la dominación española, como remedio impuesto por las sectas protestantes a la obligatoriedad del matrimonio evangélico, pasó después a Inglaterra, y, posteriormente, la tendencia secularizadora de la Revolución francesa lo implantó en dicho país, extendiéndose después a los demás.

Ardua ha sido la polémica suscitada acerca de la necesidad del matrimonio civil. "El primer argumento esgrimido a su favor surge del llamado principio de libertad de conciencia, por el cual el poder civil podría arbitrar un remedio para conseguir que fueran válidas las nupcias de aquellos que no profesaban la religión católica. También se adujo que, siendo factible separar en el matrimonio los conceptos de contrato y de sacramento, el primero ha de quedar sólo regulado por las normas civiles, limitándose la iglesia a ordenar lo relativo a la materia sacramental que, por imperativo de su carácter, a ella corresponde. Finalmente, batallaron en pro del matrimonio civil los teorizantes y partidarios de la absoluta separación de la Iglesia y el Estado, y, puesto que el matrimonio afecta el estado y condición civil de las personas, a aquel sólo toca determinar cuando y en que condiciones los súbditos suyos se encuentran legítimamente casados."¹⁷

¹⁷ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 72.



El hecho de que la familia aporte el marco para la mayor parte de las actividades sociales humanas y que además sea la base de la organización social en la mayoría de las culturas, relaciona a la institución del matrimonio con la economía, el derecho y la religión de un determinado país.

La Reforma, la Revolución Industrial y una creciente ideología individualista han provocado grandes cambios sociales que han hecho variar de modo considerable la institución del matrimonio. El crecimiento de una clase media fuerte y la extensión de la democracia han llevado a una mayor tolerancia hacia la idea del matrimonio basado en la libre elección por ambas partes.

“Los matrimonios de conveniencia, aceptados en todos los países del mundo a lo largo de la historia, prácticamente han desaparecido en las sociedades occidentales modernas, aunque en la aristocracia se mantuvieron hasta mediados del siglo XX. En China, antes de la revolución, se practicaba el matrimonio de conveniencia, donde la novia y el novio se veían por primera vez el día de la boda.”¹⁸

Entre los cambios sociales que han afectado al matrimonio en los tiempos modernos se encuentran el incremento de las relaciones sexuales prematrimoniales y la mayor tolerancia como consecuencia de la desvalorización de los tabúes sexuales, el aumento gradual de la edad media para contraer matrimonio, el creciente número de mujeres que desarrolla una actividad profesional fuera de casa (con el consecuente cambio de estatus económico de la mujer) y la liberalización de la ley del divorcio en algunos países desde 1970, aunque en otros todavía es ilegal. Otros cambios significativos han sido la legalización del aborto, la mayor accesibilidad al control de natalidad, la supresión de obstáculos legales y sociales para los hijos de personas solteras y los cambios en los estereotipos de los roles de la mujer y del hombre en la sociedad.

¹⁸ Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 microsoft corporation.



3.2 Etimología

Es un criterio casi general, hacer deducir la palabra matrimonio y la latina matrimonium, de las voces matris y monium (madre y carga o gravamen), dando a entender que por esta institución se ponen de manifiesto la carga, el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos. Esta etimología quedó fijada por un texto de las decretales y por algún derecho particular. Las primeras, en efecto, decían, con frase feliz, que todo lo referente al matrimonio se proyecta sobre los deberes y las cargas maternas, pues el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso, en el parto, y, después del parto gravoso.

Sin embargo cierto número de pensadores modernos consideran, que esta referencia a la madre como sujeto pasivo o único depositario de los gravámenes y sinsabores de la institución no debe admitirse, pues que, en primer término, la apreciación no es absoluta, ya que el padre sufre también, en otro orden de relaciones, los cuidados de la casa; y, en segundo lugar, no parece correcto buscar una significación etimológica, que hace tan solo referencia a ciertos efectos que se producen en la institución del matrimonio; mas lógico y racional resulta llenar la voz de madre de un más hermoso y sublime significado: maternidad.

También se ha manifestado “El matrimonio hace relación a la maternidad, es decir, a la continuación de la especie humana a través de la generación”.¹⁹

3.3 Definiciones

3.3.1 Definición doctrinaria

Según la ciencia sociológica el matrimonio es considerado como una “institución social, que sancionada públicamente une a un hombre y una mujer bajo diversas

¹⁹ Puig Peña, **Ob.Cit**; pág.31.



formas de mutua dependencia y, por lo general con el fin de crear y mantener una familia”.²⁰

El matrimonio es 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”.²¹ “Es la unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer, para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie”.²²

3.3.2 Definición legal:

El código civil en el artículo 78 define al matrimonio como: “ La 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”.

3.4 Naturaleza jurídica del matrimonio

No existe unidad de criterio entre los tratadistas sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, y entre los principales criterios encontramos los siguientes:

3.4.1. El matrimonio como contrato

Esta teoría ve al matrimonio como contrato, dado que lo forma el consentimiento de los contrayentes, no un contrato corriente sino un contrato de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley.

Respecto a la crítica a la tesis contractual, Puig Peña dice que no se dan propiamente en el matrimonio las características fundamentales de los contratos, el matrimonio genera substancialmente obligaciones morales, no patrimoniales, la entrega recíproca

²⁰ Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 microsoft corporation.

²¹ Puig Peña, *Ob.Cit*; pág.72.

²² *Ibid*, pág.32.



de las personas no puede ser considerado como un contrato, pues el contenido de la relación matrimonial está sustraído a la libre voluntad de los contrayentes, y no cabe destruir el vínculo como acontece en los contratos.

3.4.2 El matrimonio como acto jurídico

Se trata de un criterio esencialmente formalista al considerar al matrimonio como un acto jurídico, debido a que se constituye no solo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el funcionario facultado que lo autoriza.

Este órgano del estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acto respectivo la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

3.4.3 El matrimonio como institución

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

Es institución social porque la formación del país ha establecido el matrimonio como la base principal de la sociedad. La palabra institución se emplea, al matrimonio, respecto de una situación o estado, regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que tienen como finalidad regir la organización social de hombres y mujeres, y por cuya virtud se constituye un hogar, un estado permanente de vida. Generando igualdad de derechos, garantizando el cumplimiento de obligaciones y otorgando seguridad jurídica al vínculo matrimonial.



3.5 Clases de matrimonio

3.5.1 Matrimonio religioso

Es el celebrado ante autoridad, sacerdote eclesiástico o ministro de culto no católico, y sólo a este reconoce efectos, caracterizado por la nota de sacramentalidad y las formalidades de la legislación de la iglesia.

3.5.2 Matrimonio civil

Es el celebrado por la autoridad facultada para ello, es el acto libre y personalísimo que une a un hombre y a una mujer legalmente para la comunidad recíproca de vida y afecto, llevando implícita la protección del Estado para el cumplimiento de los derechos y obligaciones nacidos del mismo

3.5.3. Matrimonio mixto

Es el resultado de la existencia de los matrimonios religioso y civil, a manera que en casos determinados uno u otro surtan plenos efectos. Sin embargo en la mayoría de religiones para el matrimonio religioso debe realizarse previamente el matrimonio civil.

3.6 Requisitos y formalidades del matrimonio civil

3.6.1 Requisitos y formalidades

El Código Civil establece los requisitos y formalidades que deben cumplirse y observarse, para que el matrimonio pueda declararse legalmente válido y con efectos jurídicos. Siendo los siguientes requisitos:

a) Capacidad de los contrayentes:

Los Contrayentes debe contar con aptitud física, intelectual y moral indispensable para alcanzar los fines de unión conyugal:



b) La mayoría de edad:

Los contrayentes, deben comprobar su mayoría de edad, que determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Artículo 81 del Código Civil.

c) Presentación de la constancia de sanidad:

De carácter obligatoria para ambos contrayentes. Artículo 97 del Código Civil.

d) Presentación de documentos de identificación:

Los contrayentes deben presentar la cédula de vecindad y certificación de la partida de nacimiento

e) Requisito para contrayente menor de edad:

Deberá existir autorización de los padres, o si es el caso autorización judicial. Artículo 81 al 84 del Código Civil.

f) Requisito especial para contrayente que fue casado:

Presentará documento legal que acredite la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior. Artículo 95 del Código Civil

g) Requisito especial para contrayente extranjero:

Debe comprobar fehacientemente su identidad y libertad de estado, y previamente a la celebración del matrimonio debe cumplirse con la publicación de edictos. Artículo 96 del Código Civil.

Formalidades:

a) Señalar día y hora para la celebración del matrimonio, después de haberse cerciorado el funcionario de la capacidad de los contrayentes y cumplidos, en su caso, los requisitos exigidos.

b) Elaboración del Acta de Matrimonio con los puntos que establece el artículo 93 y 101 del código civil.



- c) Lectura de los artículos 78, 108 al 112 del código civil
- d) Manifestación de voluntad ante funcionario por parte de los contrayentes, quién la recibirá bajo juramento sobre los puntos contenidos en el artículo 93 del Código Civil.
- e) Constancia del acto, que el funcionario debe entregar a los contrayentes, inmediatamente, según el Artículo 100 del Código Civil.
- f) Aviso al Registro civil que corresponda. (Artículo 102 del Código Civil)

3.6.2 Impedimentos

Considerado lo anteriormente expuesto, existe una diversidad de causas por las que una persona no puede contraer matrimonio legal, dividiendo estos impedimentos así:

3.6.2.1 Impedimentos absolutos:

Constituidos por aquellas prohibiciones cuya violación produce la nulidad del matrimonio, colocando a una persona en la imposibilidad de celebrar matrimonio y de conformidad con el artículo 88 del código Civil que literalmente dice:

Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio:

- 1º.Los parientes consanguíneos en línea recta, y en la colateral, los hermanos y medios hermanos;
- 2º.Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y
- 3º.Las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.



3.6.2.2 Impedimentos relativos:

Estos constituyen las causas que Impiden celebrar el matrimonio con persona determinada y generan la ilicitud del matrimonio, de conformidad con el artículo 89 del código Civil que establece:

No podrá ser autorizado el matrimonio:

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

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

3º. De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de este término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno;

4º. Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela y protutela;

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

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

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



No obstante las prohibiciones ya mencionada fuere celebrado el matrimonio, este será válido, pero tanto el funcionario como las personas culpables de la infracción serán responsables de conformidad con la ley.

3.6.3 Deberes y derechos que nacen del matrimonio

Deberes:

a) 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.

b) Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de estos últimos.

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

d) Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de estos últimos

Derechos:

a) 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 divorcio.

b) La representación conyugal corresponde de 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.



c) 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.

3.6.4 Regímenes económicos del matrimonio

El régimen económico del Matrimonio consisten en el pacto, que acuerdan los contrayentes para establecer la organización patrimonial que rige el matrimonio, dentro de los diversos sistemas legales de cada país. Estos regímenes económicos del matrimonio deben estar contenidos en lo que se denomina “Capitulaciones matrimoniales”.

El convenio hecho antes o en el acto de la celebración del matrimonio, mediante escritura pública o en acta levantada ante el funcionario que haya de autorizar el mismo, es por el cual se establecen las condiciones de la sociedad conyugal; sin perjuicio del derecho irrenunciable que tienen los cónyuges de alterar las capitulaciones matrimoniales y adoptar otro régimen económico, de conformidad con el Artículo 125 de Código Civil.

Las capitulaciones matrimoniales son obligatorias en lo siguientes casos: 1º. Cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a dos mil quetzales; 2º. Si alguno de los contrayentes ejerce profesión, arte u oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de doscientos quetzales al mes; 3º. Si alguno de ellos tuviere en administración bienes de menores o incapacitados que estén bajo su patria potestad, tutela o guarda; y 4º. Si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado, según el Artículo 118 del Código Civil.



3.6.4.1 Sistemas económicos del matrimonio

a) Comunidad absoluta de bienes:

Todos los bienes aportados por los cónyuges en el matrimonio pasan a formar un solo patrimonio. Federico Puig Peña considera que este régimen matrimonial se caracteriza en que todos los bienes que el marido y la mujer aportan al tiempo de contraer matrimonio y los que adquieren con posterioridad, se hacen propiedad de ambos.

El código civil se refiere a este régimen en el artículo 122 que literalmente dice: "En el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridos durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio".

b) Separación absoluta de bienes:

Cada Cónyuge es dueño de sus bienes adquiridos antes y durante el matrimonio, y tiene el derecho de administrarlos a su criterio y voluntad.

El artículo 123 del Código civil lo regula así: "En el régimen de separación absoluta cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos."

Serán también propios de cada uno de los cónyuges los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales o en el ejercicio del comercio o industria.

c) Comunidad de gananciales:

La comunidad relativa de los bienes se caracteriza por "la formación de una masa patrimonial conjunta que coexiste con los peculios privativos de los esposos, y existen



en este sistema tres fondos económicos distintos; el capital del marido, los bienes propios de la mujer y el acervo común de la sociedad.”²³

Mediante el régimen de comunidad de gananciales, el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieren durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros; pero harán suyos por mitad al disolverse el patrimonio conyugal los bienes siguientes:

1º. Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes

2º. Los que compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y

3º. Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.

Régimen subsidiario:

A falta de capitulaciones sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales, de conformidad con lo establecido en el Artículo 126 del Código Civil.

d) Régimen para cónyuges extranjeros:

Si los cónyuges son de una misma nacionalidad, se determina, a falta de capitulaciones, por la ley personal que le es común, en el momento de la celebración del matrimonio; y si fueren de distinta nacionalidad, por la del lugar en que los esposos fijaron el primer domicilio conyugal. El cambio de nacionalidad de los esposos o de uno de ellos, no tendrá influencia sobre el régimen de los bienes.

²³ *Ibid.* Pág. 86.



3.6.5 Formas de contraer matrimonio

3.6.5.1 Matrimonio por poder

La institución del matrimonio puede celebrarse mediante mandato especial otorgado por alguno de los contrayentes, expresando la identificación de la persona con la que debe contraerse matrimonio, declaración jurada sobre el manifiesto de querer contraer matrimonio, datos de identificación personal, ausencia de parentesco entre si que impida el matrimonio, régimen económico que adopten, y manifestación expresa de que no está legalmente unido de hecho con tercera persona. (Artículo 85 del Código civil)

3.6.5.2 Matrimonio celebrado fuera de la república

Toda persona puede contraer matrimonio fuera del territorio nacional, este puede ser celebrado en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, producirá todos sus efectos en la República de Guatemala, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por alguna de las causas que determina este Código. (Artículo 86 del Código Civil)

3.6.5.3 Matrimonio en artículo de muerte

Puede contraerse matrimonio en caso de enfermedad grave de uno o 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 que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos.

El funcionario deberá constituirse en el lugar donde sea requerido por los interesados, por lo que existe libertad en lugar para la celebración del acto jurídico, de conformidad con lo establecido en el Artículo 105 del Código Civil.



3.7 Nulidad y anulabilidad del matrimonio

El matrimonio celebrado legalmente puede ser objeto de anulación, cuando medie solicitud por parte de uno de los cónyuges ante autoridad competente, aunque dicho matrimonio se haya celebrado con la observancia de requisitos y formalidades establecidas en la ley.

La institución del matrimonio se convierte en anulable por las siguientes causas:

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

El error que hace anulable el matrimonio, consiste en 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.

El error solo puede deducirse por el cónyuge engañado dentro de 30 días de haberse dado cuenta del error o del dolo. Artículo 146 del Código Civil.

La anulación por motivo de **coacción** se deriva de la violencia tanto física o emocional que pueda existir al momento de contraer matrimonio, y corresponde demandarla al contrayente agraviado dentro de 60 días contados desde la fecha en que cesó la violencia, amenaza o intimidación. Artículo 147 del Código Civil.



La **impotencia relativa** puede pedirse por cualquiera de los cónyuges; pero si fuera absoluta no podrá ser solicitada la anulación por el impotente. La acción deberá ser ejercida dentro de los seis meses de haberse efectuado el matrimonio. Artículo 148 del Código Civil.

La acción de nulidad por **enfermedad mental** corresponde al cónyuge capaz, por el padre, madre o tutor del incapacitado y por la Procuraduría General de la Nación dentro de los 60 días contados desde que tenga conocimiento del matrimonio (Artículo 150 del Código Civil).

Al ocurrir el inciso 4°. Del artículo 145 del código Civil, la acción de nulidad puede ser deducida por el cónyuge inocente, por los hijos de la víctima o por la procuraduría General de la Nación 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 la Procuraduría General de la Nación, desde que se celebró el nuevo matrimonio (Artículo 149 del Código Civil).



CAPÍTULO IV

4. El divorcio

4.1 Antecedentes históricos

La noción de la repudiación y el divorcio, en sus diversas formas y alternativas, marcha pareja con la noción del matrimonio, y “desde que el nacimiento de esta última institución se produjo, hubo pueblos que atendiendo a los más variados sentimientos y circunstancias toleraron la disolución del vínculo aunque generalmente otorgando función de árbitro al hombre que era quien ejercía indudable hegemonía”.²⁴

El divorcio a través de la historia a sobrellevado diversos cambios, la sociedad le ha dado realce y se ha convertido en una institución de moda, generando así, actualmente la disolución de matrimonios como remedio a los males creados en el entorno de una familia.

Dar a conocer la historia del divorcio resulta un poco extenso, ya que existen diversas culturas, países y religiones que han optado a través de la historia por la ruptura del vínculo del matrimonio, celebrado legalmente, por lo que se ha resumido de la siguiente manera:

4.1.1 Código de manú

Entre las leyes más antiguas cuyo estudio resulta posible realizar, se encuentra el Código de Manú, que preveía la posibilidad de la repudiación de la mujer por parte del marido en diversos plazos, según las circunstancias. Si mediaba esterilidad de la esposa, luego de ocho años de convivencia el marido podía repudiarla y se preveían además otros motivos para hacer procedente la disolución del vínculo por iniciativa del marido como la ingestión de licores por la mujer o la concepción de hijas mujeres solamente.

²⁴ Baqueiro, Rojas, Edgard, **Derecho Civil**, pág. 33.



4.1.2 Griegos

Íntimamente vinculada al culto se encontraba la vida de la familia entre los griegos, que, según lo puso de manifiesto Fustel de Coulanges, era forzoso que los magistrados emplearan todo su celo para evitar la disolución matrimonial, la que sin embargo resultaba posible en caso de esterilidad de la mujer ya que de ese modo al no haber descendencia la continuación del culto resultaba imposible. Y tal vez como una de las primeras reacciones contra la hegemonía de los maridos en las legislaciones antiguas, en Atenas se autorizaba a la mujer que era objeto de malos tratos por parte de su marido, a reclamar la separación.

4.1.3 Persas

En la antigua Persia, se admitía la repudiación por causa de esterilidad si transcurrían nueve años desde la celebración de las nupcias sin que se produjera descendencia.

4.1.4 Hebreos

Es posible afirmar que la repudiación fue reconocida desde muy antiguo por el pueblo hebreo. Según Goldstein-Morduchowicz, citado por Augusto Belluscio en su obra de Derecho de Familia, relata una breve exposición de los antecedentes en cuanto al tema y manifiesta que no debe confundirse la aceptación de esa institución con la del divorcio, el que surgió en una etapa posterior de la civilización hebrea y como un perfeccionamiento y legalización de la repudiación. La carta de repudio que debía escribir el marido, se encontraba sujeta a distintas formalidades según los textos del antiguo testamento. Esas formalidades no eran otra cosa, en sustancia, que dificultades que la ley establecía para impedir la fácil disolución de las nupcias; en especial, porque no era frecuente que la gente supiera escribir, lo que la obligaba a recurrir a los servicios de un rabino, quien tenía así oportunidad de aconsejar al marido sobre la decisión que iba a adoptar.

El libro de Deuteronomio determinaba específicamente que si el marido encontraba en la mujer alguna cosa torpe podía escribirle una carta de repudio, entregársela en su mano y despedirla de su casa, en cuyo caso ésta podía contraer nuevo matrimonio,



pero si luego el segundo esposo fallecía, se vedaba al primero volver a casarse con una repudiada.

Como lo recuerda Pospishil, esos pasajes del Deuteronomio fueron “el reconocimiento de la costumbre generalizada entre todos los pueblos que circundaban en Israel y también entre los mismos israelitas. Esta autoridad otorgada al marido debe ser considerada como disolución extrínseca originada en la autoridad divina, pero ejercida por el marido”.

“Si bien el Deuteronomio y otros documentos bíblicos siempre hablan del derecho a repudiación como un derecho concedido al esposo, cabe tener presente que la mujer tenía una vía indirecta de obtener la disolución del matrimonio, ya sea obligando a su marido a que la repudiara o mediante la inclusión en el contrato matrimonial de la posibilidad del divorcio a petición de la esposa. Con el correr del tiempo y a través del denominado Código de Caro vino a reconocerse expresamente el derecho de la mujer a repudiar a su marido”.²⁵

4.1.5 Babilonios

El Código de Hammurabi exhibía los primeros conatos de individualismo femenino en el seno de la sociedad más individualista conocida en el oriente. Se admitía el repudio, pero el ejercicio de violencia contra la mujer traía como sanción la pena de muerte para el marido.

Además si existía una acusación no probada, y era negada por la mujer, bastaba su negativa bajo juramento para que la disolución de las nupcias no fuera posible.

En Babilonia se avanzó más aún pues además de practicarse el repudio (aunque en singulares limitaciones) también se conoció el divorcio, lo que implicaba una elevación en la consideración social de la mujer.

²⁵ Belluscio, Augusto, **Derecho de familia**, págs. 12 y 13.



4.1.6 Romanos

Augusto Belluscio, en su obra de Derecho de familia, manifiesta que desde la primera época de la civilización romana el divorcio fue admitido, y fue la ley de las XII tablas, la que por primera vez estableció algunas formalidades para la procedencia del divorcio. Si bien éste aparecía admitido por el derecho, era institución poco frecuente por la solidez con que aparecía organizada la familia en Roma. Sin embargo, en los últimos dos siglos de la era precristiana, por influjo de la legislación griega, comenzó a hacerse más frecuente la disolución de las nupcias. El divorcio en tramo final de la República y en los primeros años del Imperio fue un mal que minó la fortaleza de la familia romana llevando a una disipación de las costumbres que ha sido puesta de relieve por los pensadores de la época. Suele citarse en ese sentido opinión de Séneca, para quien en aquella época las mujeres romanas solían contar los años por el número de sus maridos.

Esta situación perduró durante varios siglos, hasta que en el IV de nuestra era se reaccionó contra la libertad de la repudiación, aunque se mantuvo el divorcio por mutuo consentimiento. El repudio hecho por el marido sólo se le consideró válido si había adulterio de la mujer, envenenamiento o lenocinio, y el de la esposa cuando su cónyuge había cometido homicidio, envenenamiento o violación de los sepulcros.

Fue dos siglos más tarde, con Justiniano, que se produjo una suerte de renovación en la legislación referente al divorcio, restringiéndose notablemente el divorcio por mutuo acuerdo y regulándose con gran precisión las causas que hacían viable la solicitud de disolución de las nupcias. Sin embargo, bajo el imperio del sucesor de Justiniano, poco después, se volvió a admitir el divorcio por mutuo consentimiento.

Como se sintetizara de manera acertada por Belluscio, en su obra ya citada, la formulación definitiva del derecho romano, las formas de divorcio eran las siguientes:

a) Divorcio por mutuo acuerdo, por su prohibición sólo rigió desde el año 542 al 566.



- b) Divorcio bona gratia o por causa inculpable, que no comportaba sanciones como era el que se fundaba en la impotencia o en cautiverio del cónyuge.
- c) Divorcio unilateral o repudio incausado, que si bien era válido motivaba sanciones para el repudiante.
- d) Divorcio unilateral o repudio causado.

4.1.7 Germanos

El antiguo derecho germánico reconoció primero el divorcio por contrato y luego el divorcio por declaración unilateral del marido. Éste, que no era otra cosa que el repudio, era lícito en caso de adulterio o esterilidad de la mujer, pero las leyes reconocían eficacia incluso al repudio ilícito.

Con el correr del tiempo, cuando la Iglesia se arroga la jurisdicción matrimonial, comienza a imperar el derecho eclesiástico en materia de divorcio, con la particularidad de que, como la doctrina protestante no admite el carácter sacramental del matrimonio, se aceptaba el divorcio vincular por causa de adulterio o por deserción maliciosa, escapando uno de los cónyuges a la jurisdicción judicial. Más adelante se admitió también el divorcio por obstinada negativa a cumplir el débito conyugal, por insidias y por sevicias.

4.1.8 Derecho canónico

Con la aparición del cristianismo se produjo una influencia notable respecto del derecho matrimonial.

Se ha dicho con razón que el cristianismo ocasionó la desaparición definitiva del concepto repudio, pues las legislaciones actuales, que en su casi totalidad admiten el divorcio vincular, lo hacen sobre bases totalmente distintas y con intervención del órgano jurisdiccional.



No pocas dificultades interpretativas derivaron de la redacción de los evangelios que dos de ellos, el de San Lucas y el de San Marcos, haciendo alusión a las palabras de Jesucristo, permitían inferir sin duda alguna que el divorcio se encontraba proscripto en forma absoluta por la nueva doctrina. En cambio, el Evangelio de San Mateo contenía la expresión, y aún la contiene: “fuera de causa de fornicación” que hacía dudar acerca de si en ese caso, es decir, en caso de adulterio, resultaba o no admisible el divorcio.

En 1563, la Iglesia puso término a ciertas divergencias teológicas nacidas de los aludidos textos y otros pasajes de la Biblia y consagró definitivamente el carácter sacramental e indisoluble del matrimonio.

Es cierto que algunos canonistas han desarrollado sus opiniones que implican una suerte de revisión de la doctrina tradicional de la Iglesia, pero en términos generales puede afirmarse que la indisolubilidad de la nupcias aparece una y otra vez ratificada en diversos documentos vaticanos.

4.1.9 El protestantismo

Contrariamente a las enseñanzas de la Iglesia Católica, la reforma preconizó el carácter no sacramental del matrimonio y aceptó la disolución de la nupcias, admitiéndose en primer término el divorcio por causa de adulterio tal como parece desprenderse del aludido texto de San Mateo y luego se extendió a otras causales.

4.1.10 Francia

Francia se ha constituido en una suerte de arquetipo de lo acontecido en la Europa del siglo XIX en materia de divorcio, así como en otras materias.

Tal como se ha señalado cuando sobrevino la Revolución de 1789, Francia no podía dejar de implantar con cierta celeridad una consecuencia ineludible del auténtico individualismo y fue así como por ley del 20 de septiembre de 1792 se admitió el divorcio por mutuo consentimiento y aun a petición de uno solo de los cónyuges.



Sin embargo, pocos años después, al sancionarse el Código de Napoleón, si bien se mantuvo el divorcio vincular, se lo restringió notablemente en cuanto a sus causas. Luego de la caída de Napoleón Bonaparte, en 1816 se suprimió el divorcio vincular, y tras casi siete décadas de indisolubilidad, se volvió a admitir cuando se sancionó la ley de Naquet, así llamada en homenaje a quien con más insistencia batalló para que el divorcio fuera reimplantado. Desde entonces y hasta el presente, pese a sucesivas reformas que se han producido, el divorcio vincular ha continuado vigente en el derecho francés.

4.1.11 La codificación

Siguiendo los pasos del Código de Napoleón, la mayoría de las legislaciones europeas y americanas fueron incorporando a sus respectivos códigos civiles la posibilidad de disolver las nupcias en vida de los esposos, bien que con muy diverso alcance, según los países e incluso las épocas.

Aunque en general el proceso seguido por las legislaciones es el de pasar del régimen de indisolubilidad al de disolubilidad, lo cierto es que también se ha registrado evoluciones inversas, como por ejemplo lo que ocurrió en la República de Argentina.

4.1.12 En el derecho comparado

Actualmente el derecho comparado exhibe una homogeneidad respecto a la aceptación del divorcio vincular. Sólo puede citarse a las legislaciones de Andorra, Chile, Paraguay, Malta, Irlanda y San Marino, como los que mantienen el régimen de indisolubilidad, que según después, Argentina abandonó primero, transitoriamente en 1954 y ahora lo reimplantó desde 1987 a raíz de la sanción de la ley 23.515.

4.2 Antecedentes del divorcio en la legislación Guatemalteca

La doctrina eclesial influyó en el derecho guatemalteco en sus inicios, prueba de ello es que únicamente se legisló en un principio solo la separación, sin el efecto del rompimiento total de vínculo, luego fue disminuyendo de una forma radical hasta lograr



el divorcio propiamente dicho, regulándose una gran variedad de causales, hasta incluir en la legislación el divorcio por mutuo acuerdo.

4.2.1 El Divorcio en el código civil de 1877

El Código Civil de ese año, marca el inicio de la legislación guatemalteca en materia civil, el referido código regula el divorcio, pero como separación de cuerpos y de bienes en algunos casos, sin disolver el vínculo conyugal. El artículo 165 del Código Civil de 1877, establece “El divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial.”

El divorcio podía ser declarado por la autoridad eclesiástica cuando el matrimonio se había celebrado por la iglesia, o por tribunales civiles cuando el matrimonio se había celebrado ante la autoridad civil.

Dentro de las causas que permitían declarar el divorcio, de la manera anteriormente descrita estaban las siguientes:

- Adulterio de la mujer;
- La sevicia o trato cruel;
- El concubinato escandaloso o incontinencia pública del marido;
- Atentar uno de los cónyuges, contra la vida del otro;
- El odio capital de ellos manifestado por frecuentes riñas graves;
- Negar el marido los alimentos a la mujer;
- Negarse la mujer sin graves y justas causas seguir al marido;
- La ausencia sin justa causa por más de cinco años.

En conclusión en el primer código civil no se reguló el divorcio, sino una separación de personas y de bienes, denominándolo divorcio de una manera errónea, ya que simplemente constituía una modificación al vínculo matrimonial.



4.2.2 El divorcio en el decreto 484 del presidente de la república

El Presidente José María Reina Barrios mediante el decreto 484 regulo que el divorcio podría declararse:

- a) por mutuo acuerdo de los cónyuges, y
- b) por voluntad de uno de ellos por causa determinada.

Con la regulación del divorcio por mutuo acuerdo se da un adelanto importante en cuanto a la materia, debido a que muchos países actualmente rechazan esta forma de divorcio, considerándolo un mal a la familia, regulando únicamente el divorcio por causa determinada y justa que imposibilite la vida en común o la haga peligrosa, la que el órgano jurisdiccional examinara y calificara previamente a su declaración.

Las causas que el Decreto 484 del presidente de la República determinaba para obtener el divorcio eran las siguientes:

- Adulterio de la mujer;
- Concubinato escandaloso del marido;
- Odio de alguno de ellos manifestado por trato cruel o por frecuente riñas graves;
- Atentado premeditado o reiterado de uno de los cónyuges contra la vida del otro;
- Abandono malicioso o ausencia inmotivada por mas de tres años;
- Impotencia superviviente a la celebración del matrimonio, y con las condiciones expresadas en el Decreto 272;
- Insistente e inmotivada resistencia a pagar el debito conyugal.

La causas enumeradas, quedan suprimidas de conformidad con el actual Código Civil, siendo readecuadas y ampliadas a la realidad. El Decreto 484 conocido como la ley del divorcio, se acepta el divorcio vincular por primera vez en Guatemala, el cual podía ser de dos formas: por mutuo acuerdo entre los cónyuges o por voluntad de uno de ellos, al existir una causa determinada y regulando también la separación.



4.2.3 El divorcio en el código civil de 1926

El Código Civil de 1926, fue creado por el Decreto presidencial 921, establecía este código que eran causas determinantes para decretar la separación de los cónyuges, cualquiera de las que motivaban el divorcio, agregando como causales de separación:

- La negativa infundada de uno de los cónyuges a alimentar al otro, o a los hijos comunes, cuando a ello estuviera obligado por la ley;
- La embriaguez habitual;
- La negativa de la mujer sin graves y justas causas a seguir al marido;
- La locura o enfermedad incurable de uno de los cónyuges que se bastante según la ley para declarar la interdicción.

En este código se separaron tanto las causales de divorcio como las de separación, se establecía la facultad para optar por cualquiera de estas medidas, además se establecía que cuando el divorcio o la separación se solicitaban de mutuo acuerdo, era condición esencial que hubiera transcurrido un año, contado a partir de la fecha de la celebración del matrimonio que se pretendía disolver, esta condición se encuentra en vigencia en actual código civil.

El divorcio o la separación por mutuo acuerdo tenía otra limitación, basada exclusivamente en la mayoría de edad de los cónyuges, ya que los menores de edad no podían hacer uso de tal disposición, siendo únicamente los mayores de 21 años, los que tenían tal facultad, en virtud de que en la época en que rigió dicho Código Civil del año 1926 al año 1933, la mayoría de edad se adquiría a los veintiún años de edad.

Las causas de divorcio que regulada en este código eran las siguientes:

- Adulterio de la mujer;
- Concubinato escandaloso del marido; y aun si esta circunstancia se verificase en la morada conyugal;
- La sevicia o trato cruel o las ofensas graves;



- Atentado de uno de los cónyuges contra la vida de otro;
- Abandono voluntario o la ausencia inmotivada por mas de 3 años;
- Tentativa del marido de prostituir a su mujer; y la del marido o la mujer para corromper a los hijos;
- La separación de cuerpos después de un año de haber sido declarada judicialmente.

4.2.4 El divorcio en el código civil de 1933

Este código acepta la separación como forma modificativa del matrimonio y el divorcio como disolución del vinculo conyugal, regula además que el divorcio o la separación pueden solicitarse ya sea por mutuo acuerdo de los cónyuges, o por voluntad de uno de ellos, cuando exista una causa de las enumeradas expresamente en el artículo 124 de dicho cuerpo legal.

En el Código Civil de 1933 es donde por primera vez se unifican las causales que daban origen a la solicitud de divorcio o de separación, pudiendo por las mismas causas solicitarse indistintamente una y otra medida. Aumenta sin embargo el número de causales, pasando de siete a dieciséis, con lo que se da una regulación extensa.

Dentro de las causales de separación o divorcio, contempladas en el Código Civil de 1933 eran las siguientes:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- La sevicia o las ofensas graves;
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida de otro;
- La impotencia absoluta o relativa para cumplir los fines del matrimonio, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y posterior al matrimonio;
- El abandono voluntario o la ausencia motivada por mas de dos años;
- La separación de cuerpos después de haber sido declarada en sentencia firme; o la de hecho durante tres años;



- La incitación al otro cónyuge o a los hijos, a la corrupción o al delito;
- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes los derechos a que esta legalmente obligado; y la disipación de la hacienda domestica;
- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- La enfermedad mental incurable de unos de los cónyuges, que sea bastante para declarar la interdicción;
- Condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, a una pena mayor de cinco años de prisión por delitos comunes;
- El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de su celebración siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- Las ofensas al honor, la dignidad moral o la conducta que haga insoportable la vida en común, todo según la apreciación del juez;
- La enfermedad incurable perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
- El delito contra la naturaleza y todas las formas de perversión o inversión sexual;
- La denuncia o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delitos que merezcan pena mayor de dos años de prisión.

4.2.5 El divorcio en el actual código civil decreto 106

El Código Civil vigente mantiene unificadas las causas de separación y de divorcio, y establece en el artículo 155 lo que literalmente especifica:

Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio:

- 1º. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;



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

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

4º. La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivadas por mas de un año;

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

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

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

8º. La disipación de la hacienda domestica;

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

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

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



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

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

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

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

El Código Civil vigente regula en el Artículo 153: “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio”. Así también en el Artículo 154 establece:

La separación de personas, así como el divorcio podrán declararse:

1°. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y

2°. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada.

La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

4.3 Etimología de la palabra divorcio

Del latín divortium, de divertere, separar, echar a un lado.

En su concepción etimológica, el divortium consistía en la disolución matrimonial que se daba en el Derecho Romano, la cual podía darse: a) por muerte de uno de los cónyuges, b) por incapacidad matrimonial de cualquiera de los cónyuges de poner termino al matrimonio, esta ultima causa podía producirse de dos formas por el divortium o por el repudium; sin embargo existe confusión en estos términos, de conformidad con los diferentes puntos de vista, pues para algunos el repudium



consistía en el deseo de poner fin al matrimonio, y el *divortium* era el efecto producido por dicha expresión, pero para otros autores el *repudium* era la disolución del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges, y el *divortium* lo consideran como la disolución por mutuo acuerdo, tal y como lo consideran la mayoría de autores al referirse al divorcio como una ruptura al vínculo conyugal manifestada por la voluntad individual de las personas.

La distinción entre divorcio y separación radica que en el divorcio se disuelve el vínculo en vida de los esposos, de un matrimonio válido. La separación de cuerpos es el estado de esposos que han sido dispensados por tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común”.

4.4 Definición de divorcio

Respecto a la institución del divorcio, tal y como es conocida por la mayoría de tratadistas, han existido diversas opiniones en cuanto a su definición, por lo que se mencionan las siguientes:

Federico Puig Peña, al referirse al divorcio lo define así: “El divorcio es aquella institución por cuya virtud se rompe o se disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas, o contra las cuales no se ha promovido impugnación alguna, dejando a los esposos en libertad para contraer nuevo consorcio”.²⁶

Manuel Ossorio, define el divorcio como: “La acción y efecto de divorciar y divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio;

²⁶ Puig Peña, *Ob. Cít*; pág. 505



separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio) o manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho.²⁷

Guillermo Cabanellas, considera que el divorcio es: “La ruptura de un matrimonio valido. Se distinguen tres especies de el, que son: el de separación de cuerpos y bienes, el vincular y la separación del lecho y techo”.²⁸

La disolución del vínculo supone que el acto constitutivo del matrimonio operó de acuerdo con los presupuestos de validez y existencia que exige la ley. Es por eso que la invalidez del acto que implica la nulidad del matrimonio, no constituye supuesto de disolución. La legislación guatemalteca no define el divorcio de manera extensa, simplemente establece que es la forma como se disuelve el matrimonio, sin embargo existen efectos derivados del mismo, que generan lo que ya se indico en otras definiciones como lo es: cuales son las causas determinantes para solicitarlo, la libertad de cada cónyuge en contraer nuevas nupcias, el órgano jurisdiccional que puede declararlo, los puntos que deben quedar claros, en cuanto a las obligaciones de cada uno de los cónyuges, para con los hijos procreados dentro del matrimonio, y los vínculos que desaparecen etc.

4.5 Causas para obtener el divorcio

El artículo 155 del Código Civil regula las causas comunes para obtener la separación o el divorcio. A continuación presentamos las consideraciones analíticas correspondientes a cada una de las que se mencionan.

1º. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges

Esta causa puede ser presentada por cualquiera de los cónyuges, ya que tomando en cuenta el termino de infidelidad en su sentido mas amplio, se presume que abarca hasta las intimidades más o menos honestas que uno de los cónyuges mantenga con tercera persona, sin llegar a la consumación del acto sexual.

²⁷ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas. Políticas y sociales**, pág.260.

²⁸ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 731.



La infidelidad conyugal, constituye la destrucción moral y psicológica de la pareja, la confianza y el respeto se lesionan y así la estabilidad familiar.

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

Comprende cuatro formas de causa, que pueden alegarse individualmente. La mujer que sin oponer resistencia se ve constantemente maltratada por parte de su cónyuge, no podrá alegar injurias graves, sino la causa de malos tratamientos de obra.

La iniciación del juicio de divorcio por esta causa debe presentarse las constancias necesarias que prueben la insoportable vida conyugal.

Actualmente existen normas legales que tienen por objeto regular la violencia física y moral de la familia, por lo que al invocar esta causal para el divorcio, no impide a la víctima acudir al órgano jurisdiccional competente a iniciar un proceso legal respectivo.

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

Esta causa puede derivarse de los actos señalados en el inciso anterior, esta causa supone la existencia de la intención de atentar contra la vida del otro cónyuge o de los hijos, y para esto deben darse los presupuestos necesarios para la calificación de Tentativa de delito tal y como lo establece el código penal guatemalteco.

4º. La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivadas por más de un año

En primer lugar la ausencia debe ser inmotivada, y en segundo lugar, que dure por más de un año. Nuestra legislación en el artículo 156 del código civil, contiene la presunción legal del abandono o de la ausencia cuando establece: "Se presume voluntario el abandono o inmotivada la ausencia a que se refiere el inciso 4º del artículo anterior; pero contra tales presunciones se admite prueba en contrario. La



acción respectiva debe promoverse durante la ausencia o abandono del demandado.

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

Esta causa tuvo diferentes críticas, debido a que muchos cónyuges podían invocar esta causa aunque ya hayan tenido conocimiento de un embarazo, sin embargo actualmente la legislación prevé circunstancias que se pueden dar entorno a esta causal, y más aún, tomando en cuenta la paternidad, que actualmente de forma fácil puede establecerse.

6°. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos

Indudablemente que la inclusión de esta causa de divorcio, tiene como fin primordial el interés en la defensa de los elementos de la familia, ya que pueden verse en riesgo para cometer actos deshonestos o delictuosos. La corrupción de los hijos menores, inducida por el padre, con manifiesta voluntad de los hijos, produce la causa de divorcio. Se entiende que la incitación a la mujer a la prostitución, debe ser por parte de ésta repelida, para que se pueda solicitar el divorcio por esta causa.

7°. La negativa infundada en uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que esta legalmente obligado

El sentido de la responsabilidad es un valor y la obligación de prestar alimentos una obligación, la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro y con los hijos comunes los deberes conyugales y filiales, constituye causa de divorcio, pero tales deberes se circunscriben a los deberes de asistencia y alimentación que nacen del matrimonio, entre cónyuges y entre éstos y sus hijos comunes, es decir esta causa no puede invocarse en el caso de que alguno de los cónyuges se niegue a cumplir estos deberes con el hijo del otro cónyuge con persona distinta. La negativa al cumplimiento de lo deberes en cuanto alimentos, la ley especifica el proceso legal



establecido para obligar a su cumplimiento de manera coercitiva, por ser normas de interés público.

8°. La disipación de la hacienda domestica

Considerando que “hacienda domestica” comprende todos los bienes que los cónyuges destinan al sostenimiento de los gastos del hogar. Si uno de los cónyuges en determinadas circunstancias gasta inmotivada o injustificadamente el patrimonio conyugal en perjuicio de la economía familiar, se puede solicitar el divorcio invocando esta causa , para evitar la quiebra del hogar conyugal, ya que ningún cónyuge tiene el derecho de apropiarse como suyos los bienes obtenidos para la familia y hacer un mal uso de ellos.

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

La embriaguez y el uso constante de estupefacientes constituyen por sí solos un peligro para la vida y la salud de los hijos y de cónyuges, y los hábitos de juego, atentan, indiscutiblemente a la estabilidad económica familiar.

Cualquier tipo de adicción no manifiestan seguridad entre cónyuges, ni la paz en el grupo familiar.

10°. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro

Siendo la calumnia de conformidad con el código penal guatemalteco “la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio”, El requisito principal para invocar esta causa, consiste en la presentación de denuncia por calumnia ante autoridad competente en contra del otro cónyuge, y que tal imputación resulte falsa.



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

Esta causa se deriva que de conformidad con la sentencia mayor de cinco años no puede cumplirse los fines del matrimonio, por lo que se requiere; 1°. Una sentencia firme en proceso penal; 2°. Que en la sentencia se imponga al cónyuge pena mayor de de cinco años de prisión; y 3°. Que el delito cometido por el cónyuge, sea por cualquier delito común y no político conexo.

La libertad de las personas y su manifestación de voluntad, consiste en su decisión de continuar o no con alguna persona que fue condenada por la comisión de cualquier delito.

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

En la actualidad existen enfermedades perjudiciales que exponen a los cónyuges y a su descendencia a una situación precaria y a veces de manera permanente, como lo es la epilepsia, la tuberculosis, sida, etc.. Para probar esta causa es necesario un dictamen por parte de un medico facultativo, ya que esta causa tiene su fundamento en la protección de la salud de la familia.

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

Doctrinariamente la impotencia absoluta se refiere a la imposibilidad de realizar el acto sexual, y la relativa a la imposibilidad de la procreación, o sea la esterilidad. (Impotencia Coeundi e Impotencia generando). La impotencia como causa de divorcio, tiene que ser incurable y posterior al matrimonio, si es anterior a la celebración del matrimonio es susceptible de nulidad.



14°. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción

Para que el cónyuge demande el divorcio aduciendo esta causa, no es requisito indispensable que se haya dictado un sentencia declarando estado de interdicción del otro cónyuge, es suficiente para ello, que la enfermedad mental sea incurable y notoria.

15°. La separación de Personas declarada en sentencia firme

El código civil vigente reconoce la separación y la disolución del vínculo (divorcio), considerando a la primera como causa suficiente para solicitar el segundo, siempre y cuando la separación haya sido declarada en sentencia firme.

4.6 Clases de disolución matrimonial

4.6.1 Divorcio planteado por uno de los cónyuges

Este juicio de disolución matrimonial inicia cuando uno de los cónyuges por voluntad unilateral lo solicita ante un órgano jurisdiccional competente, alegando una de las causales que están expresamente establecidas en la ley y son imputables al otro cónyuge, la cual es sometida a comprobación, concluyendo con una sentencia que determina la disolución del vinculo matrimonial.

La limitación consiste en que solo el cónyuge inocente puede demandar el divorcio o la separación por causa determinada, dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su conocimiento los hechos en se funde su demanda. Evitando con ello que pueda solicitarse el divorcio por una causa provocada deliberadamente por uno de los cónyuges y fijando un plazo para que después de dicho periodo se considere consentida la causal.

Sin embargo el juicio de divorcio por causa determinada, requiere las pruebas pertinentes que darán respaldo a los señalamiento de la parte demandante, ya que de conformidad con el artículo 158 del código civil, no puede declararse el divorcio o la



separación con el simple allanamiento de la parte demandada, así mismo no es suficiente prueba para declarar el divorcio o la separación, la confesión de la parte demandada sobre la causa que lo motiva. El divorcio por causa determinada se tramita en la vía ordinaria, por no tener señalado en la ley una tramitación especial, tema que se ampliará posteriormente.

Algunos autores denominan a este tipo de divorcio como “necesario” y otros manifiestan: “El divorcio por causa determinada es el típico divorcio absoluto o vincular, no en lo que se refiere a sus efectos, idénticos a los del divorcio voluntario o por mutuo acuerdo, sino en cuanto a constituye precisamente la forma admitida por las legislaciones que no aceptan el divorcio por mutuo consentimiento. La disolución del vínculo matrimonial no queda al acuerdo de los cónyuges; es necesario que uno de estos invoque alguna o algunas de las causas que la ley ha fijado previamente como únicas razones para demandar la disolución del matrimonio”.²⁹

En conclusión el juicio de divorcio planteado por uno de los cónyuges se deriva de la insoportable vida conyugal, y de todos aquellos problemas que se suscitan en la intimidad de un hogar, siendo el divorcio un remedio para una vida llena de frustraciones, maltratos, o cualquier otra situación que lesione la integridad física de los integrantes del grupo familiar.

4.6.2 Divorcio por mutuo acuerdo

Es el juicio planteado por acuerdo unánime de ambos cónyuges, ante el órgano jurisdiccional competente, pretendiendo una sentencia que legalmente declare la ruptura total del vínculo matrimonial.

El acuerdo entre partes supone la ausencia de litigio, por lo que todos los puntos que deben tomarse en cuenta en un divorcio, son sobrellevados de una mejor manera, por la existencia de un consentimiento previo entre cónyuges.

²⁹ Brañas, **Ob. Cit**; pág. 179



La limitante en este juicio de divorcio es el periodo de tiempo que debe transcurrir para poder solicitar el divorcio por mutuo acuerdo, y de conformidad con el artículo 154 del código civil se establece, que puede solicitarse después de transcurrido un año, contado desde el día de la celebración del matrimonio.

El actual código civil regula requisitos que deben observarse y cumplirse por parte de los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo acuerdo, al respecto se refiere el artículo 163 de dicho cuerpo legal que establece: “ Si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes: 1º. A quien quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio; 2º. Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos; 3º. Que pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y 4º. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.”

Los puntos a que se refiere el artículo anterior, deben incluirse en la demanda inicial del juicio de divorcio por mutuo acuerdo, el convenio tiene como finalidad asegurar el bienestar de los hijos procreados durante el matrimonio, y el mismo debe ser consentido voluntariamente por los cónyuges antes de presentar su escrito inicial ante el órgano jurisdiccional.

En conclusión el juicio de divorcio voluntario por mutuo acuerdo, es un juicio sencillo y rápido, sin embargo, existe un gran porcentaje de divorcios donde los cónyuges no logran un acuerdo, lo que da como resultado juicios ordinarios largos y con sentencias desfavorables.

Cuando existe un acuerdo previo y la manifestación de voluntad de no seguir unido a un vínculo que por conveniencia individual no resulta procedente, lo viable es un divorcio sin litis y un acuerdo que garantice el cumplimiento de todas las obligaciones,



dejando por un lado la limitante del tiempo que es un año, que lejos de evitar divorcios masivos, o proteger al matrimonio, genera descomposición familiar.

4.7 Tramite de divorcio

4.7.1 Juicio ordinario

El juicio ordinario como proceso de conocimiento, ventilará las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en el Código Procesal Civil y Mercantil, siendo el proceso adecuado para el divorcio planteado por alguno de los cónyuges mediante causa determinada.

Este juicio se divide en diversas etapas que pueden resumirse de la siguiente manera:

1º. Demanda inicial

En ésta se fijarán con claridad y precisión los hechos, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos y la petición. Se debe acompañar los documentos en que se funde su derecho.

La demanda debe cumplir con todos los requisitos que debe contener un escrito inicial que se dirige a los tribunales de justicia de conformidad con lo que establece el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2º. Emplazamiento y actitud del demandado

Es el tiempo que el juez concede al demandado o demandada para que se pronuncie en cuanto a la demanda, siendo una audiencia de nueve días. En este periodo la parte demandada pueden contestar la demanda en sentido negativo interponiendo excepciones perentorias, en sentido afirmativo, allanarse e interponer excepciones previas dentro de los seis días de emplazado o reconvenir en su caso. El juez resolverá en un solo auto todas las excepciones previas.



3º. Periodo de prueba

Si hubiera hechos controvertidos se abrirá a prueba el proceso por el término de 30 días. Término que se podrá ampliar por 10 días más, cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse las pruebas pedidas a tiempo. (Artículo 123 del Código Civil).

Periodo de Prueba extraordinario: Cuando en la demanda o en la contestación se hubiere ofrecido pruebas que deban recibirse fuera de la República y procedieran legalmente, se fijará un termino improrrogable suficiente que no podrá exceder de 120 días. (Artículo 124 del Código civil).

4º. Vista

Ésta se llevará acabo concluido el termino de la prueba. El juez, de oficio, señalará día y hora para la vista dentro del termino de 15 días señalado en la Ley del Organismo Judicial, oportunidad en la que podrán alegar de palabra o por escrito los abogados de la partes y éstas si así lo quisieren.

La vista será pública, si así lo solicitare. (Artículo 196 del Código Civil)

5º. Auto para mejor fallar

Es el tiempo señalado por jueces y tribunales, considerado necesario para aclarar cuestiones importantes dentro del proceso, y se realizará antes de pronunciar el fallo, y lo podrán dictar para mejor proveer:

- a) Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
- b) Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que consideren necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.
- c) Traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso



Estas diligencias se practicarán en un plazo no mayor de 15 días. (Artículo 197 del Código Civil)

6°. Sentencia

Efectuada la vista, o vencido el plazo del auto para mejor fallar, se dictará sentencia conforme a lo establecido en la Ley constitutiva del Organismo Judicial, siendo el termino de 15 días. (Artículo 198 del Código Civil).

4.7.2 Juicio voluntario de divorcio

El divorcio o la separación por mutuo consentimiento podrán solicitarse ante el juez competente, siempre que hubiere transcurrido más de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Señalando sus etapas de la siguiente forma:

1°. Escrito inicial

Con la solicitud deberá presentarse los siguientes documentos: a) Certificaciones de la partida de matrimonio, de las partidas de nacimiento de los hijos procreados por ambos y de las partidas de defunción de los hijos que hubieren fallecido; b) Las capitulaciones matrimoniales, si se hubiesen celebrado; c) Relación de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Al darle tramite, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos, y cual será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso.

También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer.

2°. Junta conciliatoria

El juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días.



Las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas por diferente abogado, ratificarán la solicitud ante el juez, el juez hará las reflexiones convenientes, a fin de que continúen la vida conyugal.

3º. Aprobación del convenio

Si no hubiere conciliación, el juez aprobará el convenio presentado en la demanda inicial si estuviere arreglado a la ley y las garantías propuestas fueran suficientes, esto de conformidad con el artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil.

4º. Sentencia

El juez dictará sentencia dentro de 8 días, la que resolverá sobre todos los puntos del convenio. Esta resolución es apelable de conformidad con lo establecido en el artículo 431 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Si el juicio se deriva solo por la separación, transcurridos 6 meses de haber causado ejecutoria la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede solicitar que se convierta en divorcio.

La sentencia de divorcio, separación y la reconciliación posterior a ella, serán inscritas de oficio en el Registro Civil del Registro Nacional de Personas y en el de la Propiedad, para lo cual el juez remitirá, dentro del tercero día, certificación de la resolución respectiva.

4.8 Tribunales competentes

El juicio de divorcio corresponde tramitarlo en los tribunales de familia, tal como lo establece la Ley de Tribunales de Familia, Decreto ley número 206.



El Artículo 9º del Decreto 206, establece: Los juicios relativos a reconocimiento de preñez y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad del matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, se sujetarán a los procedimientos que les correspondan según el Código Procesal Civil y Mercantil.

El Artículo 16 del Decreto 206, en los asuntos relacionados con la familia, que se enumeran en el Artículo 2º, de este decreto y que deban conocerse en la vía voluntaria, los tribunales de familia aplicarán los procedimientos establecidos en los Capítulos I y II del Título I del Libro IV del Código Procesal Civil y Mercantil, pero con las características procesales prescritas en este Decreto, en lo que fueren aplicables.

Toda oposición que no tratase de los asuntos a que se refiere el Artículo 9º se resolverá dentro del mismo proceso.

4.8.1 Jurisdicción de tribunales de familia

Corresponde a la jurisdicción de los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

4.8.2 Organización de tribunales de familia

Los tribunales de familia se organizan así: 1º Juzgados de Familia: Que son los juzgados que conocen de los asuntos en primera instancia; 2º Salas de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia.

4.9 Nulidad, anulación y divorcio en el derecho canónico:

La doctrina canónica no hace diferencia entre matrimonio inexistentes y simplemente anulables. No existe para ella más que dos especies de matrimonios: los válidos y los



nulos, si bien la nulidad del Derecho Canónico es una nulidad singular y especial, caracterizada por orientarse sobre todo a la anulabilidad.

4.9.1 Causas de nulidad del matrimonio canónico

Puig Peña, en su obra Compendio de Derecho civil, resume los aspectos y temas importantes en cuanto al derecho canónico, y manifiesta que la iglesia en su deseo de mantener el matrimonio, impone la necesidad de las exhortaciones o previa invitación, que en todo caso debe hacer el juez de oficio a los cónyuges antes de tramitar una causa de nulidad para que se reconcilien y convaliden el matrimonio que acusan de nulo, supliendo el consentimiento, pidiendo la dispensa del impedimento indispensable o celebrándolo en debida forma, según proceda.

Resultando estériles esta advertencia o exhortaciones, procederá que se instruya el oportuno proceso para llegar a la nulidad, que puede basarse en la concurrencia de un impedimento dirimente, en la falta de formalidades esenciales o un vicio del consentimiento. Siendo las formalidades a cumplir: a) Que se contraiga ante el párroco u ordinario del lugar o un sacerdote delegado, y al menos ante dos testigos; b) Que el párroco o el ordinario hayan tomado posesión canónica del beneficio u oficio; c) Que asistan dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, y d) Que aquéllos que requieran y reciban el consentimiento de los contrayentes, sin ser coaccionados por fuerza o miedo grave.

En orden a este consentimiento, se requiere también que los contrayentes lo expresen estando presentes y utilizando las palabras.

4.9.2 Ejercicio de la acción de nulidad en el derecho canónico

Pueden ejercitar la acción ambos cónyuges, uno de ellos, siempre que no sea culpable de nulidad, y el promotor de justicia, cuando se trate de los impedimentos que por su naturaleza son públicos, como lo es: la falta de aptitud natural o legal por parentesco de consanguinidad, afinidad, espiritual y legal, por incompatibilidad de estado y disparidad de cultos. La derivada de los otros impedimentos como el defecto o vicio del consentimiento, impotencia o crimen.



Esta acción solo puede ser ejercitada por los cónyuges o por el inocente en su caso. El ejercicio de la acción de nulidad, es imprescriptible, como principio general, según el canon 1.701

4.9.3 Tribunal competente para ejercer la acción de nulidad en el derecho canónico

El conocimiento del juicio sobre nulidad y divorcio del matrimonio canónico y la declaración de ambos estados corresponde a los tribunales eclesiásticos, siguiéndose al efecto el llamado procedimiento canónico ordinario, que presenta notables analogías con un juicio ordinario común.

4.9.4 Procedimiento de nulidad en el derecho canónico

Existe un procedimiento sumario gubernativo de nulidad, cuando por un documento cierto y autentico, constare la existencia de cualquier impedimento público y a la vez conste, con igual certidumbre, que no se ha dado dispensa sobre tal impedimento. En el proceso sumario se prescinde de toda solemnidad procesal, el juez cita y oye a las partes y, con intervención del defensor del vínculo y del promotor de justicia, declara la nulidad del matrimonio.

Esta declaración de nulidad goza del mismo valor y tiene canónicamente la misma eficacia que si fuera pronunciada en procedimiento contencioso.

La particularidad es que las sentencia dictadas en causas de nulidad no adquieren nunca, en absoluto, la autoridad de cosa juzgada. Ahora bien, existiendo dos sentencia declaratorias conformes, solamente se autoriza un nuevo procedimiento si se aducen nuevos y graves motivos o documentos. (cánones 1.903 y 1.989).

Notificada a las partes la sentencia declaratoria de la nulidad y transcurridos diez días sin apelación por defensor del vínculo, el presidente del tribunal la notifica al ordinario del lugar en que se celebró el matrimonio y se anota en los libros parroquiales. Firme la sentencia y ejecutoria, se produce el efecto cardinal de la total disolución del vinculo,



pudiendo los cónyuges casarse nuevamente. Los demás efectos civiles solo pueden obtenerse en los tribunales ordinarios derivados de la nulidad del matrimonio civil.

4.9.5 Causas de divorcio en el derecho canónico

En la legislación de la iglesia prevalece la tesis de la escuela de Bolonia, que distinguía entre el matrimonio rato no consumado y el rato y consumado. En el matrimonio rato no consumado por cópula carnalis se puede llegar a la disolución del vínculo. En los siguientes casos: 1º Por la solemne profesión religiosa de uno de los cónyuges en una orden aprobada por el Pontífice, y 2º Por dispensa pontificia concedida por justa causa a petición de ambas partes o de una sola de ellas, aunque la otra disienta. (canon 1.119)

El matrimonio consumado por cópula carnalis (matrimonium ratum et consummatum) es el vínculo indisoluble que no puede deshacerse por ninguna potestad humana, ni por ninguna causa, si no es por la muerte.

Únicamente cuando se trata del matrimonio consumado entre infieles (matrimonio ilegítimo), puede disolverse a favor de la fe por el privilegio Paulino, llamado así porque fue enunciado por San Pablo en su epístola a los Corintios que dice: "Si algún hermano, decía San Pablo, tiene por mujer a una infiel, y ésta consiente en habitar con él, no la repudie, pero si la infiel se separa, sepárese en hora buena, porque en tal caso ni nuestro hermano ni nuestra hermana deben sujetarse a servidumbre, puesto que Dios nos ha llamado a un estado de paz y tranquilidad."

Conforme al mismo, si uno de los cónyuges no bautizado se convierte a la fe mediante la recepción del bautismo, y el otro queda en la infidelidad y si, hechas las debidas interpelaciones no quiere convertirse ni cohabitar pacíficamente, sin injuria de Dios y sin desprecio de la religión cristiana con el convertido, o se empeña en pervertirlo, entonces aquel puede pasar a otras nupcias con una persona bautizada, y por el hecho mismo de contraer matrimonio, no antes, queda disuelto el anterior matrimonio. (canon 1.120 y 1.124)



Fuera de este caso, la Iglesia no admite la disolución del vínculo, conocido como divorcio pleno, en ningún caso o circunstancia. Únicamente autoriza la separatio forum, mensae et habitationis, bien perpetua (separatio perpetua) o temporal (separatio temporalis) . Puede existir la primera con efectos jurídicos si es pronunciada por los tribunales, en el caso de adulterio de uno de los cónyuges, ya que esta gravísima infracción desgarrar, aunque no rompe, el vínculo contraído, pero el adulterio es necesario que sea cierto y no haya sido consentido, causado ni condonado, expresa o tácitamente por el otro cónyuge, ni correspondido con igual falta por éste. (cánones 1.129 y 1.130)

La separación temporal, por tiempo determinado o indeterminado, se podrá obtener cuando ocurra alguna de las causas siguientes:

- a) La afiliación de uno de los cónyuges a una secta acatólica,
- b) la educación acatólica de la prole,
- c) la vida criminal e infamante,
- d) peligro grave espiritual o corporal,
- e) servicios que hagan la vida común sumamente difícil
- f) y cualquier otra causa análoga a las anteriores, como el incumplimiento de los deberes en orden al sustento de la familia o el mutuo acuerdo de los esposos con motivo de recibir el marido las órdenes sagradas o abrazar ambos cónyuges, o uno de ellos el estado religioso.

Las causas aludidas solo pueden causar el divorcio imperfecto o separación a través de la autoridad del ordinario, a no ser que conste con certeza la causa, y, además haya peligro en la demora, en cuyo caso puede provocarse el divorcio por la simple autoridad propia.

El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonio canónicos, sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y



aplicación del privilegio Paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico.

4.10 Efectos jurídicos del divorcio

a) La disolución del vínculo matrimonial

Si el matrimonio crea el nexo jurídico que une a un hombre y a una mujer, con el ánimo de permanecer juntos toda la vida y con los fines expuestos anteriormente; mediante la institución del divorcio, dicho nexo se disuelve, y como consecuencia se restituye a los cónyuges el estado civil de solteros, quedando éstos en libertad para contraer nuevo matrimonio con las limitaciones que la ley establece.

b) La prohibición a la mujer de usar el apellido de su ex cónyuge

Durante el matrimonio la mujer adquiere el derecho de agregar a su propio apellido el de su marido, y el de conservarlo durante la vigencia del mismo, por virtud de la extinción del vínculo matrimonial pierde este derecho, por ser un atributo de la personalidad del hombre.

c) La prestación de alimentos al cónyuge inculpable

La inculpabilidad de uno de los cónyuges por las causas que originaron el divorcio, le otorga el derecho a recibir beneficio de la prestación de alimentos, y es el juez, el encargado de fijar dicho monto, de acuerdo a las posibilidades económicas de quién deba prestarla y las necesidades de quien ha de recibirla. Si es la mujer la que debe recibir la pensión alimenticia, tendrá el derecho siempre que observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio.

Como excepción el marido inculpable tendrá derecho a la pensión alimenticia, solamente cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y no pueda obtener medios que le proporcionen subsistencia y no contraiga nuevo matrimonio.



Si durante el matrimonio se hubieren procreado hijos, es imperativo que al declararse el divorcio queden garantizados los alimentos y educación de éstos.

d) Pérdida de la patria potestad de los hijos menores de edad

Este efecto se producirá cuando la causa invocada en el divorcio la lleve consigo, y sea solicitada por parte interesada.

e) Liquidación del patrimonio conyugal

Como consecuencia del divorcio se procede a la liquidación del patrimonio conyugal, tomándose para el efecto, el régimen económico que los cónyuges hayan adoptado.



CAPÍTULO V

5. La autonomía de la voluntad

5.1 Definición

Antes de entrar a una definición de autonomía de la voluntad, es necesario hacer un estudio preliminar de los elementos esenciales de nuestra institución, de donde, se deriva que "autonomía quiere decir: "Autolegislación", reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia".³⁰ Y es la que realiza la persona en cierto momento, para crear normas de aplicación a determinadas relaciones, las que tienen un amplio poder de actuación que es reconocido por el derecho, dicho reconocimiento es consecuencia de la acción humana en la ejecución de actos con efectos jurídicos.

La autonomía de la voluntad es el libre albedrío que poseen las personas para crear a su arbitrio las obligaciones que libremente ellos decidan, es aquella facultad soberana de que gozan los individuos para regular sus derechos mediante un acuerdo de voluntades entre partes, convirtiéndose en fuerza de ley.

La definición de autonomía de la voluntad engloba ampliamente el significado de este principio, sin embargo, aunque este termino se hizo presente a través de la historia en el Derecho de Obligaciones, imperando con mucha fuerza en la contratación civil y mercantil, con la diferencia de los formalismos de cada rama; aun así la autonomía de la voluntad gana fuerza fuera de los campos de la contratación, convirtiéndose en un derecho inherente al ser humano con el solo hecho de poseer capacidad.

Para poder llegar a una concepción jurídica de la Autonomía de la voluntad, tenemos como elementos bases el de soberanía y el de libertad, como poder del que están investidas las personas para asumir cierta conducta o realizar actos no regulados jurídicamente y no sean contrarios a la ley. Como principio jurídico, es por el cual los

³⁰ García, Maynez, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 22



sujetos de derecho privado, pueden efectuar todo aquello que la ley no restringe con la sola limitación del orden público y las buenas costumbres.

Siendo la autonomía esa facultad humana, de que la persona tienen libertad, para poder delimitar su actuación en los diferentes campos del derecho privado, creando así relaciones que para ellos tengan el efecto como si se tratara de la propia ley, siempre y cuando no contraríen normas que lesionen derechos preestablecidos, como normas de derecho público.

Para la existencia plena de esa voluntad y amparado por el derecho es necesario, que se derive del sujeto como ente libre, capaz de adquirir derechos y obligaciones, ya que todo individuo por su propia naturaleza o condición de persona esta protegido por el derecho. Entendiéndose la voluntad humana como la soberanía ya mencionada.

En conclusión autonomía de la voluntad, es la facultad que tiene todo sujeto de derecho, para determinarse libremente con sus semejantes y convivir en sociedad, para crear, modificar o extinguir relaciones con efectos jurídicos.

El tratadista español doctor Luís Martín Ballesteros, nos da una acertada explicación sobre la autonomía de la voluntad, al decir que nace al mundo exterior la declaración de voluntad cuando el acto reúne los requisitos esenciales para que se produzcan los efectos jurídicos deseados. De manera que esa voluntad tiene que ir revestida de ciertos requisitos y sin vicios, debiendo la persona ser capaz de poderse obligar creando así en términos generales lo que se conocen como obligaciones válidas.

5.2 El consentimiento

En términos generales el consentimiento es considerado como la acción y efecto de consentir; del latín consentiré, de cum, con, y sentiré, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.



En la presente investigación el consentimiento es el elemento esencial en el matrimonio, y de igual manera, en el divorcio, por lo que se citarán algunos conceptos conceptuales que amplíen el significado del consentimiento.

a) Consentimiento matrimonial:

Belluscio dice: "... la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro con sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal."³¹

b) Consentimiento matrimonial en el código de derecho canónico:

En el canon 1057 segundo párrafo se establece: como "el acto de voluntad mediante el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio".³²

c) Consentimiento para contraer matrimonio:

"Puede referirse en un primer termino a la autorización que los padres o representantes legales deben otorgar para que puedan casarse los menores de edad; y en segundo termino se está ante el "Consensus matrimonialis" (v) en lo canónico o el intercambio de la aceptación mutua como marido y mujer ante el funcionario público que autoriza el matrimonio civil".³³

El consentimiento como base principal debe estar presente en cualquier modalidad, "para que la celebración del matrimonio pueda considerarse como legal, inclusive en el matrimonio por poder, uno o ambos contrayentes no comparecen personalmente ante la autoridad que celebra el matrimonio, sino que son reemplazados por una o más personas a quienes previamente se les ha otorgado la potestad de representar al ausente y prestar el consentimiento necesario para el acto".³⁴

³¹ Belluscio, **Ob. Cit**; pág. 50.

³² **Ibid**, pág. 10.

³³ Cabanellas, **Ob. Cit**; págs. 308 y 309.

³⁴ Belluscio, **Ob. Cit**; pág. 10



5.2.1 Consentimiento libre

El consentimiento no puede estar sujeto a condición alguna, siendo así, se estaría frente a un consentimiento viciado, que carece de plena libertad. Las personas civilmente capaces deben tener la certeza que al otorgar consentimiento, su voluntad esta siendo exteriorizada sin ninguna limitante, de manera espontánea, libre de cualquier coacción o influencia interna o externa, de engaño, condición o simulación.

En el presente trabajo al referirnos a la institución del matrimonio o del divorcio, resulta importantísimo mencionar lo comentado por Fornés sobre el canon 1057, en síntesis expresa que el consentimiento es el elemento más decisivo del pacto conyugal y aquel que contiene su eficacia causal propiamente dicha. Por contener el matrimonio y el divorcio derechos personalísimos, que afectan a la disponibilidad sobre el propio cuerpo, el consentimiento no puede ser suplido de ninguna manera por el ordenamiento jurídico, ni por los padres de los contrayentes, ni por ninguna otra potestad humana.

Si el consentimiento es sometido a alguna modalidad o condición, se esta viciando el otorgamiento del mismo, conllevando así a poder plantear la nulidad del acto con posterioridad.

La manifestación del consentimiento libre, otorga valides jurídica a cualquier acto que se ha celebrado con ese fin.

5.2.2 Elementos del consentimiento

a) Discernimiento:

Es la capacidad física y mental que tiene toda persona de entender, y diferenciar las cosas y sus decisiones, comprender lo bueno y lo malo de su actuar, así como las consecuencias que de ello pueda derivarse.



b) intención:

La expresión de voluntad debe ser originaria, y que lleve implícito el querer realizar el acto, el deseo de realizar el fin, para así poder responder con armonía en cuanto a las obligaciones que puedan sobrevenir.

c) Libertad:

Se refiere a la expresión de la voluntad sin ninguna influencia, violencia física o psicológica, forma espontánea, que muestre externamente lo que internamente se desea. No debe existir ingerencia en la voluntad interna o externa, que pueda coartar la libertad en la expresión del consentimiento.

5.3 Teorías de la declaración de voluntad

Para tener un concepto de lo que es la Autonomía de la voluntad, como declaración, es preciso hacer un análisis de las formas en que ésta se presenta como expresión del consentimiento y las teorías que la fundamentan, y lograr así una concepción clara de su contenido y los problemas que se originan en torno a ella.

Una persona puede concebir una idea, que si no se emite al mundo exterior, obviamente no produce consecuencias, pues no dejó de ser una idea. Más si esa idea se exterioriza puede producir efectos en el mundo de lo externo. Pero si dicha idea no concuerda con lo exteriorizado no será una declaración de voluntad real, pues esta debe exteriorizarse conforme la idea.

Esa exteriorización de la idea o pensamiento, puede o no producir efectos en el mundo jurídico, lo cual en el primer supuesto, no interesa al derecho.

Para emitir una persona una declaración de voluntad real, acorde con lo exteriorizado, esto no traería ningún problema en el mundo jurídico, el problema surge cuando hay divergencia entre la declaración real y la voluntad declarada, tomando en cuenta que este problema puede ser premeditado o no.



Para solucionar interrogantes que suscitan de los problemas que se derivan de la voluntad y la declaración se analizan las siguientes teorías:

a) Teoría de la voluntad real

Savigny, como uno de los propugnadores de esta teoría expresa la idea “que no existe valor más relevante que la voluntad interna”, y considera que siendo la voluntad interna como parte integrante del acto jurídico configurado por la exteriorización, y que tiene nacimiento al mundo externo, por medio de esa declaración, por lo tanto su validez se deriva por ser el querer de la persona.

A esta teoría se le critica que pueden darse dificultades por la divergencia entre el querer interno y lo exteriorizado por la persona.

b) Teoría de la declaración de la voluntad

Los autores que defienden esta teoría dan prioridad a la declaración de voluntad y le niegan valor a la voluntad interna, para determinar en caso de duda entre una y otra, tomando la declaración como determinadora de la creación de actos jurídicos. El derecho no puede reconocer a un querer interno de la persona, si no existe una declaración. Lo fundamental de esta teoría es la comunicación que se efectúa por medio de la palabra, y debe valorarse por su apreciación y efectos.

Esta teoría presenta el inconveniente de poner demasiado énfasis en la apariencia de la voluntad sin darle valor al elemento interno; y nuestro ordenamiento jurídico toma en cuenta la intención cuando la declaración es dudosa.

La crítica a esta teoría de la declaración es: “que si bien elimina los inconvenientes de la teoría volitiva, peca por el extremo opuesto, olvida el elemento interno y da eficacia a una mera apariencia de voluntad”.³⁵

³⁵ Rodríguez, Alessandri, **Parte general y las personas, Derecho civil**, pág. 387.



c) Teoría ecléctica

Para solucionar los inconvenientes y excesos de la teoría volitiva y de la teoría de la declaración de la voluntad, surgió la teoría intermedia o ecléctica, que comprende a su vez las siguientes teorías:

ci) Teoría de la confianza:

Se basa en que hay que sujetarse a la declaración cuando el que la recibe tiene razón para creer que corresponde a la voluntad real del declarante, aunque en el hecho no exista esa supuesta congruencia; pero si se sabe que ésta falta, su expectativa no merece protección alguna. De aquí que el acto simulado deba ser nulo.

cii) Teoría de la responsabilidad:

Esta teoría establece que debe declararse nulo el acto cuando la declaración es incongruente con la voluntad sin culpa del declarante y sin que él mismo la conozca; y debe declararse válido en el caso inverso, sustituyéndose el elemento de la voluntad que falta por un elemento nuevo que lo suple y que funcione excepcionalmente como constitutivo del acto: la responsabilidad. Se expresa, que quien hace una declaración y sabe que es disconforme, cuando obedece a imprudencia o a otra causa que le sea imputable, tiene una responsabilidad con respecto al destinatario, quien tiene derecho a considerar la expresión conforme la voluntad interna; "la buena fe en el acto y la seguridad de la palabra ajena exigen que sea protegido por quien, dadas las circunstancias en que la declaración fue hecha, no tenía motivos para dudar de su conformidad con el querer interno. De aquí precisamente la existencia de esa limitación al principio por el cual, el acto no es válido cuando la otra parte conocía la discordancia o hubiere podido conocerla".³⁷

La declaración de voluntad, debe ser emitida en forma conciente y no viciada, puede haber ausencia de voluntad con lo que el acto no existiría, ni tiene consecuencias jurídicas, simplemente sería un hecho, los vicios provocan que el acto sea anulable y

³⁷ *Ibid*, Pág. 394.



que exista una ausencia total de voluntad como en el caso de las personas privadas de razón, o las que no tengan discernimiento por alguna enfermedad.

5.4 Formas de manifestación de voluntad

Los vínculos jurídicos se crean por voluntad de las personas, siendo uno de los elementos mas importantes la capacidad que se posee, y para que esta manifestación sea reconocida en el ámbito jurídico, debe exteriorizarse. Por lo que, la voluntad puede manifestarse de las siguientes formas:

5.4.1 De forma expresa:

Es la declaración directa, es la forma mas explicita, sin que medie para su interpretación ningún hecho de comportamiento personal.

Para una idea mas clara se dice que: “la voluntad es expresa cuando el contenido de nuestro propósito es revelado explícita y directamente sin ayuda de circunstancias concurrentes”.³⁸

5.4.2 De forma tácita:

Esta voluntad se deriva de un propósito, por circunstancias y deducciones, por el actuar de una persona en determinado lugar y momento, cuando el comportamiento de la persona no deje lugar a dudas sobre hechos comprobados y no de otras interpretaciones se produce esta voluntad tácita.

Como complemento se afirma que “el comportamiento y los hechos de los cuales se deduce la voluntad deben ser concluyentes o unívocos, es decir no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones”.³⁹

La voluntad es tácita, cuando no se manifiesta así, en palabras o documentos, sin embargo los hechos en el actuar de la persona la convierten en la voluntad

³⁸ **Ibid**, Pág. 382.

³⁹ **Ibid**, Pág. 381.



exteriorizada, que sin lugar dudas, tendrá como resultado los efectos jurídicos concernientes a dicho acto.

5.4.3 De forma presunta:

“La ley prescribe una cierta conducta que se considera como declaración de voluntad en determinado sentido. Cuando esto sucede no puede pretender probarse que esa voluntad supuesta no exista en realidad. Y es que la ley como dice, el autor español Clemente de Diego, enumera a veces los hechos idóneos para determinar la voluntad, y entonces fija la virtud declaratoria de los hechos en vía de presunción, fundada en lo que de ordinario sucede, en tal caso se estima determinada la voluntad en cierto sentido, o sea, la voluntad presunta”.⁴⁰

En conclusión la declaración de voluntad presunta, se manifiesta de conformidad con determinadas conductas que la ley prescribe en algunos casos, cuando esas conductas se dan en el mundo exterior, y se encuentran en el ordenamiento legal, estamos frente a la voluntad presunta.

5.5 La manifestación de voluntad

5.5.1 Desde el punto de vista doctrinario

El ser humano por su misma naturaleza, desarrollo físico y mental debe alcanzar una madurez para poder deliberarse adecuadamente. Las obligaciones y responsabilidades que puede derivarse de la manifestación de voluntad, serán satisfechas, si el consentimiento es considerado como válido.

La capacidad de discernir, y la capacidad legal obtenida por la persona, según la legislación guatemalteca, es al cumplir 18 años de edad, constituyéndose la plena facultad para obligarse en determinados actos jurídicos.

⁴⁰ **Ibid**, Pág. 383.



A través de la historia ocurren factores, uno filosófico y otro económico, para conceder al individuo y a su voluntad un valor excepcional.

Los filósofos del siglo XVII postularon la idea del individualismo liberal al afirmar que el hombre nace libre y solo pierde su libertad por las restricciones que él voluntariamente se impone: únicamente cuando ha consentido obligarse.

En el plano económico la doctrina del liberalismo afirmó que el permitir la libre actividad del individuo es la mejor forma para obtener el bien común; dejar hacer, dejar pasar: dejar el libre juego de las voluntades individuales es el medio de lograr la justicia.

La libre manifestación de voluntad es la auténtica autonomía de la voluntad, principio que ha venido evolucionando, y ganando terreno en legislaciones, no solo en materia civil, en contratos propiamente dichos, sino a un campo que va más allá. Las decisiones que se toman en torno a la intimidad de un individuo, corresponden como derecho exclusivo a él, y las consecuencias que conlleva esa decisión recaen de igual sobre él.

5.5.2 Desde el punto de vista legal

La manifestación de voluntad de toda persona, se encuentra inmersa en el derecho a la libertad, que posee todo ser humano de conformidad con las garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala; el artículo cuatro regula el derecho de toda persona a manifestarse en contra de cualquier acto que vulnere sus derechos e inclusive su dignidad, por el simple hecho de ser un ente libre. Por lo que toda persona en su derecho de libertad puede obligarse o no, a situaciones o condiciones que de conformidad con su libre albedrío exteriorice con su consentimiento mediante una declaración de voluntad.



En el Código Civil Guatemalteco se dan las condiciones necesarias para que la manifestación de voluntad como expresión del consentimiento sea válido en el ámbito jurídico.

En el artículo ocho del Código Civil, se establece la capacidad de ejercicio que toda persona debe poseer para poder manifestar su voluntad en cualquier ámbito que traiga aparejada consecuencias jurídicas. Capacidad que se adquiere como ya se mencionó, a los 18 años de edad.

En el tema que nos ocupa la presente investigación, el Artículo 81 y 98 del Código Civil Guatemalteco, establece que la mayoría de edad determinará la libre aptitud para contraer matrimonio, haciendo excepción en cuanto a que también pueden contraer matrimonio el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14.

De igual forma el funcionario que autorice el matrimonio debe previamente cerciorarse de la capacidad de los contrayentes y cumplidos con los requisitos, procederá a la celebración del mismo. Siendo los contrayentes quienes deben manifestar su voluntad a través del consentimiento expreso de tomarse respectivamente como Marido y mujer de conformidad con lo regulado en el artículo 99 del código civil.

El matrimonio se considera existente, cuando el consentimiento es pleno y libre, con una declaración de voluntad manifestada ante autoridad competente, y cumplidos los requisitos de ley, producirá los efectos civiles y jurídicos que establece el ordenamiento jurídico vigente.

El Artículo 47 de la carta magna y el artículo 79 del Código Civil, claramente expresa la igualdad de derechos entre cónyuges, por lo que ninguno de ellos, puede condicionar el consentimiento del otro, y menos realizar actos que vulneren la voluntad interna del otro cónyuge.



Considerando lo que regula el artículo 10 del código civil, es necesario expresar la limitación a una manifestación de voluntad legal, y es con respecto a las personas con perturbaciones mentales transitorias, a quienes se les consideran nulas, por no tener capacidad de discernimiento al momento de manifestarse.

La ley vigente nos proporciona los fundamentos legales que requieren una manifestación de voluntad libre de condiciones, si nos referimos al matrimonio, obviamente resulta procedente hablar del consentimiento y la libertad que manifiestan los cónyuges al momento de solicitar la disolución del vinculo matrimonial, como fundamento importante para respetar su querer interno.

Para un completo análisis en cuanto a la declaración de voluntad, se puede ampliar, tomando en cuenta el negocio jurídico, donde intervienen las personas como sujetos de derecho, como en el caso del artículo 1254, que establece que “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces”. Y el 1257, regula “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. El artículo 1258, sanciona que “El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad” y finalmente el artículo 1264, señala que “Será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación.”

5.6 El silencio como manifestación de voluntad

El silencio en si mismo, no es ni afirmación ni negación, y por eso no puede estimarse como manifestación de voluntad; pero existen casos excepcionales en el derecho y lo presentan en una perspectiva diferente.

Las excepciones en las que el silencio manifiesta voluntad, se encuentran plasmadas en ley, señalando expresamente las circunstancias que deben acompañar, para que pueda establecerse el silencio como voluntad manifestada.



En el derecho individual de las personas, y lo concerniente al estado de familia, y aquello que representa el entorno familiar, las relaciones que se derivan de una vida en común y la toma de decisiones en este aspecto, resulta importante la manifestación voluntad a través del consentimiento, por lo que no puede establecerse "el silencio" como una forma externa de voluntad.



CAPÍTULO VI

6. Violación al principio de autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto al plazo establecido para solicitar el divorcio

6.1 Autonomía de la voluntad y sus limitaciones

La Libertad, es la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar como deseen. En este sentido, suele ser denominada libertad individual. El término se vincula al de la soberanía de un país en su vertiente de "libertad nacional". Aunque desde estas perspectivas tradicionales la libertad puede ser civil o política, el concepto moderno incluye un conjunto general de derechos individuales, como la igualdad de oportunidades o el derecho a la educación.⁴¹

Como es lógico, el reconocimiento de una libertad ilimitada haría imposible la convivencia humana, por lo que son necesarias e inevitables las restricciones a la libertad individual. La libertad se define como el derecho de la persona a actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras personas.

El Estado de Guatemala por mandato constitucional según el artículo uno de la carta magna, se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Y tiene como fin el deber de garantizar a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, de conformidad con lo establecido en los artículos uno y dos de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La libertad que ha sido otorgada a hombres y mujeres, es de donde emana la potestad de decisión individual, y con ella el principio de autonomía de la voluntad, que, como ha quedado explicado, no es más, que la misma manifestación de libertad, que

⁴¹ Biblioteca de Consulta Microsoft. **Ob.cit;**.



realiza toda persona en hacer todo lo que la ley no le prohíbe y obligarse a situaciones o condiciones con solo manifestar su consentimiento.

La libertad es considerada como la capacidad para actuar como deseamos, como rasgo fundamental del ser humano, el límite de la libertad individual es la libertad de otros y el respeto a sus derechos.

La libertad jurídica en sentido positivo es la facultad que toda persona tiene de adoptar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota por normas de cumplimiento de un deber propio.⁴¹

La vida social se rige por reglas, tendientes a organizar pacíficamente la convivencia de la personas en una sociedad determinada, que en buena medida se integran en un ordenamiento jurídico, que resulta extraordinariamente variado y complejo por los diferentes comportamientos y las situaciones distintas. Las reglas de conducta, al igual que el estado, tienen como fin el bien común o el bienestar colectivo, como también puede denominársele. Siendo éste, la gran limitante al principio de la autonomía de la voluntad, todas las personas tienen igualdad de derechos, por lo que el derecho individual de una persona, no puede perjudicar otro derecho individual o derechos colectivos, aún se manifieste argumentado libertad de voluntad.

El respeto al derecho de las demás personas, y su libertad, conlleva a un bienestar general, por lo que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, se preceptúan reglas imperativas de conducta, que rigen las diferentes situaciones que se dan en el transcurrir de la vida cotidiana del ser humano, evitando así, la trasgresión a derechos individuales inherentes al ser humano y estableciendo normas prohibitivas, dejando sin efecto el deseo personal.

⁴¹ García, **Ob. Cit**; pág. 22.



6.2 La ley con función limitadora

Como se expuso, la ley limita la autonomía de la voluntad. No obstante la ley proviene de la voluntad misma, de donde la voluntad del querer se manifiesta bajo la forma de autonomía.

Los preceptos imperativos se crearon, con la intención de proteger el interés público, dadas las desigualdades económicas de las personas, el nivel discriminación existente en una sociedad, donde se ha perdido los valores morales, donde existe la corrupción, e innumerables situaciones que constituyen desigualdad inclusive en campo del genero.

La presente investigación tiene como fin, tratar el problema en la determinación del ámbito de la autonomía de la voluntad, es decir, su reconocimiento y limites.

6.2.1 Reconocimiento subjetivo de la libertad

La libertad es un atributo de la voluntad del hombre, de la libertad como derecho. Generalmente constituye un poder o facultad natural de autodeterminación y la aptitud de obrar por si, sin obedecer fuerza o motivo determinante.

Desde el punto de vista jurídico, se es libre de hacer o no hacer aquello que no está prohibido; argumentándose en contrario que hay numerosos acontecimientos no vedados por el derecho, que, sin embargo, no pertenecen al sector de libertad, afirmándose que la violación de la norma es entonces una manifestación del libre albedrío, más no representa el ejercicio de la libertad jurídica.

El derecho subjetivo es una facultad normativa de acción u omisión, por lo que su ejercicio resulta en ciertos casos potestad, y obligación en otros. En este derecho subjetivo existe una justificación de la voluntad y de la libertad del hombre, en cuanto se deriva de la propia cualidad de la persona humana. El origen de este poder de actuación y de esta voluntad no necesariamente entra a discusión, ni si el Derecho Subjetivo que produce es reconocido por Derecho Objetivo, o si es anterior a la norma



jurídica o emana de ésta en cuanto la sanciona y la condiciona. La autonomía de la voluntad es un elemento inseparable de la persona como libertad misma, de donde, aquella puede determinar el bien y el mal.

6.2.2 El bien común como limitante relativa al libre actuar

La necesidad del hombre en convivir con sus semejantes, por el simple hecho de satisfacer sus necesidades, lo somete a limitar voluntariamente su libre actuar, con el fin de poder vivir en sociedad y coadyuvar a la persecución del bien común.

El Principio teleológico del bien común, solo se logra mediante la reducción de libertades individuales, anteriormente solo se conocían las que marcaban los preceptos morales, pero el solo hecho de pertenecer a una sociedad jurídicamente organizada, esa libertad se encuentra regulada por normas imperativas de observancia general, por ello la ley define límites obligatorios, amparada en el interés de la comunidad, como quedo anotado anteriormente.

En el presente trabajo, resulta necesario enumerar algunos ejemplos, en la cual la ley funge como limitación al principio de autonomía de la voluntad, específicamente en el ámbito del Derecho de Familia, en donde la voluntad humana no trasciende al mundo jurídico por vulnerar el derecho de otros, o sea, de los integrantes del núcleo familiar.

Si bien es cierto, que el consentimiento es el requisito indispensable para considerar un matrimonio celebrado legalmente, esto derivado, como ya se expuso por la manifestación de voluntad que realizan los contrayentes ante el funcionario autorizado para celebrarlo. Sin embargo, las obligaciones que se derivan de la celebración del matrimonio como efectos del mismo, no están sujetos a voluntad alguna, siendo los mas relevantes los siguientes:

- Las obligaciones de protección y sostenimiento del hogar de ambos cónyuges. Artículos 110 y 111 del Código Civil.



- Cumplir con los requisitos establecidos en ley, en cuanto responsabilidades ocasionadas, depuse de declarada la separación o el divorcio. Artículo 163 del Código Civil.
- La renuncia a la paternidad del hijo concebido en el matrimonio, donde no exista prueba en contrario. Artículo 199 y 200 del Código Civil.
- Obligación de Reconocimiento de hijos procreados dentro de la institución del matrimonio, o fuera de él. Artículo 209 y 210 del Código Civil.
- Obligación de ejercer la patria potestad de los hijos menores de edad, o por parte de la persona en cuyo poder esté el hijo. Artículo 252 del Código Civil.
- Obligación de ambos padres a cuidar a sustentar a sus hijos, sean o no del matrimonio, educarlos y corregirlos. Artículo 253 del Código Civil.
- La obligación de prestar alimentos que comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad. Artículo 278 del Código Civil.

Claramente queda establecido, que la ley ocupa un papel importante dentro de las relaciones entre personas. El derecho subjetivo como tal, enmarca los derechos otorgados a cada persona, y estos mismos, resultan siendo la limitación al deseo, de quién no cumple con lo que desde un inicio se obligó por su propia voluntad, apareciendo así, las normas legales que lo obligan aún en contra de su voluntad.

Sin duda alguno no queda al libre albedrío de un hombre, en su deseo de querer o no cumplir con lo que la ley le obliga, como por ejemplo: si es su deseo o no proporcionar alimentos a sus hijos menores de edad, o de una mujer a no aceptar los alimentos para sus hijos menores de edad por parte del padre, no tienen poder de decisión solo por manifestar su voluntad, al contrario su consentimiento o no es irrelevante, simplemente no pueden vedar derechos de otros.



6.3 Realidad social

6.3.1 La manifestación de voluntad para contraer matrimonio

El Principio de Autonomía de la Voluntad, se hace presente cuando en la celebración del matrimonio, los contrayentes consienten unirse legalmente como marido y mujer. La ausencia del consentimiento genera un matrimonio nulo, de igual forma, puede consentirse mediante una declaración de voluntad viciada, donde el matrimonio es considerado legalmente, y surte todos los efectos jurídicos, pero es susceptible a la anulación, cuando alguno de los cónyuges solicita su anulabilidad.

6.3.2 Manifestación de voluntad para disolver el vínculo matrimonial

El incumplimiento a los fines del matrimonio, juntamente con el desamor, la falta de respeto, o la lesiones a la integridad física o emocional de las personas, conlleva a la decisión por parte de uno o de ambos cónyuges a terminar la vida en común, que inicia con la separación para llegar a la disolución del vínculo en su totalidad.

La libre voluntad, se presenta cuando uno de los cónyuges considera que el estado civil de casado, le está lesionando. El código Civil en el artículo 155, establece las causas por las que los cónyuges pueden iniciar juicio de divorcio, y cuando el proceso es iniciado, aduciendo una de éstas causales, es necesaria la presentación de las pruebas, que demuestren la veracidad de los hechos expuestos, como motivo del querer divorciarse.

En el Juicio Ordinario de Divorcio, se puede presentar varias limitantes, como lo es la negativa infundada por parte del otro cónyuge de no querer divorciarse, con la intención de provocar un perjuicio en su cónyuge, el proceso común se caracteriza por ser un juicio de larga duración, desgastante y caro desde el punto de vista económico, lo que origina un matrimonio indisoluble, y una separación permanente.

El principio de autonomía de voluntad es un derecho vulnerado en el juicio ordinario de divorcio por causa determinada, debido a que la manifestación de voluntad de las



partes no es suficiente para reclamar la libertad de estado civil, ni la intención de seguir cumpliendo los fines del matrimonio.

El juicio de divorcio voluntario se origina del acuerdo unánime entre ambos cónyuges, basado en la expresión de la manifestación de voluntad que realizan en la demanda inicial, y no existe la obligación de invocar una causa que determine la necesidad del Divorcio, simplemente su deseo interno.

Los cónyuges son libres en decisiones y actuar, y la autonomía de su voluntad no debe estar restringida en decidir su libertad de estado civil, ya que la misma no trasgrede derechos de otros, la ley contempla las garantías necesarias para el cumplimiento de las obligaciones que se originaron por la celebración del matrimonio y que aún declarado el divorcio, no se extinguen.

El proceso de divorcio voluntario, tiene como característica la celeridad en tiempo, debido a la existencia del consentimiento mutuo.

La limitante en este proceso, resulta del tiempo establecido en el artículo 154 del código Civil, donde se establece, que, el divorcio por mutuo acuerdo no podrá pedirse, sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Limitante y violación al principio de autonomía de voluntad, debido que a las personas no se les puede restringir el derecho de decidir su estado civil en cualquier momento que sea considerado como pertinente, y más aún cuando ambos cónyuges consiente la disolución del vínculo matrimonial.

6.3.3 Implicaciones en la problemática

Actualmente la familia no goza de personalidad independiente. Cuando se refiere a cada uno de sus miembros la familia no tiene autonomía frente a sus componentes, por lo que se otorga desde el inicio de la misma, la igualdad de derechos y deberes individualizados entre cónyuges.



Esta carencia de autonomía tiene como finalidad la no afectación de los demás integrantes del grupo familiar, por lo que existen normas que tienden a la protección de la familia que son imperativas e inderogables.

La manifestación de voluntad o el acuerdo de voluntades suelen quedar restringidos en aquellas responsabilidades de las que no se puede renunciar. Sin embargo existen ámbitos abandonados al querer individual, y esto se da cuando garantizados los intereses y necesidades familiares se vulnera un derecho personal como lo es la libertad de estado civil que se busca a través de la manifestación de voluntad.

Al eliminar el tiempo que debe transcurrir para solicitar el divorcio por mutuo acuerdo pueden señalarse las siguientes ventajas:

a) Concluir la desarmonía familiar

El divorcio por mutuo consentimiento, mucha veces es considerado como remedio para un hogar disfuncional, corroído por el desorden y la constante desarmonía familiar.

b) Un convenio de divorcio satisfactorio para las partes

Cuando existe un acuerdo para el divorcio, el tiempo de la vida matrimonial no debe ser un impedimento para solicitarlo, al contrario debe contribuir a un mejor acuerdo, en cuanto a las condiciones que deben pactarse en un convenio de divorcio. El proyecto se convierte en el éxito de la relación conyugal que se disuelve, porque es ahí donde quedan determinados los derechos y las obligaciones que garantizan el bienestar de los hijos menores de edad. Siendo el órgano jurisdiccional quien ejerza la potestad de aprobarlo o no, y su caso mejorar las condiciones.

c) Lograr un bienestar general

El inicio de un divorcio por acuerdo de ambos cónyuges, en cualquier tiempo no constituye una descomposición del término familia, al contrario, evita males que



lesionan a la familia en su esencia, a sus integrantes moralmente e inclusive economía en algunos casos.

El lapso señalado en la ley no garantiza la no separación de cuerpos, es más, como no se puede iniciar el trámite de divorcio en cualquier momento, salvo si existe un causa determinada que debe estar debidamente probada, aumenta las irresponsabilidades de los padres para con los hijos.

El arreglo entre cónyuges a la disolución de un matrimonio insalvable, a la relación que provoca lesión física, emocional o simplemente lastima la dignidad, no puede estar sometida a una restricción que obliga a la persona a encontrarse en un estado que no desea y en el que ha consentido ya no permanecer.

La continuidad en el vínculo matrimonial, es evidencia de una voluntad tácita de mantener el vínculo legal, como expresión del querer interno verificado con los hechos externos de cada cónyuge; cuando se plantea el divorcio, se entiende que esa voluntad interna ya no existe; de igual forma el hecho de existir una separación de cuerpos, aunado a manifestaciones externas de rechazo a la cohabitación o relación conyugal, reflejan en la persistencia de un vínculo legal internamente no querido, pero soportado únicamente por imperio de la ley.

6.3.4 Violación a la garantía constitucional

Cuando el ser humano se integra a la autonomía de la voluntad, ésta se desenvuelve como fundamento primordial en su máxima expresión de la libertad. La libertad de un hombre y una mujer constituye el conjunto de derechos que garantizados legalmente permiten al individuo como miembro de un estado, hacer o no hacer todo lo compatible con el ordenamiento jurídico respectivo.

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula claramente el derecho a la libertad de hombres y mujeres, con libertad e igualdad en dignidad y derechos, mismas oportunidades y responsabilidades. Y lo más importante, ninguna persona



puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

La violación a la garantía constitucional, consiste específicamente en el plazo que la ley establece como termino necesario que debe transcurrir, para poder solicitar el divorcio por mutuo acuerdo.

El año indicado, genera vulneración al principio de la autonomía de la voluntad, aún siendo tal vez, su fin la protección jurídica que el estado debe a la familia. Sin embargo no depende de la intención del legislador el éxito de un matrimonio. La disposición de la ley no puede resolver problemas íntimos de una familia, lo lógico es la disponibilidad de la pareja en la solución de dificultades derivadas de la convivencia conyugal.

El mutuo acuerdo en la decisión de disolver el matrimonio, es la expresión de libertad que garantiza la Constitución Política de la República, y derecho de hacer lo que la ley no prohíbe está garantizado en el derecho de acción que corresponde a toda persona.

Tomando en cuenta que el acto jurídico matrimonial descansa en el consentimiento de los contrayentes, que es estructuralmente una condición a su existencia y fruto de la libertad de que gozan toda personas, por lo que el año establecido en ley no constituye garantía para la permanencia y durabilidad de un matrimonio y más aún cuando los cónyuges lo manifiestan como voluntad propia.



CONCLUSIONES

1. La trasgresión a la libertad individual como derecho inherente a la persona, se da con el plazo del año, establecido en el artículo 154 del Código Civil Guatemalteco, para poder solicitar el divorcio por mutuo acuerdo, ya que obliga a los cónyuges a permanecer en una condición no deseada que les perjudica y menoscaba su dignidad.
2. La descomposición de la familia no se da por un divorcio de mutuo acuerdo entre cónyuges en cualquier tiempo de la vida matrimonial, si no en la alteración negativa de las bases morales, éticas, y en los actos que a través de la voluntad propia aportan los integrantes de cada familia.
3. La protección social, económica y jurídica que el Estado de Guatemala debe garantizar a la familia, de forma obligatoria, se da en todas las normativas legales que regulan los derechos y obligaciones a las que se someten los cónyuges al momento de contraer matrimonio legal. El divorcio por mutuo acuerdo, no perjudica esta protección, porque los mismos no desaparecen, por el contrario si se garantizan con la disolución del vínculo matrimonial.
4. El juicio voluntario de divorcio por mutuo acuerdo, conlleva celeridad procesal, por el convenio surgido entre cónyuges, y estos a su vez satisfacen de una manera más favorable los derechos y obligaciones que deben garantizarse dentro del proceso, existiendo así un poco de armonía entre las partes. Lo anterior no se refleja en un juicio de divorcio ordinario, ya que generalmente la decisión esta a cargo de un juez competente, y la cual muchas veces no es agradable a ambas partes.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo a través del congreso de la República de Guatemala, debe reformar el artículo 154 del Código Civil Guatemalteco, y en consecuencia el artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a la eliminación del plazo establecido para poder solicitar el divorcio voluntario por mutuo acuerdo, derivado de la manifestación voluntaria de los cónyuges.
2. El Estado de Guatemala a través del organismo Judicial y los tribunales de familia, deben aplicar el principio de celeridad de forma prioritaria a los procesos de familia, principalmente en donde se ventilan derechos de menores de edad, se deriven o no de las obligaciones contraídas en el matrimonio o con la disolución del mismo, aunado con la labor de los operadores de justicia que proporcionen un trabajo de carácter responsable, objetivo y eficaz, para contribuir a una protección mas evidente para la familia, y que es garantizada por la Constitución Política de la República de Guatemala, y establecida como obligación del Estado.
3. Es necesario que los jueces de familia a la hora de aprobar convenios en juicios voluntarios de divorcio, sean mas responsables en cuanto a la calificación de la elaboración de los mismos, en el sentido de que traten de equilibrar la armonía entre las partes.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Ciudad de Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2005.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. **Derecho civil**. México: Ed. Harla, (s.f.)

BELLUSCIO, Augusto. **Derecho de familia**. 2t; Buenos aires, Argentina: E d. De palma, 1974.

Biblioteca de consulta microsoft encarta. Microsoft Corporation, 1993-2004.

BONECASE, Julian. **Tratado elemental de derecho civil**. Distrito Federal, Mexico: E d. Episa, S.A., 1995.

BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de familia**. 3ª. e.d.; Buenos aires, Argentina: (s.e.), 1991.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, 1t; Guatemala: Ed. Estudiantil fénix, 1996.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**.14ª. e.d.; 2t.; Argentina: E d. Heliasta S.R.L., 1979.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.. **La familia en el derecho y relaciones jurídicas familiares**. 2ª. e.d.; México, D.F.: E.d. Porrúa, S.A., 1990.

Diccionario de la real academia española. 21ª. e.d. España: (s.e.), 1995.

GARCÍA, Máynez. **Introducción al estudio del derecho**. 25ª. e.d.; Argentina: E. d. Porrúa, S. A., 1975.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: E.d. Heliasta S.R.L., 1987

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 5t.; 2vol.; Barcelona: España: (s.e.), (s.f.).



RODRIGUEZ, Alessandri. **Derecho civil, derecho de familia**. T1; Santiago: E d. Zamorano y Caperan, 1941.

ROGINA, VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. México D F: ed. Antigua. Librería Robrelo, 1964.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206, 1964.

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

Reglamento General de Tribunales. Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Número 36, 2004.