

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

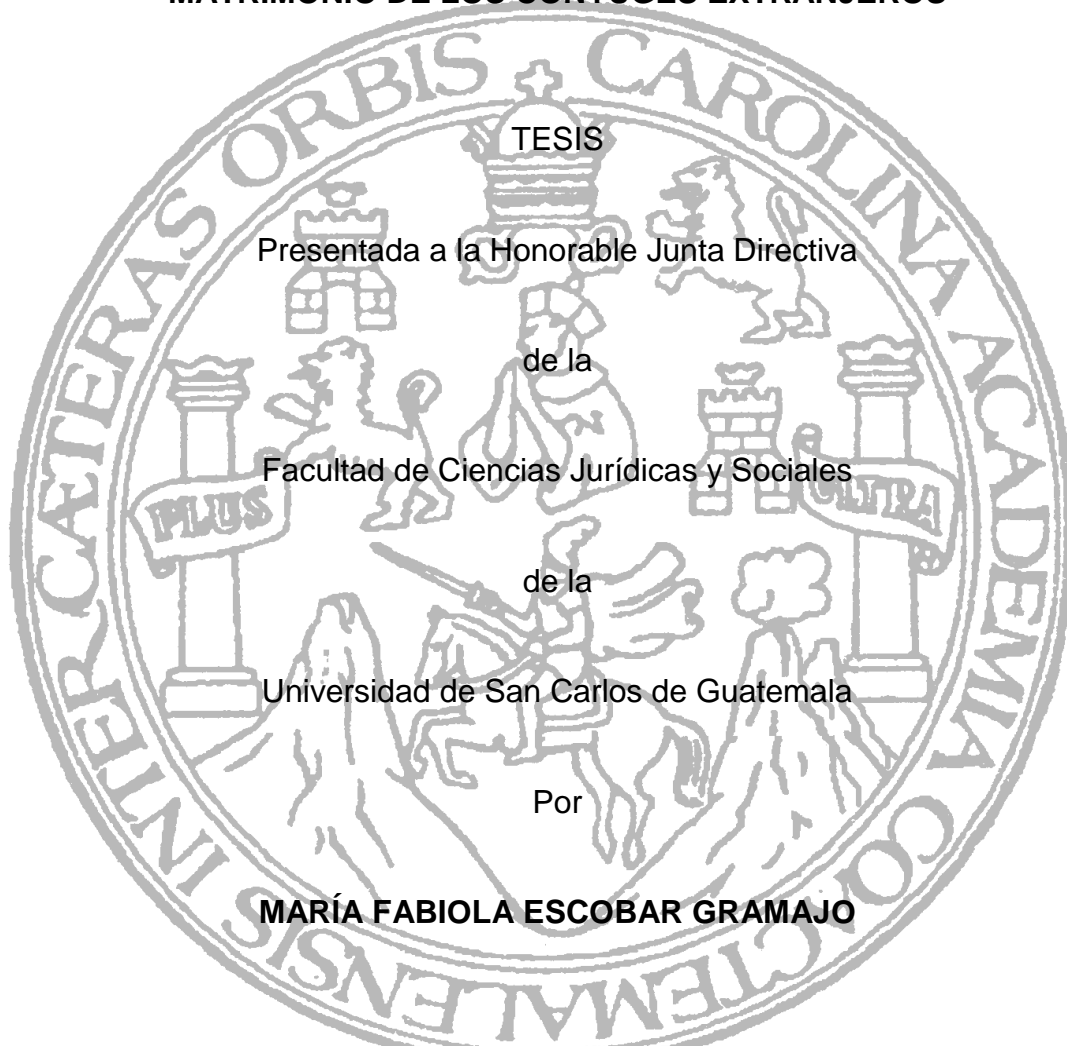
**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 118 INCISO 4 DEL CÓDIGO
CIVIL, DECRETO LEY 106, EN LA DESIGUALDAD DE LA REGULACIÓN DEL
MATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES EXTRANJEROS**

MARÍA FABIOLA ESCOBAR GRAMAJO

GUATEMALA, FEBRERO DE 2012

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 118 INCISO 4 DEL CÓDIGO
CIVIL, DECRETO LEY 106, EN LA DESIGUALDAD DE LA REGULACIÓN DEL
MATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES EXTRANJEROS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA FABIOLA ESCOBAR GRAMAJO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez

VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez

SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

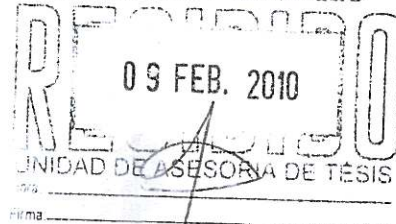
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licenciado Sandro Jair Matías López
Abogado y Notario
Colegiado 6608



Guatemala, 09 de febrero de 2010

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



Licenciado Castillo Lutín:

Como Asesor de tesis de la Bachiller: María Fabiola Escobar Gramajo; en la elaboración del trabajo titulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 118 INCISO 4 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106 EN LA FALTA DE GENERALIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA LEY”**, me complace manifestarle que:

El trabajo analiza jurídica y doctrinariamente los diversos aspectos que se determinan sobre falta de generalidad de la aplicación de la ley que existe al realizar las capitulaciones matrimoniales entre mujer extranjera y hombre guatemalteco.

Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo de la misma. Se utilizó el método analítico con el cual se determinó la importancia del estudio sobre la falta de generalidad de la aplicación de la ley al mencionar solamente a la mujer guatemalteca con el varón extranjero o guatemalteco naturalizado; el sintético, se encargó de determinar las directrices que estructuran cada uno de los capítulos que comprende la investigación de tesis; el deductivo se empleó para establecer la importancia de la aplicabilidad de la ley, referente al Artículo 118 inciso 4 del Código Civil. Durante el desarrollo del trabajo se utilizó la técnica de fichas bibliográficas y la documental, ya que con las mismas se obtuvo la información necesaria; para la elaboración de la tesis con datos actuales.

La contribución científica del trabajo es de importancia, pues el contenido es de interés para la ciudadanía guatemalteca; siendo el trabajo un aporte significativo y realizado con esmero por parte de la Bachiller María Fabiola Escobar Gramajo. En consenso con la ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo, y a la vez le indique modificar el título del tema de tesis en lo cual no hubo inconveniente alguno, dicho tema se propone con el título de: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 118 INCISO 4 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, EN LA DESIGUALDAD DE LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES EXTRANJEROS”**.

Licenciado Sandro Jair Matías López
Abogado y Notario
Colegiado 6608



Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con la Bachiller María Fabiola Escobar Gramajo, le sugerí varias correcciones a la introducción, capítulos y bibliografía de su trabajo, siempre bajo el respeto de su posición ideológica; y la sustentante estuvo de acuerdo en llevar a cabo las modificaciones.

De manera personal me encargué de guiar a la estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica, aplicando para el efecto los métodos y técnicas apropiadas para la resolución de la problemática esbozada, con lo cual se comprueba la hipótesis, la cual determina la importancia de reformar el Artículo 118 inciso 4 del Código Civil, donde coloque al guatemalteco o guatemalteca con extranjero o extranjera.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Sandro Jair Matías López
Abogado y Notario
Asesor de Tesis

LIC. SANDRO JAIR MATIAS LÓPEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GUSTAVO ADOLFO GUDIEL VALENZUELA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARÍA FABIOLA ESCOBAR GRAMAJO, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 118 INCISO 4 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, EN LA DESIGUALDAD DE LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES EXTRANJEROS".-

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/sllh.



Licenciado
Gustavo Adolfo Gudiol Valenzuela



Guatemala, 17 de noviembre de 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
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Conforme al nombramiento de fecha cuatro de noviembre del año dos mil diez, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller **MARÍA FABIOLA ESCOBAR GRAMAJO**, intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 118 INCISO 4 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, EN LA DESIGUALDAD DE LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES EXTRANJEROS"**; después de la revisión encomendada, me es grato manifestarle que:

- a. El trabajo establece un desarrollo científico y técnico, donde determina las consideraciones sobre el matrimonio guatemalteco y la falta de generalidad de la ley sobre el Artículo 118 inciso 4 del Código Civil.
- b. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció la importancia del matrimonio; el sintético, dio a conocer las capitulaciones matrimoniales; el inductivo, señaló su regulación legal y el deductivo, determinó lo fundamental de la nacionalidad. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema.
- c. La redacción utilizada para el desarrollo del trabajo de tesis es muy clara, donde la ponente explica la falta de generalidad de la aplicación de la ley al mencionar solamente a la mujer guatemalteca con el varón extranjero o guatemalteco naturalizado.
- d. Es de importancia la contribución científica del trabajo, además cuenta con la adecuada validez, debido a que la sustentante enfoca con propiedad durante todo el desarrollo de la investigación criterios objetivos, certeros y actuales relacionados con el tema.

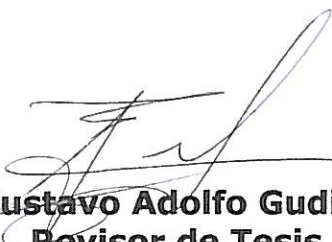
Licenciado
Gustavo Adolfo Gudiel Valenzuela



- e. En las conclusiones la autora, de manera particular, se refiere a las consideraciones de modificar el Artículo 118 inciso 4, donde coloque al guatemalteco o guatemalteca con extranjero o extranjera.
- f. La bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis.

Con motivo de lo anotado, la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.


Licenciado Gustavo Adolfo Gudiel Valenzuela
Revisor de Tesis
Colegiado 5813
Avenida Reforma 2-18, zona 9
Teléfono: 24590688

GUSTAVO ADOLFO GUDIEL VALENZUELA
ABOGADO Y NOTARIO



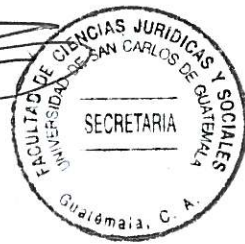
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA FABIOLA ESCOBAR GRAMAJO, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 118 INCISO 4 DEL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, EN LA DESIGUALDAD DE LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES EXTRANJEROS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

10 Jun 11

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Por las innumerables bendiciones en mi vida diaria y la sabiduría para alcanzar mis metas.
- A MIS PADRES: Odilia Gramajo Orellana y José Vicente Escobar Mancilla por su amor y como un reconocimiento a todo el apoyo incondicional y desinteresado brindado durante mi formación profesional.
- A MI ESPOSO: Erick Vinicio Ortiz, un agradecimiento muy especial por todo su amor, comprensión y apoyo en todo momento de mi vida durante estos años juntos.
- A MIS HIJOS: Andrés Alejandro y Daphne Ortiz Escobar, con mucho amor y quienes le han dado luz e inspiración a mi vida, razón para seguir luchando.
- A MIS HERMANOS: José Vicente y Rossina Alejandra Escobar Gramajo, por el cariño y su ejemplo de lucha.
- A MIS CUÑADOS: Erick Rene Castañeda (+) y Carmen María Orellana por el cariño, amistad incondicional y formar parte de mi vida.
- A MIS SOBRINOS: María Fernanda, Javier, María José, Jimena, Diego y Sindy por darle alegría a mi vida.
- A ALGUIEN ESPECIAL: Silvia Cáceres Vidaurre (+) por ser parte de este logro tan grande en mi vida. Gracias por todo tu apoyo y cariño en el tiempo que estuviste conmigo; Julia González por su cariño y por estar en todos los momentos importantes de mi vida.
- A MI CASA DE ESTUDIOS: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme dado los conocimientos necesarios para mi preparación profesional.
- A USTED: Con mucho cariño.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho civil.....	1
1.1. Definición.....	5
1.2. Evolución.....	7
1.3. Fuentes.....	14
1.4. Contenido.....	15
CAPÍTULO II	
2. El matrimonio.....	19
2.1. Concepto.....	22
2.2. Efectos.....	26
2.3. Características.....	29
2.4. El matrimonio canónico.....	30
2.5. Fundamentos jurídicos.....	37
2.6. El matrimonio como contrato.....	40
2.7. La comunidad conyugal.....	42
2.8. Impedimentos.....	49
2.9. Requisitos legales para contraer matrimonio.....	52
2.10. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	54
CAPÍTULO III	
3. Las capitulaciones matrimoniales.....	57

	Pág.
3.1. Definición.....	61
3.2. Invalidez de las capitulaciones.....	64
3.3. Características.....	66
CAPÍTULO IV	
4. La nacionalidad.....	69
4.1. La nacionalidad y el Derecho.....	76
4.2. Nacionalidad activa y pasiva.....	76
4.3. Derecho a la Nacionalidad.....	79
4.4. Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 118 inciso 4 del Código Civil, Decreto Ley 106, en la desigualdad de la regulación del matrimonio de los cónyuges extranjeros.....	83
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN

El tema propuesto fue elegido, debido a que en la legislación guatemalteca, existe diversidad de lagunas de ley que origina la práctica de los profesionales del derecho.

El objetivo de la investigación es demostrar la falta de generalidad de la aplicación de la ley que existe al realizar las capitulaciones matrimoniales entre mujer extranjera y hombre guatemalteco, como al determinar las sanciones que representan para el notario que celebre matrimonios con mujer extranjera y hombre guatemalteco y viceversa. La hipótesis planteada es establecer que existe desigualdad de la regulación del matrimonio, debido a que solo expresa la nacionalidad de unos de los cónyuges, en vez de ser de ambos.

En el ordenamiento civil, se encuentra una laguna sobre la falta de generalidad de la aplicación de la ley al mencionar solamente a la mujer guatemalteca con el varón extranjero o guatemalteco naturalizado. Es preciso determinar reformar este Artículo, donde coloque al guatemalteco o guatemalteca con extranjero o extranjera.

En la práctica esto se aplica a ambos, pero es aquí donde se encuentra el dilema de los abogados y notarios que realizan capitulaciones matrimoniales entre mujer extranjera y hombre guatemalteco, porque incurren en que en la ley general no se encuentra estipulado.

La tesis contiene cuatro capítulos de los cuales el primero se refiere al derecho civil, definición, evolución, fuentes y contenido; el segundo, trata del matrimonio, concepto, efectos, características, la comunidad conyugal y los requisitos legales para contraer matrimonio; el tercero, determina las capitulaciones matrimoniales, definición, invalidez de las capitulaciones y las características; el cuarto, establece la nacionalidad, clases de nacionalidad, el derecho a la nacionalidad, y la desigualdad de la regulación del matrimonio de los cónyuges extranjeros.

Se manejaron los siguientes métodos: analítico, ya que con el mismo se señaló la importancia de reformar la desigualdad del matrimonio; el sintético se encargó de determinar la importancia del derecho civil y del matrimonio; y el deductivo, se utilizó para analizar la regulación de las capitulaciones matrimoniales; se emplearon las técnicas documentales y fichas bibliográficas, para la adecuada recolección de material acorde al tema.

Sirva a los estudiantes del derecho y a la población guatemalteca en general esta investigación ya que en ella se describe la necesidad de realizar reformas al ordenamiento civil guatemalteco.

CAPÍTULO I

1. Derecho civil

El derecho civil en Guatemala se encuentra codificado, exclusivamente como un módulo empírico-histórica que permita determinar la materia y todo lo relacionado con lo civil y lo referente a la rama privada.

El núcleo central del derecho civil, viene representado por la persona en sí misma considerada, en su dimensión familiar y en sus relaciones patrimoniales. Teniendo como regulación la siguiente:

- La vigencia y los efectos de las normas jurídicas.
- La delimitación del ámbito de poder jurídico de las personas y su relación con un grupo especial de (otras) personas.
- Las categorías de bienes que pueden ser objeto de tráfico, las clases y estructuras de poder que las personas pueden ostentar sobre dichos bienes, los modos de circulación de dichos bienes, y en particular, las reglas de transmisión de tales bienes cuando, por la desaparición de una persona, resulta necesario atribuirlos a alguien.

En el derecho civil contiene una gama de cuestiones generales de fuentes de derecho y de aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

Debido a las múltiples necesidades que ha tenido el ser humano a largo de la historia se ve en la necesidad de realizar un ordenamiento, que regule las relaciones entre los particulares de carácter privado.

Para comprender la historia del derecho civil el autor Guillermo Frugoni Rey, señala que: “Las situaciones típicas que pueden configurarse como contenido de las diversas formas históricas del derecho civil han sido tradicionalmente individualizadas en la persona, en la familia y en el patrimonio:

- La persona en sí misma considerada, en cuanto sujeto de derecho, sin tener en cuenta cualesquiera otros atributos o características o situaciones sociales (cuando se considera a la persona como empresario, entrará en juego el derecho mercantil, como votante el derecho constitucional y el electoral, como administrado, el derecho administrativo, etc.)
- La familia en cuanto a grupo humano básico, necesitado de una regulación que encuadre los derechos y deberes recíprocos entre sus miembros y de éstos con el resto de la comunidad.
- El patrimonio en cuanto concepto genérico referido al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de cualquier persona, con capacidad para adquirir y transmitir bienes. También, por tanto, los instrumentos básicos de intercambio

económico (los contratos) y los mecanismos de transmisión a los familiares a través de la herencia, etc”.¹

Para determinar el carácter evolutivo del derecho civil el autor Manuel Albaladejo determina que: “El carácter social del derecho supone la constante tensión existente entre el grupo social políticamente organizado, considerado en su conjunto, y el individuo o individuos que lo integran, considerados como personas. La delimitación entre la esfera individual y la esfera social es el eterno problema”.²

El citado autor, señala que: “La persona, la familia y el patrimonio integran un supuesto institucional del derecho civil: la esfera de poder de la persona. Desde tales bases, se puede conceptuar el derecho civil como el “derecho de la personalidad privada, que se desenvuelve a través de la familia, sirviéndose para sus propios fines de un patrimonio y asegurando su continuidad a través de la herencia”.³

Del derecho romano viene la denominación derecho civil, *ius civile*, al que Justiniano caracterizó como el derecho de la ciudad, de los ciudadanos romanos, contraponiéndolo al *ius gentium*, éste último que correspondía al derecho común de todos los pueblos, en relación a Roma.

Modernamente ya no se comprende el derecho público y el derecho privado conjuntamente, ahora quedó como un derecho estrictamente privado. Su verdadera

¹ Frugoni Rey, Guillermo. **Manual básico de derecho civil**, pág, 15.

² Albaladejo, Manuel. **Derecho civil español**, pág. 78.

³ **Ibid**, pág. 82.

concepción se da a través del Código de Napoleón, considerado como el primer Código Civil.

El autor Manuel Albaladejo, expone una definición de derecho civil, que abarca la historia del mismo como su concepción, determinando que: “Es el conjunto de normas justas y coactivas de carácter privado, que regulan las relaciones de asistencia, autoridad más generales en la vida de los hombres, como miembro de una familia para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del contexto social, en las que las personas que intervienen aparecen como simples particulares, independientes de su profesión, clase social, condición o jerarquía”.⁴

La palabra civil surge de “civitas” voz latina que significa de la ciudad o relativa a la ciudad, encendiéndose al Derecho Civil como el Derecho de la ciudad.

El Derecho Civil se encuentra en el Derecho Privado de carácter general o común que disciplina las relaciones de los particulares.

Los planes o sistemas del derecho civil son:

a. **Romano Frances** (Jurisconsulto Gallo) según este plan el Derecho Civil giraba alrededor de las personas y lo dividían de la siguiente forma:

- Personas;
- Cosas y

⁴ **Ibid**, pág, 83.

- Acciones,

b. Germano según este plan el Derecho Civil giraba alrededor de los bienes materiales y lo dividían de la siguiente forma:

- Parte General o Introductoria;
- Derechos Reales;
- Obligaciones;
- Familia y
- Sucesiones.

1.1. Definición

El derecho civil tiene características esenciales, que lo posicionan en el ámbito privado, donde el autor Guillermo Frugoni Rey, estipula que: El derecho civil es el conjunto de normas jurídicas y principios que regulan las relaciones personales o patrimoniales entre personas privadas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado y público, o incluso entre las últimas, siempre que actúen desprovistas de imperium”.⁵

El derecho civil, se determina elementos especiales muy cotidianos que se encuentran en el diario vivir del hombre, para ello el autor Héctor Negri, señala que: “Se le puede definir también, en términos generales, como las normas y principios que regulan las relaciones más generales y cotidianas de la vida de las personas, considerando a las personas en cuanto a tal, como sujeto de derecho, o como aquél que rige al hombre

⁵ Frugoni Rey, Guillermo. **Derecho privado**, pág. 46.

como tal, sin consideración de sus actividades peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando este actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humanas”.⁶

El citado autor Héctor Negri, determina que nuestro ordenamiento civil es el derecho civil, debido a que lo interpreta como: “Del mismo modo, en ocasiones se denomina Derecho civil al conjunto de normas incluidas dentro de un Código civil”.⁷

El autor Héctor Negri, determina que el derecho civil es lo más importante que comprende la rama del derecho privado, donde determina que: “Por último, también se utiliza el término derecho civil, sobre todo en el ámbito del derecho anglosajón, para referirse al sentido amplio, el derecho civil es sinónimo de derecho privado. En strictu sensu el derecho civil constituye la parte fundamental del derecho privado que comprende las normas relativas al estado y capacidad de las personas, a la familia, al patrimonio, a las obligaciones y contratos y a la transmisión de los bienes, regulando las relaciones privadas de los individuos entre sí, forma que el derecho civil forma parte del derecho objetivo, positivo y sustantivo”.⁸

⁶ Negri, Héctor. **La obligación**, pág. 6.

⁷ **Ibid**, pág. 9.

⁸ **Ibid**.

1.2. Evolución

La evolución del derecho civil se remonta a Roma.

En Roma se distinguía el *Ius Civile* así como el *Ius Gentium* (o *Naturale*), el primero se refiere al usado por los romanos, entendido no como una imposición, y no como un privilegio. El segundo se refiere al Derecho común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad.

El autor Guillermo Frugoni Rey, explica el *Ius Gentium* como: “Un sistema estrictamente romano para dar tratamiento jurídico a las relaciones entre romanos y extranjeros, sistema que sería producto de la expansión económica y militar del pueblo romano o *civitas*”.⁹

“Además otros textos contraponen el *Ius Civile* al *Ius Pretorium* (*Ius Honorarium*), el cual habría sido introducido con el propósito de suplir, ayudar y corregir el *Ius Civile*.

Pero esta contraposición no es real, el *Ius Pretorium* significa la renovación del *Ius Civile* provocada por las nuevas necesidades y por los nuevos hechos de la historia. El Pretor no creaba derecho, sólo declaraba como entendía el derecho y los principios que seguiría en el ejercicio de sus funciones”.¹⁰

⁹ Frugoni Rey. **Ob. Cit.**, pág. 85.

¹⁰ **Ibid.**

El *Ius Civile* como derecho del *cives*, del ciudadano romano, no se identifica con el derecho privado.

El imperio romano construyó instituciones privadas (persona, familia, propiedad, obligaciones, herencia), pero dentro del *Ius Civile* hay instituciones que son extrañas al derecho civil.

“El *Ius Civile*, en su sentido propio y originario sería el ordenamiento tradicional que habrían adoptado los grupos primitivos romanos reunidos en una comunidad política y estaría constituido por una serie de principios fundamentales establecidos por la jurisprudencia religiosa y luego laica de los prudentes”.¹¹

El autor Alfonso Brañas, señala que: “Este núcleo de principios tradicionales se va ensanchando a lo largo de la historia del Derecho romano naciendo un *Ius Civile Novum*, por obra de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos y decretos de los príncipes.

Al mismo tiempo, el viejo *Ius Civile*, el de los principios tradicionales experimenta la influencia del *Ius Gentium* y del *Ius Pretorium* o *Honorarium*, y todos estos derechos van a ser *Ius Civile* en la compilación de Justiniano, porque con aquel se entroncaron y no se diferenciaron”.¹²

¹¹ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho civil**, pág. 78.

¹² Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 93.

La evolución histórica del derecho civil se presenta como el sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de la persona y sus diferentes estados, de su patrimonio y del tráfico de bienes.

El autor anteriormente citado señala que: “Más importante es determinar de qué se ocupa el derecho civil es analizar cómo se ocupa, pues de ahí nace la crisis por la que está atravesando. Efectivamente, si hoy el criterio de valores está en crisis, el derecho civil no puede por menos de sufrir también las consecuencias de esa crisis. La del derecho civil es, además, la del desmoronamiento de la sociedad que contempló la obra de la codificación, y se encuentre ante otra sociedad o hacia ella se dirige todo ser humano.”¹³

La codificación en sus inicios se basaba en la afirmación del individuo frente al Estado, sin cuerpos intermedios; el código civil aseguraba el libre desenvolvimiento del individuo, de su voluntad.

Partiendo de esto el principio de la autonomía de la voluntad, con su reflejo en el derecho de propiedad que se concebía absoluto y con las mínimas excepciones posibles a este absolutismo, fuese el pilar de sustentación.

La evolución social ha determinado varios caminos. Los ideales de la burguesía, que detentadora de los bienes económicos y de producción quería un sistema que le permitiese su libre y omnímodo disfrute, no se han aceptado por sus variables clases de

¹³ **Ibid**, pág. 58

la sociedad sin poder económico, para las que el juego de la autonomía de la voluntad no significa más que la sumisión al más fuerte y para la que los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico no son más que abstracciones.

Por otra parte, el rechazo de un puro sistema liberal de economía, cuyo motor era la persecución del interés individual que redundaría en el bienestar colectivo, hace que la propiedad de los medios de producción no se identifique con propiedad privada.

Todo ello indica que el Estado va a intervenir decisivamente en la vida económica y jurídica, y que las normas no van a sancionar la autonomía de la voluntad individual sino que la van a dirigir o coartar en beneficio de los intereses colectivos o para evitar que sea un instrumento de dominación de los débiles.

Así, el propietario tendrá cada vez más deberes; no se le va a prohibir ya que haga o no haga, sino que se le va a obligar a un hacer.

El citado autor señala que: “Así, el empresario no impondrá los contratos de trabajo que quiera a los que no pueden discutir sus cláusulas. Es un nuevo orden jurídico distinto del cristalizado en la codificación del XIX”.¹⁴

Son derechos especiales los que surgen frente al derecho civil que queda como común, en los que se desarrollan nuevas normas.

¹⁴ **Ibid.**

Se habla así de un derecho del trabajo, de un derecho de la economía, de un derecho agrario, de un derecho bancario, de un derecho de arrendamiento, de un derecho urbanístico, etc.

El autor Mario Godoy Aguirre, señala que: “La disgregación, como puro fenómeno externo e índice de una especialización técnica o científica, no tiene trascendencia grave. La gravedad radica en la consolidación de los desmembramientos, porque entonces se ha roto la unidad interna del derecho civil”.¹⁵

El autor anteriormente citado, señala que: “La crisis del derecho civil codificado tiene otras causas. Básicamente es de anotar su carácter excesivamente patrimonial, que hace que la persona se contemple y regule en función de sujeto de una relación jurídica de aquella naturaleza y no por sí misma: sus valores, sus bienes y atributos como tal persona, pasan por completo desapercibidos y abandonados al campo de las declaraciones constitucionales sonoras y espectaculares”.¹⁶

Al derecho civil se le priva así de lo más sustancial que tenía, pues su función y su finalidad no es otra que la defensa de la persona y de sus fines.

El movimiento contemporáneo, por el contrario, está prestando una gran atención al campo de los derechos fundamentales de la persona, al margen de las facetas políticas o penales del tema.

¹⁵ Godoy Aguirre, Mario. **Derecho procesal civil**, pág. 16.

¹⁶ Frugoni Rey. **Ob. Cit.**, pág. 88.

Se hace imprescindible al estudiar la rúbrica del derecho civil, para hacer un *desarrollo histórico* del proceso seguido por la denominación, y su contenido desde sus comienzos hasta nuestros días.

En el Derecho Romano la expresión *ius civile* se utilizó con cuatro significados totalmente distintos:

- a) Como Derecho Nacional. En este sentido fue famosa en las escuelas la definición de Justiniano: «El Derecho que cada pueblo constituye exclusivamente para sí y que es propio de los individuos de cada ciudad.
- b) Como Derecho Privado. *strictu sensu* formando parte del Derecho en general, que abarca el natural, el de gentes y el civil.
- c) Como conjunto de leyes, plebiscitos, senadocunsultos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos. En este tercer sentido el Derecho civil se oponía al Derecho pretorio, introducido, como es sabido, por los edictos del Pretor.
- d) Finalmente, se llamó así a aquel Derecho que no podía recibir una denominación especial.

La acepción que más pesó en un principio dentro de este cuádruple significado es la que contrapone el *ius civile* – propio de los ciudadanos - al *ius gentium* - común a todos los pueblos. Sin embargo, extendida en el año 212, por el Edicto de Caracalla, la ciudadanía a

todos los habitantes del Imperio Romano, esta concepción - fundamentalmente política - del Derecho Civil, cayó en desuso a lo que contribuyó no poco el *ius gentium*, iniciándose un proceso de privatización del Derecho Civil que continua en etapas posteriores de su evolución histórica.

Durante la Edad Media, el término *ius civile* ya no se refiere a un mero Derecho *nostrae civitatis*, sino que pasa a ser un sinónimo del Derecho Romano.

Ser civilista era ser romanista. El Derecho civil se engarzaba directamente con el Derecho Romano que aparecía como una legislación universal y común en cada pueblo. A ella se oponía el llamado Derecho Real introducido y creado por los pueblos mismos en su ordenación particular especialmente por las Pragmáticas de los Reyes.

A fines de la Edad Media y principios de la Moderna sigue el Derecho civil comprendiendo tanto el Derecho público como el privado; pero pronto y en base a la potestad legislativa de la Iglesia, adquiere autonomía propia el Derecho canónico, y ya muy cerca de la época de la Codificación, merced a un proceso de costumbres ya apuntado en la Escuela de Bolonia, continuado por lo Glosadores y definitivamente confirmado después de la Recepción del Derecho Romano, queda el término *ius civile* circunscrito exclusivamente al campo del derecho privado.

En la Revolución francesa y en el movimiento científico inmediatamente posterior a ella se consagra de una manera definitiva la total privatización del Derecho civil que para a hacerse sinónimo del Derecho privado de cada pueblo en particular.

De lo principal del Derecho Privado se desgajan el Derecho mercantil, el Derecho agrario, el inmobiliario, registral o hipotecario que sin independizarse estos últimos totalmente del Derecho civil, del que constituyen una mera parte o aspecto, gozan de una cierta autonomía.

1.3. Fuentes

Cuando se habla de las fuentes del derecho civil se debe hacer referencia a las fuentes formales directas e indirectas.

La principal fuente del derecho civil es la Ley.

El autor Alfonso Brañas determina que: "La Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador".¹⁷

Las fuentes formales indirectas del derecho civil son:

- Los principios generales del derecho, la costumbre, la equidad, sólo cuando la misma ley remita a ellas, como es el caso de la costumbre, cuando se dispone que se estará a la costumbre del lugar respecto de las reparaciones menores o locativas que hayan de ser cargo del inquilino de una casa; como ejemplo para la equidad, donde se dispone que si una persona privada de discernimiento causa

¹⁷ Brañas. **Ob. Cit.**, pág. 70

daño a otra y la víctima no ha podido obtener reparación de quien tiene aquella a su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a pagar una indemnización equitativa.

La costumbre y la equidad no crean la norma, sino que sólo ayudan a precisar su contenido o lo que ésta ordena, que caracteriza a las fuentes formales indirectas, lo que también se corresponde con la Doctrina y Jurisprudencia, que también deben ser consideradas como fuentes formales indirectas.

1.4. Contenido

- Libro uno: Estudia a las persona y de la familia, el matrimonio, el domicilio, la ausencia, la familia, las disposiciones generales, la unión de hecho, el parentesco, paternidad y filiación matrimonial y la extramatrimonial, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela, el patrimonio familia, el registro civil, las disposiciones generales, el registro de nacimientos, defunciones, matrimonios, reconocimiento de hijos, registro de tutelas, de extranjeros domiciliado naturalizados.

El derecho de familia afronta el estudio del matrimonio (y, en su caso, uniones extramatrimoniales), relaciones de los progenitores con sus hijos, régimen económico del matrimonio y crisis matrimoniales (separación, nulidad y divorcio). Por su parte, el derecho de sucesiones estudia el fenómeno de la herencia y de los distintos modos de suceder

- Libro dos: dedicada a la exposición de los bienes, de las propiedad y demás derechos reales, las varias clases de bienes, los bienes con relación a las personas a quienes pertenece, la propiedad, las limitaciones de la propiedad, la copropiedad, la propiedad horizontal, la propiedad de las aguas, por ocupación, la posesión, usucapión, la accesión, el usufructo, uso y habitación, derechos y obligaciones del usufructo, uso y habitación, la servidumbre, la hipoteca como también las prendas agraria, ganadera e industrial.

- Libro tres: La sucesión hereditaria; la sucesión en general, las incapacidades para suceder, representación hereditaria, la sucesión testamentaria, la sucesión testamentaria, la herencia condicional y a término, legados, la aceptación y de la renuncia de la herencia, albaceas, la sucesión intestada, disposiciones generales, orden de sucesión intestada, orden de sucesión, partición de bienes hereditarios, efectos de la participación, rescisión y nulidad de la participación.

- Libro cuatro: El regirlo de la propiedad, la inscripción en general, de los títulos sujetos a inscripción, las anotaciones y sus efectos, las cancelaciones, certificación del registro, la inscripción especial, registro de testamentos y de donaciones por caso de muerte, registro de la propiedad horizontal, registros especiales, registro de los registradores, establecimiento e inspección de registros, libros que deben llevarse en el registro, los registradores, errores en los libros y su rectificación.

- Libro quinto: Derecho de las obligaciones y de las obligaciones en general como el negocio jurídico, de la declaración de voluntas, vicios de la declaración, negocios jurídicos condicionales, plazo, simulación, revocación, nulidad, Las disposiciones preliminares, obligaciones alternativas, facultativas, mancomunadas, divisibles e indivisibles.

El Código debe adscribirse sin duda al plan romano-francés, denominado así por sus raíces en la propuesta sistemática del jurisconsulto romano Gayo (personas, cosas y acciones), observada con posterioridad en las “Instituciones” de Justiniano e inspiradora finalmente de la codificación civil francesa. En el Código francés, la materia se distribuye sistemáticamente en un título preliminar y tres libros, dedicados respectivamente a las personas, los bienes y las distintas modificaciones de la propiedad, y los diferentes modos por los que se adquiere la propiedad.

CÁPÍTULO II

2. El matrimonio

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

La técnica jurídica canónica continúa presente en la mayor parte de las categorías jurídicas utilizadas por el legislador civil. No sólo la primacía del consentimiento, como pilar fundamental de la confección del matrimonio, sino también los requisitos de capacidad o la formalización del matrimonio continúan presentes en la arquitectura legal del matrimonio civil.

El autor José Castán Tobeñas, señala que; “La unión de los seres de distinto sexo para procrear es un hecho que responde a la naturaleza de la especie animal. El carácter espiritual del hombre le da a esta unión un sentido especial”.¹⁸

Hombre y mujer establecen un vínculo estable, constituyen una comunidad, a través de la cual se satisfaga la gama moral propia de los padres de educar a los hijos, de verse prolongados en ellos, de saltar, a través de su descendencia, las fronteras temporales de su propia vida.

¹⁸ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil**, pág. 67.

La organización jurídica encuentra esta realidad, que es preexistente a toda ley positiva. Pero el derecho procura establecer un orden social justo, por lo cual el legislador sienta las bases que, respetando los datos de la naturaleza, le den a la comunidad familiar una estructura, una solidez, una estabilidad y una protección, congruentes con la función que tiene en la sociedad. De esta necesidad surge la organización del matrimonio, y las reglas que lo rigen.

El autor José María Cutillas Tobeñas, determina que: “Se afirma que la familia es una institución, criterio que aceptado por muchos autores. El matrimonio desde el punto de vista jurídico debe analizarse desde dos momentos: el de su celebración, y el posterior a esa celebración”.¹⁹

La Iglesia ha puesto mucho énfasis en el consentimiento: por lo que se asemejaría a la figura de un contrato.

Desde nuestro orden jurídico, se trata de un acto jurídico, al momento de su celebración, y analizar sus sujetos, su forma, su prueba, y todo aquello relacionado al acto jurídico.

Pero no queda allí el matrimonio, en un mero acto jurídico, ese acto jurídico es una puerta a la Institución del matrimonio establecida por la ley, como vínculo preorganizado de manera imperativa por la ley. La familia, que es una institución entendida como

¹⁹Cutillas Tobeñas, José Marías. **Las capitulaciones matrimoniales**, pág. 30.

sistema de normas, no significa que el legislador pueda disponer el contenido de esas normas según su arbitrio.

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

Tradicionalmente el matrimonio se ha concebido social y jurídicamente como una unión entre un hombre y una mujer.

El citado autor José María Cutillas Tobeñas, señala que: “El matrimonio es una unión pactada, si bien dicho pacto no tiene siempre por qué ser establecido por las partes contrayentes que van a formar el nuevo núcleo familiar, sino que en ocasiones la unión se realiza mediante un pacto previo entre las familias de los contrayentes”.²⁰

El matrimonio puede ser civil y religioso, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos, de acuerdo a las culturas y creencias de los religiosos.

²⁰ **Ibid**, pág, 33.

El citado autor José María Cutillas Tobeñas, señala que: “No todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso, válida sólo en Occidente. Hasta hace menos de dos centurias sólo había matrimonio religioso, al que se considera un sacramento”.²¹

1.1. Concepto

Es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

El legislador Ramona Pérez de Castro no define el matrimonio. “Por consiguiente, el concepto civil de matrimonio habrá que deducirlo del propio contenido de las normas reguladoras del matrimonio”.²²

La legislación civil conserva los elementos formales heredados del matrimonio canónico:

- Capacidad,

- Consentimiento y

²¹ **Ibid.**

²² Pérez de Castro, Ramona. **Las capitulaciones matrimoniales**, pág. 6.

- Forma.

En consecuencia, para contraer matrimonio es necesario tener capacidad de obrar, limitando su ejercicio por la edad, el parentesco. A su vez, es necesario prestar el consentimiento matrimonial ante la autoridad competente, observando las formalidades previstas legalmente.

El autor anteriormente citado José María Cutillas Tobeñas, señala que: “El matrimonio parece concebirse como una comunidad, expresada en la convivencia conyugal, y en las obligaciones de ayuda, respeto y socorro mutuo, así como guardarse fidelidad y vivir juntos.

No existe ninguna referencia a la admisión del trato sexual entre los cónyuges, ni a la prole, de tal manera que la impotencia no es causa de nulidad del matrimonio. Ni parece deducirse, tampoco, que del contrato matrimonial se derive algún derecho u obligación respecto a las relaciones sexuales entre los cónyuges”.²³.

El autor Héctor Negri, establece que: “A propósito del matrimonio canónico, cabe decir que se conservan en el matrimonio civil: la unidad y la fidelidad. La indisolubilidad desaparece como consecuencia del reconocimiento del divorcio”.²⁴

²³ **Ibid.**

²⁴ Negri. **Ob. Cit.**, pág. 50.

El autor Calixto Valverde señala que: “El matrimonio es el sacramento que santifica la unión indisoluble entre un hombre y una mujer cristianos, y les concede la gracia para cumplir fielmente sus deberes de esposos y de padres”.²⁵

El citado autor determina que matrimonio es: “La unión de personas mediante determinados ritos—sociales, religiosos o legales—para la convivencia y con la finalidad de criar hijos”.²⁶

Es el caso que en países musulmanes no se da el concepto de dos personas, por que en los países musulmanes una persona se puede unir hasta más de dos mujeres.

No decimos personas de “distinto” sexo ya que también se pueden unir en matrimonio personas del mismo sexo en países como Estados Unidos, España, etc.

“Los ritos para la celebración del matrimonio en distintas regiones del mundo difieren bastante, van desde sencillas ceremonias como el matrimonio civil o por las leyes del país, hasta fastuosas ceremonias religiosas”.²⁷

En muchas ocasiones se dice que el matrimonio es solo para criar hijos, finalidad del matrimonio, pero esta frase ya no es apropiada mencionarla, ya que estos pueden ser adoptados y no ser de la pareja.

²⁵ Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**, pág, 42.

²⁶ **Ibid.**

²⁷ **Ibid**, pág. 45

El autor Héctor Negri, señala que: “El matrimonio es la unión voluntaria concertada entre un hombre y una mujer legalmente aptos para ella o en caso contrario bajo dispensa judicial y formalizada con sujeción de la ley positiva a fin de hacer vida en común y con la finalidad de procrear hijos”.²⁸

El matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer se unen jurídicamente con la intención de formar una vida en común.

El matrimonio civil es cuando se celebra ante el Juez o el Alcalde o funcionario señalado legalmente con dos testigos mayores de edad y se deberá acreditar previamente que se reúnen los requisitos de capacidad exigidos legalmente.

El autor Ramona Pérez de Castro, señala que: “Por lo tanto, para poder dar un concepto del matrimonio, es necesario partir del derecho natural.

Situándonos en ese plano podemos decir que el matrimonio es la comunidad de vida, establecida entre dos personas, por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y educarlos, y de asistirse recíprocamente.

Los caracteres propios del matrimonio que lo diferencian de otros tipos son:

1. La diversidad de sexos.

²⁸ Negri. **Ob. Cit.**, pág. 52.

2. La unidad (entre ambos, hombre – mujer, excluyéndose poligamia y poliándria).
3. Consensualidad.
4. Indisolubilidad.
5. Fines propios.
6. La forma no responde a la esencia del matrimonio, sino más bien a una necesidad social”.²⁹

2.2. Efectos

Con el matrimonio surgen una serie de derechos y deberes entre los cónyuges, como son el deber de respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

El marido y la mujer van a ser iguales en derechos y obligaciones. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Igualmente esta unión tiene efectos económicos independientemente del régimen económico elegido por las partes, los bienes de los cónyuges están sujetos a satisfacer, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia.

²⁹ Pérez de Castro. **Ob. Cit**, pág. 79.

“El matrimonio debe de ser un concepto que resuma en sí todas las diferentes regulaciones que, a lo largo de la historia y en los diferentes países, han definido dicha institución. Algunos dicen que es un solo elemento, la unión sexual, el que puede registrarse como común a todas estas distintas regulaciones”.³⁰

El derecho canónico ha considerado al matrimonio como la alianza por la cual el hombre y la mujer constituyen entre sí un consorcio para toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.

La historia muestra que el matrimonio ha estado ligado a las ideas religiosas y que el acto de su celebración ha sido revestido de formas rituales.

La idea de fecundidad ha estado siempre ligada a la vivencia religiosa, como lo prueba el hecho de que la obtención de los frutos de la naturaleza ha estado tradicionalmente rodeada de cultos especiales.

Con mayor razón lo está el matrimonio, en el cual judíos y gentiles, paganos y cristianos destacaron y exaltaron el aspecto religioso, no siempre contemplado con la debida hondura por el hombre de nuestro tiempo.

³⁰ **Ibid.**

“El cristianismo confirmó esta visión del matrimonio, y la Iglesia lo estableció como uno de sus sacramentos. Al respecto el canon 1055 dice: "La alianza matrimonial... fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Por tanto entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea, por eso mismo, sacramento". El Evangelio no modifica la esencia del matrimonio, sino que proclama la decisión divina de santificarlo, respetando sus bases esenciales".³¹

El hombre y la mujer que se casan contraen el compromiso de participar en la propagación de la vida, de traer al mundo nuevos seres que ensalcen al Creador y que, siendo cristianos, se incorporen a la Iglesia y la hagan más grande y más perfecta.

El signo sensible del sacramento es el consentimiento de los contrayentes para colaborar en esa excelsa tarea de propagar la vida.

Los elementos de todo sacramento son la materia y la forma, y tales elementos se encuentran en el matrimonio, representados por la voluntad real de contraer el vínculo, y la expresión del consentimiento en las condiciones que la Iglesia determina, respectivamente.

Los ministros son los propios contrayentes y no el sacerdote que bendice la unión. En suma el matrimonio cristiano está revestido por la dignidad sacramental, que no es sino una elevación de su propia sustancia natural, según la voluntad de Cristo. Aunque esta noción de matrimonio no es unánimemente aceptada.

³¹ **Ibid.**

Se ha discutido la doble celebración del matrimonio, civil y religioso. Pero finalmente es necesario admitir la necesidad de la celebración doble, dado los fines que cada una de ellas tiene, y para permitir un breve lapso de tiempo para confirmar la decisión de los contrayentes con respecto a la celebración del matrimonio religioso, único e indisoluble, con carácter de sacramento.

2.3. Características

El autor anteriormente citado, señala que: “La forma tradicional de matrimonio es entre un hombre y una mujer, con la finalidad constituir una familia”.³²

Actualmente esa definición es cuestionada, de una parte, porque se otorga reconocimiento a uniones entre un hombre y una mujer con finalidades prácticamente idénticas al matrimonio, pero que adoptan formas y denominaciones distintas.

Por otra parte, porque en ciertos países se le ha dado reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo.

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

³² **Ibid**, pág. 35.

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

El matrimonio se considera una institución importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas (generalmente) no cercanas en línea de sangre. Una de sus funciones ampliamente reconocidas es la procreación y socialización de los hijos (si bien no es absolutamente necesario casarse para tener hijos), así como la de regular el nexo entre los individuos y la descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus.

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

2.4. El matrimonio canónico

- Principios informadores.

Con preferencia, todavía en la actualidad, sobre el matrimonio civil y el de otras confesiones religiosas.

El matrimonio canónico se inspira en unos presupuestos metajurídicos (teológicos y culturales), que configuran las bases doctrinales del mismo.

Según esta concepción, el matrimonio se define como una “íntima comunidad conyugal de vida y amor, que nace del consentimiento personal e irrevocable”. Basado en la ley natural, “este vínculo es sagrado”, es un sacramento, creado por Dios. Así, del matrimonio cristiano se predica la unidad, la indisolubilidad, la procreación y educación de la prole, y la mutua ayuda de los cónyuges.

a) Antecedentes históricos.

La exaltación de la virginidad y de la castidad, que constituyen el punto cardinal de la doctrina cristiana, ha conducido a una consideración negativa de las relaciones sexuales y a la necesidad de encontrar una justificación doctrinal de dichas relaciones.

En este contexto, una primera justificación de la actividad sexual se encuentra en el matrimonio como remedio o efecto medicinal de la concupiscencia.

A pesar de todo, los autores medievales consideran la acción sexual como una actividad desordenada y que se justifica únicamente por su finalidad: la prole. Constituye éste el primer y principal fin del matrimonio y comprende los siguientes aspectos:

- Este bien del matrimonio indica la disposición de ánimo necesario para recibir con amor a la descendencia.
- Incluye la educación religiosa.
- Significa la prole como fin de la unión sexual, y la educación religiosa.
- Comprende el amor para recibir los hijos y la bondad para educarlos física y religiosamente.
- Exige el deseo explícito de tener hijos para educarlos física y religiosamente.

La conservación de la especie y la consiguiente necesidad de la reproducción de los seres humanos, así como la incorporación de nuevos miembros a la Iglesia, mediante la educación religiosa de los hijos, constituyen la explicación principal de la legitimidad de la actividad sexual de los cónyuges y, al mismo tiempo, el fin primario del matrimonio. Por esta razón, es ilícita la cópula conyugal no destinada a la generación.

La doctrina del Concilio Vaticano II ha resaltado la dimensión del matrimonio como comunidad conyugal (íntima comunidad de vida y amor) y el amor conyugal, realzando, así, la relación personal entre los esposos, que en la doctrina anterior aparece notablemente oscurecida.

b) Configuración del matrimonio cristiano.

En conclusión, el tipo de matrimonio adoptado por la doctrina católica hay que encuadrarlo como una institución natural que tiene carácter sagrado, es decir, es una unión natural elevada a sacramento; entre sus propiedades se encuentran la unidad (monogamia) y la indisolubilidad y entre sus fines la procreación y mutua ayuda, si bien, últimamente la doctrina prefiere obviar la referencia a los fines; en su lugar, menciona la ordenación del matrimonio a la prole y al bien de los cónyuges.

Por último, el matrimonio reafirma la heterosexualidad, no dando cabida en esta institución a las uniones homosexuales.

- **Caracteres del matrimonio canónico**

Básicamente estos caracteres están comprendidos en los cánones 1055 y 1056 y se refieren a la ordenación del matrimonio y a sus propiedades esenciales.

a) La ordenación del matrimonio.

La diferenciación entre fines primarios y secundarios implica, además, una subordinación, de tal manera que los fines secundarios deben ordenarse al fin primario. Estos fines son del matrimonio-institución, es decir, los determinados normativamente; los fines subjetivos o del contrayente pueden ser distintos.

Sin embargo, el matrimonio resultaría nulo, si además de perseguir fines distintos, los contrayentes excluyen los fines institucionales.

La ordenación objetiva del matrimonio a su fin primario consiste en que de la unión pueda obtenerse la generación y la educación de la prole. El fin secundario del matrimonio es doble: la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia.

La legislación vigente pretende superar la tradicional subordinación de los fines, de tal manera que, incluso, en la propia exposición legal se menciona en primer lugar el bien de los cónyuges y, a continuación, la generación y la educación de los hijos.

El bien de los cónyuges abarca la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia, pero comprende también muchos aspectos (efectivos, de consejo, compañía, etc.).

El bien de la prole explica la tendencia institucional del matrimonio cristiano a la generación y educación de la prole. La actividad sexual es lícita sólo en el matrimonio y se ordena naturalmente a la procreación.

Por consiguiente, la desvinculación intencionada de la relación sexual y del proceso generativo constituye un comportamiento ilícito y contrario a la doctrina cristiana.

Esta concepción ética tiene un reflejo inmediato en el ámbito jurídico. La intención de los contrayentes de excluir la prole en el momento de la prestación del consentimiento hace nulo el matrimonio.

Por otra parte, la conexión entre actividad sexual y procreación plantea una nueva cuestión. El deseo de engendrar hijos por procedimientos artificiales (inseminación

artificial y fecundación in vitro), marginando la relación sexual, entra en contradicción con los postulados de la doctrina católica, por lo que dichas prácticas resultan igualmente reprobadas.

En términos jurídicos, el bien a la generación de la prole comprende:

- El derecho-deber de cada cónyuge al acto conyugal.
- El derecho-deber de cada esposo a que se respete el proceso natural ordenado a la fecundación.
- El derecho-deber de los cónyuges a la educación de la prole.

b) Las propiedades esenciales del matrimonio.

Declara el canon 1056 que: “Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento”³³

La unidad y la indisolubilidad constituyen dos caracteres propios del matrimonio canónico. Así mientras la unidad (monogamia) constituye una característica común a la mayor parte de las legislaciones matrimoniales, en cambio la indisolubilidad se

³³ **Ibid.**

encuentra escasamente representada en dichas legislaciones, al admitir con carácter general el divorcio.

La unidad del matrimonio expresa que la unión matrimonial se realiza entre un hombre y una mujer. Se opone, por tanto, a las uniones múltiples, un hombre con varias mujeres (poligamia), una mujer con varios hombres (poliandria) o de varios hombres con varias mujeres (matrimonio comunista).

La unidad representa, por tanto, la monogamia y es la que se aplica en Guatemala. Es en este punto dónde se pueden apreciar diferencias significativas con otras legislaciones donde la admisión del divorcio posibilita la poligamia sucesiva, ya que, desde la perspectiva canónica, el carácter indisoluble de la primera unión imposibilita las uniones posteriores, siendo irrelevante que la pareja haya obtenido el divorcio civil.

Otra nota típica de la unidad del matrimonio canónica se encuentra en la oposición de uniones de hecho de uno de los cónyuges con terceras personas.

La indisolubilidad del matrimonio se opone directamente al divorcio. El vínculo conyugal es indisoluble, por lo que los cónyuges no pueden contraer nuevo matrimonio con tercera persona mientras sobreviva el otro cónyuge. La única causa de disolución del vínculo matrimonial es la muerte.

Este principio de indisolubilidad admite algunas excepciones. El matrimonio rato (entre bautizados) y no consumado puede ser disuelto por el Romano Pontífice, si existe justa

causa. Se reconoce aquí una cierta eficacia jurídica a la cópula conyugal, de tal manera que el matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto.

Una nueva excepción regula una serie de supuestos de disolución de matrimonios entre no bautizados. Cuando concurren ciertos supuestos, se puede disolver el vínculo matrimonial entre no bautizados, sobre la base de ciertos principios doctrinales resumidos en los privilegios paulino y petrino.

2.5. Fundamentos jurídicos

Las características generales de la institución del matrimonio incluidas en algunos ordenamientos jurídicos son:

- La dualidad,
- La heterosexualidad y
- El contenido en cuanto a derechos y deberes.

A partir del siglo XX, en las sociedades de influencia occidental y procedente del liberalismo se recoge también el principio de igualdad, con un peso creciente en las regulaciones derivadas.

- La dualidad del matrimonio es el principio por el que la institución está prevista, en principio, para unir a dos personas y vincularlas para su convivencia y procreación.

Una excepción muy importante a este principio se encuentra en algunos ordenamientos (en especial los de base islámica), que reconocen la posibilidad de que un hombre contraiga matrimonio con más de una mujer. Pero incluso en este caso la institución vincula a una persona con otra, pues las diversas mujeres que un musulmán pueda tener no están unidas, en principio, por ningún nexo jurídico ni tienen derechos y obligaciones entre sí.

- Tradicionalmente el matrimonio exige la pertenencia de cada contrayente a uno de ambos sexos, de manera que un hombre y una mujer son los únicos que, en principio, pueden contraer matrimonio.

Este principio está siendo modificado en algunos países en favor del principio de igualdad, a fin de reconocer la paridad de derechos y obligaciones entre hombre y mujer y extender los beneficios que implica la institución del matrimonio a parejas formadas por personas del mismo sexo (matrimonio homosexual), lógicamente ya que hay parejas heterosexuales que se casan y tampoco tienen hijos.

- Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica y Noruega, así como los estados de Massachusetts y California en Estados Unidos, han admitido el

matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Estos países modificaron la anterior definición legal del matrimonio al concebirlo únicamente como la unión de dos personas.

- El contenido en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges varía en función del ordenamiento jurídico de cada país, pero por lo general todos les imponen la obligación de vivir juntos y guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente, de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y de ejercer conjuntamente la potestad doméstica y la patria potestad sobre los hijos, que se presumen comunes salvo prueba en contrario.

Las singularidades del contenido del matrimonio en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges derivan en cada país de su propia concepción cultural de la institución, que ha dado forma a la misma en su legislación positiva y en su práctica jurídica.

La noción del matrimonio, elaborada por la doctrina canónica, encuentra su raíz en las definiciones propuestas por los juristas romanos.

El autor Antonio Javier Pérez Martín: “Mientras en las Instituciones de Justiniano el matrimonio se define como “unión del varón y de la mujer, que contiene la comunidad indivisible de la vida”, el citado autor formula la siguiente definición: “unión marital de

varón y mujer, entre personas legítimas, que retiene la comunidad indivisible de la vida”.³⁴

Las correcciones introducidas por el citado autor pretenden explicar tres aspectos esenciales sobre los que va a girar la posterior construcción doctrinal del matrimonio canónico:

- En primer lugar, la unión marital califica específicamente la relación matrimonial, excluyendo cualquier otro tipo de pactos que puedan concluir un hombre y una mujer.

Significa, por tanto, la delimitación del contenido del pacto conyugal.

- En segundo lugar, la referencia explícita a la legitimidad para contraer matrimonio es, simplemente, una consecuencia de la dimensión contractual del matrimonio, que exige la consiguiente capacidad jurídica y de obrar para concluir el contrato matrimonial.
- En tercer lugar, la expresión retienens introduce el carácter indisoluble del matrimonio.

2.6. El matrimonio como contrato.

³⁴ Pérez Martín, Antonio Javier. **Procedimiento contencioso. Separación, divorcio, y nulidad. Uniones de hecho y otros procedimientos**, pág. 2

El matrimonio es: La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación.

Entre cristianos el matrimonio tiene dignidad de sacramento.

Siendo el matrimonio un contrato, la unión conyugal lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles.

La legislación canónica vigente reafirma, por parte, el carácter contractual del matrimonio y sobre esta base establece su regulación jurídica.

Por una parte, el carácter contractual del matrimonio se refiere al origen del mismo, es decir, a la prestación mutua del consentimiento por parte de los cónyuges, que conlleva la asunción de una serie de derechos y obligaciones recíprocas.

Se distingue este momento originario, llamado también matrimonio *in fieri* o pacto conyugal, de la sociedad conyugal o comunidad matrimonial, denominado también matrimonio *in facto esse*, que se refiere al estado permanente o sociedad nacida del contrato matrimonial.

Las partes tienen libertad de contraer, sin embargo, carecen de libertad de contratar, lo que significa que el régimen jurídico del matrimonio está regulado por la ley y este esquema normativo no puede ser alterado o modificado por la libre voluntad de las partes.

El momento culminante de la formación de la teoría contractual del matrimonio puede situarse en el siglo XII.

La legislación eclesiástica sobre el matrimonio tuvo que afrontar el momento del nacimiento del vínculo conyugal para fijar en términos jurídicos dos presupuestos teológicos: el momento de la colación del sacramento y de la indisolubilidad de la unión matrimonial.

La naturaleza de ciertas figuras, entonces plenamente vigentes, como los esponsales (promesa de matrimonio), el matrimonio presunto, el matrimonio rato y el matrimonio consumado. Finalmente se impondría la teoría que consideraba matrimonio tan sólo al consentimiento de presente.

El valor jurídico de la cópula se limita tan sólo a reforzar la indisolubilidad (el matrimonio rato y consumado es indisoluble) y a su equiparación a un consentimiento presente tácito (por comportamiento), cuando es precedida por esponsales o consentimiento de futuro (matrimonio futuro).

Convertido el consentimiento en causa eficiente del matrimonio, su homologación como contrato es incuestionable.

2.7. La comunidad conyugal.

El matrimonio admite dos acepciones. Por una parte, el matrimonio - contrato o

matrimonio in fieri, que se refiere al momento constitutivo y que tiene lugar a través de la mutua prestación del consentimiento por los contrayentes.

Por otra parte, la comunidad conyugal o matrimonio in facto esse, que surge, precisamente, del matrimonio-contrato.

El derecho canónico presta especial atención al matrimonio-contrato y en el capítulo de los efectos del matrimonio se regulan todos los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí y en relación con los hijos.

No se puede olvidar que en el esquema normativo del matrimonio está contenido el consorcio de toda vida, elemento que identifica y especifica el matrimonio, y cuyo correlato es, en el matrimonio in facto esse, la comunidad de vida.

El matrimonio es un común proyecto de vida, cuyo contenido objetivo viene dado por la búsqueda conjunta del bien conyugal y de la procreación y educación de los hijos.

a. El derecho a contraer matrimonio.

El ius connubii es un derecho generalmente reconocido en la actualidad con carácter universal.

La Declaración Universal de Derechos Humanos declara que “os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La edad constituye, por tanto, un requisito de capacidad para contraer matrimonio.

En el Derecho romano ya se utilizaron dos criterios distintos:

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

Como los derechos que nacen del matrimonio

- Derecho a la vida en común,
- Derecho a la relación sexual,
- Derecho y obligación de procrear y alimentar a los hijos,
- Obligación de fidelidad y asistencia recíproca;

- Derecho u obligación a los alimentos. Etc.

El Artículo 108 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “Por el matrimonio, la mujer tiene el derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo siempre, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio”.

El Artículo 109 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “La representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar; de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar.

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

El Artículo 110 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “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.

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

El Artículo 111 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “La mujer deberá también contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, si tuviere bienes propios o desempeñare algún empleo, profesión, oficio o comercio; pero si el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, la mujer cubrirá todos los ingresos que reciba”.

El Artículo 112 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “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”.

El Artículo 115 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “En caso de divergencia entre los cónyuges en cuanto al ejercicio de la representación conyugal, el Juez de Familia, considerando la conducta de cada uno de los integrantes de la pareja, tanto afuera como dentro del lugar, designarán a cuál de los cónyuges confiere la representación, indicando el tiempo por el que se le confiere y las condiciones que debe cumplir el otro cónyuge para recuperar la posibilidad de ejercer nuevamente la misma.

En todo caso, la administración se ejercerá individualmente, sin necesidad de declaratoria judicial para tal efecto, en los siguientes casos:

1. Si se declarara la interdicción judicial de uno de los cónyuges;
2. En caso de abandono voluntario del hogar o por declaratoria de ausencia; y
3. Por condena de prisión, por todo el tiempo que dure la misma”.

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

El requisito de la edad, presupone la necesidad de poseer la correspondiente capacidad biológica y psicológica para realizar el compromiso matrimonial.

Desde que el consentimiento se ha convertido en un acto personal y necesario para contraer matrimonio, se ha planteado la necesidad de una capacidad psíquica para acceder al matrimonio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos añade que sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

La consideración del matrimonio como un contrato exigirá la aptitud necesaria (uso de razón) para conocer y querer el acto jurídico que va a realizar.

La capacidad psíquica sería, en este caso, común a la capacidad general para contratar. Además, será necesario una capacidad o madurez de juicio proporcionada a las obligaciones conyugales que se asumen por la prestación del contrato matrimonial.

No existe, por tanto, entre la legislación canónica y la civil una misma concordancia en relación con la capacidad física, pues la legislación canónica configura la impotencia como un impedimento o incapacidad radical para contraer matrimonio, mientras que la legislación civil no hace ninguna referencia a este aspecto.

c. Limitaciones legales; los impedimentos.

Las diferentes legislaciones establecen prohibiciones concretas para contraer matrimonio.

En virtud del principio de la monogamia, que asume tanto la legislación civil como la canónica, no puede contraer nuevo matrimonio quien ya ha contraído matrimonio con anterioridad y no ha sido declarado nulo o disuelto por la autoridad competente.

El estado civil de casado impide la realización de un nuevo matrimonio. Igualmente, el estado canónico de religioso o clérigo impiden la celebración del matrimonio por incompatibilidad jurídica.

Una de las prohibiciones asumidas por la mayoría de las legislaciones se refiere al parentesco. Las coincidencias son mayores cuanto más próximo es el grado de parentesco, donde la condena cultural de incesto se transforma en prohibición para contraer matrimonio entre parientes que pertenecen a lo que se conoce con el nombre de familia nuclear.

Como medida preventiva, en unos casos, y como medida sancionadora, en todo caso, el legislador establece prohibiciones a quienes para contraer matrimonio han cometido un delito: el rapto de la mujer o el homicidio del otro cónyuge.

En algunos supuestos, el principio endogámico se aplica para evitar que se realicen matrimonios con personas de diferente credo religioso.

2.8. Impedimentos

Son prohibiciones establecidas en la ley, cuya consecuencia impide la celebración de un matrimonio válido y lícito.

El Artículo 88 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de la República de Guatemala, señala que: “Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio:

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

Se llama impedimento matrimonial a los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio.

Esta teoría se originó y desarrolló en el derecho canónico. Se partió del principio de que toda persona tiene el derecho natural de casarse; por consiguiente lo lógico no es fijar las condiciones o cualidades necesarias para contraer matrimonio válido, sino por el contrario, establecer en qué casos no puede celebrarse.

Guatemala, existe la siguiente clasificación:

a. Impedimento Dirimentes (Absolutos):

- Los parientes consanguíneos en línea recta y en la colateral, los hermanos y medio hermanos

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

- Y, las personas casadas y la unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión;

b. Impedimento Impedientes (Relativos):

- El menor de 18 años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor

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

- De la mujer, antes de que transcurran 300 días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno;

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

- Del tutor o 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;

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

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

En la insubsistencia el matrimonio no nace a la vida jurídica y en la anulabilidad del matrimonio, éste si nace a la vida jurídica pero se sancionará al funcionario que lo autorice.

En la anulabilidad debe haber parte legítima que la solicite, mientras que la insubsistencia puede ser declarada de oficio.

La insubsistencia puede declararse en cualquier tiempo, y la anulabilidad tiene plazo específico de 6 meses a partir de la celebración del matrimonio y produce consecuencias de Derecho.

2.9. Requisitos legales para contraer matrimonio

a. Personales

Se refiere a las personas que intervienen en el acto matrimonial. En primer lugar encontramos a los contrayentes lógicamente hombre y mujer, mayores de edad, sin embargo en algunos casos puede autorizarse el matrimonio del varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años. Además los contrayentes no deben tener impedimentos Dirimentes, es decir causa que hagan insubsistente el vínculo matrimonial.

En cuanto al funcionario que puede autorizar el matrimonio establece la ley que corresponde al Notario, al Alcalde, Concejal, o Ministro de Culto debidamente autorizado. También pueden comparecer testigos en el acto del matrimonio.

b. Materiales

Los contrayentes deben de demostrar su identidad, además de conformidad con el

Artículo 97 del código civil, es obligatorio una constancia de sanidad para el contrayente varón y para la mujer solamente cuando lo requiera el contrayente varón. Se debe de dar una constancia del acto a los contrayentes y el aviso al registro civil dentro de los quince días hábiles a la celebración del matrimonio.

El Artículo 97 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “La constancia de Sanidad es obligatoria para el varón, y también para la mujer cuando lo solicite el contrayente o los representantes legales de éste, si fuere menor de edad.

Será extendida por la Dirección General de Sanidad o por un facultativo, haciendo constar que la persona examinada no padece de enfermedad contagiosa incurable, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia, o no tiene defectos físicos que imposibiliten la procreación.

No están obligadas a presentar certificado de sanidad las personas que residan en lugares que carecen de facultativo y las que, al solicitar el matrimonio, ya hubieren tenido relaciones de hecho que hagan innecesario dicho certificado”.

c. Solemnes

La ley establece que el notario debe de señalar día y hora para la celebración del acto matrimonial y en la ceremonia de celebración dará lectura a los artículos 78 y del 108 al 114 del código civil; y además recibirá de cada uno de los contrayentes su

consentimiento de tomarse respectivamente como marido y mujer y en seguida los declarará unidos en matrimonio.

El Artículo 78 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

El Artículo 108 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, señala que: “Por el matrimonio, la mujer tiene el derecho de agregar a su propio apellido el de su cónyuge y de conservarlo siempre, salvo que el matrimonio se disuelva por nulidad o por divorcio”.

2.10. Naturaleza jurídica del matrimonio

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

a. La doctrina del matrimonio como un contrato:

Para la cual el matrimonio es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas. La objeción que existe a esta teoría es que el contrato crea derechos y obligaciones de carácter económico, mientras que el matrimonio genera derechos y obligaciones de carácter moral.

b. La doctrina del matrimonio como un acto jurídico:

Esta doctrina toma como base que existen actos jurídicos públicos y actos privados, los primeros con los cuales actúa el Estado; los segundos los que son realizados por los particulares. En el matrimonio se conjuntan ambos, es decir la participación del Estado a través del funcionario que autoriza el matrimonio y la participación de los particulares o contrayentes.

c. La doctrina del matrimonio como una institución social:

Considera al matrimonio como un ente creado y regulado por sus propias normas y reglas que le han sido otorgadas por el Estado con el objeto de darle una seguridad social a dicha institución.

CAPÍTULO III

3. Las capitulaciones matrimoniales

El régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los contrayentes antes o en el acto de la celebración del matrimonio.

Son obligatorias las capitulaciones matrimoniales en los casos siguientes:

- 1- Cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a dos mil quetzales;
- 2- Si alguno de los contrayentes ejerce profesión, arte u oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de doscientos quetzales al mes;
- 3.- Si alguno de ellos tuviere en administración bienes de menores o incapacitados que estén bajo su patria potestad, tutela o guarda; y
- 4- Si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado.

Esto es lo que nos da a conocer el Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, en su Artículo 118.

Las capitulaciones deberán comprender:

1. La designación detallada de los bienes que tenga cada uno de los cónyuges al contraer matrimonio;
- 2- Declaración del monto de las deudas de cada uno; y
- 3- Declaración expresa de los contrayentes sobre si adoptan al régimen de comunidad absoluta, el de separación absoluta, o el de comunidad de gananciales; o con las modalidades y condiciones a que quieran sujetarlo.

Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales pueden volver a ser establecidas con posterioridad modificando lo establecido inicialmente.

A continuación se explican los regímenes económicos aplicados en Guatemala, siendo los siguientes:

a. Comunidad absoluta.

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.

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.

Si se opta por régimen de separación de bienes cada cónyuge será propietario de los bienes que tuviese en el momento inicial del matrimonio y los que después adquiriera por cualquier título. Cada uno administrará y disfrutará de sus bienes libremente.

Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad.

c. Comunidad de gananciales

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:

- 1- 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;
- 2- Los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición de uno solo de los cónyuges; y
- 3- Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.

Si se opta por sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidas por mitad al disolverse aquélla.

A falta de capitulaciones sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales.

Bienes propios de cada cónyuge. No obstante lo establecido en los artículos anteriores, son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera por herencia, donación u otro título gratuito, y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la comunidad.

3.1. Definición

El autor Ramona Pérez de Castro, señala que: “Las capitulaciones matrimoniales son un acuerdo de naturaleza contractual otorgado por los cónyuges, en virtud del cual podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio”.³⁵

El autor José María Cutillas de Torns, señala que las capitulaciones matrimoniales: “Es el convenio por el que los cónyuges determinan, ordenan, adaptan, modifican o sustituyen el régimen económico que regula los bienes del matrimonio.

Además de este contenido propio, pueden contener otros objetos de estipulación como por ejemplo la constitución de una hipoteca, el reconocimiento de hijas e hijos extramatrimoniales... Estos otros pactos podrán realizarse siempre que:

- No sean contrarios a las normas relativas a la patria potestad, tutela, ni a los derechos y deberes de los cónyuges. Así, no podría pactarse que uno de los cónyuges se exima del deber de prestar alimentos.

- No alteren los efectos personales del matrimonio. De modo que no podría pactarse el hecho de no vivir juntos y/o de no guardarse fidelidad.

³⁵ Pérez de Castro. **Ob. Cit.**, pág. 46.

- No limiten la igualdad de derechos entre los cónyuges. Así, no puede pactarse que la mujer quede sometida al marido”.³⁶

El citado autor señala que: “El régimen económico se determinará a voluntad de las partes en las capitulaciones matrimoniales, cuando no se den estas se entenderá régimen de sociedad de gananciales salvo en Cataluña donde se dará separación de bienes salvo que la pareja disponga otra cosa”.³⁷

El anteriormente anotado autor define a las capitulaciones matrimoniales como: “Los pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes la cual deberá recaer en ambos conyuges salvo pacto en contrario”.³⁸

El autor Federico Puig Peña, determina que: “Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que celebran los que van a unirse o ya están unidos en matrimonio y que forman el estatuto que reglamentará sus intereses pecuniarios”.³⁹

El citado autor señala que: “Las capitulaciones matrimoniales ya engendren la sociedad conyugal o la separación de bienes, tienen una naturaleza contractual, produciendo o transfiriendo derechos y obligaciones”.⁴⁰

³⁶ Cutillas Torns. **Ob. Cit.**, pág. 2.

³⁷ **Ibid.**

³⁸ **Ibid**, pág. 4.

³⁹ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**, pág. 76.

⁴⁰ **Ibid.**

Capitulaciones matrimoniales, las constituyen el contrato en el que se estipulan las condiciones relativas a los bienes presentes y futuros de los contrayentes.

El Artículo 116 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de la República de Guatemala, señala que: “El régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los contrayentes antes o en el acto de la celebración del matrimonio”.

El Artículo 117 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de la República de Guatemala, señala que: “Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio.

Los esponsales, lo constituye la promesa que hacen hombre y mujer de contraer matrimonio futuro; sin embargo, ésta no produce la obligación de contraer matrimonio sino solamente, el resarcimiento de los daños y restitución de las cosas donadas y entregadas, en caso de incumplimiento.

El Artículo 80 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de la República de Guatemala, señala que: “Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, pero dan lugar a demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas con promesa de un matrimonio que no se efectuó”.

3.2. Invalidez de las capitulaciones

Procederá la nulidad de las capitulaciones en los casos siguientes:

- Inexistencia de la forma legalmente requerida ad solemnitatem
- Vulneración de las leyes, buenas costumbres o igualdad conyugal

Serán meramente anulables las capitulaciones en que exista algún vicio del consentimiento, conforme a las reglas generales, y en particular, en los casos en que el complemento de capacidad requerido a los otorgantes no haya sido observado.

Ineficacia en sentido estricto

Instaurado el principio de la mutabilidad del régimen económico–matrimonial, el mutuo disenso puede desempeñar el mismo papel que en sede contractual. Basta con que los cónyuges manifiesten su intención de privar de efecto a las capitulaciones anteriormente otorgadas

Resulta también defendible el posible sometimiento de las capitulaciones a condición o a término.

Cabe finalmente que las capitulaciones matrimoniales sean objeto de rescisión por fraude de acreedores, sobre todo en los supuestos en que la modificación del régimen económico–matrimonial pretende provocar la insolvencia del cónyuge deudor.

Para que las capitulaciones matrimoniales sean válidas, han de llevarse a cabo mediante escritura pública, es decir, ante Notario. Pueden hacerse capitulaciones matrimoniales en cualquier momento, antes o después de celebrado el matrimonio.

Si se realizan antes de contraer matrimonio, se debe comunicar, al mismo Notario en que se llevaron a cabo, los datos registrales del matrimonio, una vez celebrado éste.

Ahora bien, si en el plazo de un año desde la realización de las capitulaciones matrimoniales no se contrae matrimonio, aquellas devienen ineficaces, es decir, no producen efectos. Las capitulaciones conllevan un acuerdo entre ambos cónyuges, por lo que el marido no puede obligar a la mujer a hacerlas.

Existen limitaciones a la hora de otorgar capitulaciones:

- Para que una persona menor de edad pueda hacerlas necesitará el consentimiento de sus progenitores o tutores salvo para establecer el régimen de separación de bienes o el de participación.

- Para que una persona incapacitada pueda hacerlas necesitará la asistencia legal de su tutor o tutora.

Alteración de las capitulaciones.- Los cónyuges tienen derecho irrenunciable de alterar las capitulaciones matrimoniales y adoptar otro régimen económico del patrimonio conyugal, durante el matrimonio.

La modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá hacerse por medio de escritura pública que se inscribirá en los registros respectivos, y sólo perjudicará a tercero desde la fecha de la inscripción.

3.3. Características

a. Capacidad

Pueden otorgar capitulaciones el mayor de edad. Los menores de edad no emancipados necesitarán el concurso y consentimiento de sus padres o tutores

b. Forma

Dada la trascendencia de los pactos matrimoniales, la generalidad de las legislaciones exigen para ellos la forma pública.

c. Publicidad

La organización económica del matrimonio no es una cuestión que interese sólo a los cónyuges, sino en general a todos cuantos puedan mantener alguna relación

económica o comercial con ellos, así es necesario el carácter público de las capitulaciones.

d. Modificación

Ya se mencionó antes la posibilidad de que las capitulaciones sean objeto de modificación, La modificación puede llevar consigo optar por un régimen económico del matrimonio diferente al vigente hasta dicho momento o bien limitarse a la modificación que supongan la alteración de aspectos concretos del contenido del régimen establecido con anterioridad.

CAPÍTULO IV

4. La nacionalidad

En muchos países, el tema de la nacionalidad se regula a través del derecho civil y esta materia se considera dentro del Derecho Internacional Privado. En otros estados en cambio, especialmente en Latinoamérica, se ha establecido la tradición de incluir en la Constitución los preceptos fundamentales sobre la misma por lo cual pasa a engrosar el estudio del Derecho Constitucional.

No obstante esta diferencia, tenemos que es más técnico tratar la nacionalidad en la Constitución, que en el Código Civil o en leyes especiales; ya que la nacionalidad es la cualidad que permite el ejercicio de los derechos políticos, los cuales están regulados en la Constitución.

En ésta debe establecerse sólo aquellas normas fundamentales sobre la nacionalidad, dejando a una ley especial la reglamentación de dichas normas, como por ejemplo la Constitución de Venezuela de 1999, que provee una ley que deberá dictarse para reglamentar las normas sustantivas y procesales relacionadas a la adquisición, opción, pérdida y recuperación de la nacionalidad venezolana; resolverá los conflictos de nacionalidad, establecerá los requisitos, circunstancias favorables y solemnidades y regulará la pérdida y nulidad de la naturalización por manifestación de voluntad y por obtención de carta de naturaleza.

La nacionalidad es una situación social, cultural y espacial en la que influyen numerosos elementos que definen el escenario político y organizacional de un grupo determinado de personas.

Por ser la nacionalidad un hecho social, no puede ser estudiado como un concepto aislado, y no puede entenderse de manera unilateral, por lo que requiere ser entrelazada con muchos otros conceptos de la materia sociológica, de manera que el tema pueda acercarse lo más posible a un concepto palpable.

Nacionalidad significa también la pertenencia de una persona a un ordenamiento jurídico concreto.

Este vínculo del individuo con un Estado concreto le genera derechos y deberes recíprocos. Este tipo de nacionalidad referida a un país se mezcla conceptual y prácticamente con el concepto de nacionalidad como situación social, y podría perfectamente analizarse por separado o como una parte de la nacionalidad social, pues las leyes son inevitablemente un hecho social.

Los hechos sociales no son nuevos, más si es novedoso el suceso de que en la actualidad podamos distinguirlos de una manera más clara y precisa, pero aun con dificultad; entonces podemos asumir que la nacionalidad y todos los conceptos relacionados con ella, han estado presentes en cualquier organización social, así como en cualquier interacción entre grupos sociales durante toda la historia del hombre.

La situación actual del hombre, con el constante acecho de los efectos de la globalización, han requerido de mayores definiciones concretas en esta materia, especialmente cuando esta interacción mundial requiere normar el comportamiento del hombre en sociedad a través de la ley.

Tal es el caso, que numerosos estados y organizaciones de estados han generado leyes relacionadas con la nacionalidad, sus derechos y sus deberes.

Una nación, entiéndase un grupo de personas que comparten una cultura, pueden ejercer dicha cultura en cualquier espacio geográfico sin perder su nacionalidad.

Es posible que durante este ejercicio, la nacionalidad transportada (por la emigración) sufra algunos cambios en su estructura cultural, modificando el comportamiento de sus integrantes; tal cambio puede generarse al encontrarse con otros grupos culturales y asimilando algunas de sus costumbres, inclusive asimilando el grupo a su propia nación.

Este cambio cultural afecta directamente la esencia de la nación, pudiendo generar una nueva nacionalidad distinta e independiente a la original; tal efecto ha estado presente en toda interacción social del hombre relacionada con el desplazamiento geográfico de una nación, inclúyanse exploración, guerras, invasiones o colonizaciones, todas ellas han generado transformaciones culturales que derivan en la fundación de nuevas naciones.

Entiéndase que esta transformación solo puede ocurrir si un grupo numeroso con una identidad nacional se desplaza o reubica; un ente individual, inclusive investido e identificado con una nacionalidad no podría imponer tal efecto, ya que su estado solitario no posee un motor de fuerza social para lograr el cambio; por el contrario, esta misma relación espacio geográfico / nación, podrían lograr un efecto inverso y asimilar al individuo a la colectividad y sentimiento nacional que domina la región.

En la nacionalidad existen criterios que la determina, siendo estos:

De acuerdo al derecho se tiene por nacer en un determinado país o por los lazos de consanguinidad.

- a. Jus Soli: Es el derecho del suelo en que se nace. La nacionalidad y el Derecho de una persona se rigen por la legislación del país donde ha nacido.

Sin perjuicio del derecho de opción de nacionalidad que puede corresponderle al llegar a una determinada edad. En consecuencia es nacional de un estado quien nace en el territorio del estado y por consiguiente igualmente quien nace en buques o aeronaves del pabellón del Estado, fuere del espacio marítimo, aéreo o terrestre de otro Estado, en virtud al principio o ficción de la extraterritorialidad.

Sistema de origen feudal ya que en la Edad Media, la riqueza estaba constituida en bienes inmobiliarios y el hombre se consideraba vinculado a la tierra, por tanto la nacionalidad se atribuye al lugar de nacimiento.

Los países latinoamericanos lo aplicaron desde su independencia para favorecer la corriente inmigratoria y para resolver el problema de desolación, en su intento por incorporar los hijos de inmigrantes que nacían bajo su jurisdicción. Puede ser absoluto o restringido, o sea limitado.

Existen dos clases de jus soli, siendo estas:

- Jus soli absoluto: Es el criterio de imponer la nacionalidad automáticamente y sin excepción a quienes nazcan en su territorio, no toma en cuenta los vínculos de sangre. Se critica porque se afirma que imponer imperativamente la nacionalidad a personas que accidentalmente puedan haber nacido en el territorio de un estado, sin tomar en cuenta la vinculación patriótica y espiritual con ese estado.

Este criterio se establece aun naciendo en forma accidental en algún Estado, sin que lo una ningún vínculo, ni se radique en él.

- Jus soli restringido: Impone la nacionalidad a quienes nacen en territorio de un estado, pero previo a algunos requisitos como sería residencia, manifestación de voluntad expresa, optar por la nacionalidad del Estado o por la extranjera de sus padres al cumplir la mayoría de edad. Algunos países han establecido en sus legislaciones excepciones en relación a la atribución de jus soli con respecto de la nacionalidad de hijos extranjeros de diplomáticos, que no están residenciados o domiciliados en el Estado, hijos que automáticamente no gozan de la

nacionalidad a menos que al llegar a la mayoría se acojan a la nacionalidad del lugar de su nacimiento.

- b. Jus Sanguinis: Es el derecho de la sangre, por tanto que esta expresión latina da a entender que la nacionalidad y los derechos de una persona se rigen por la legislación de su patria familiar de origen, es decir, por la sangre aun cuando ésta no sea originaria. En este sentido los hijos que nacen en el extranjero mantiene la nacionalidad de sus padres; esto sin perjuicio del Derecho de opción de otra nacionalidad, que pueda corresponderle al llegar a una determinada edad.

Proviene de la antigua Roma, donde eran ciudadanos romanos los hijos de padres romanos. Los países del Continente Europeo lo introdujeron en el Código de Napoleón, siempre bajo la idea que el hijo de un nacional debía estar bajo el dominio perpetuo y exclusivo del Estado. Las legislaciones modernas, confieren la nacionalidad al hijo aunque ambos padres o uno de ellos goce la nacionalidad originaria o adquirida.

El jus sanguinis comporta complicaciones en su interpretación, por cuanto el hijo de quien se trate la nacionalidad, puede tener a su vez padres de diferentes nacionalidades o ser hijos de padres legalmente desconocidos, además puede ser nacionalizado por otro Estado a través del jus soli.

En este sentido los Estados pueden admitir en sus legislaciones, la modalidad de conceder el jus sanguinis con respecto al hijo, sólo mientras éste permanece en su minoría de edad, previendo la posibilidad de que el interesado al cumplir la mayoría de edad, puede optar bien por la nacionalidad del padre o la de la madre, estableciéndose muchas veces que pueda tener nacionalidad del jus sanguinis.

- c. Sistema Mixto: Aplicación conjunta del jus sanguinis y jus soli.
- d. Juicio Crítico: En un Estado, la raza debiera constituir el fundamento del vínculo político de la nacionalidad, el medio para unirse a un Estado. El vínculo de sangre es, en efecto, el que mejor manifiesta la voluntad de los interesados, mientras no hayan pruebas en contrario; en el seno de una familia, el vínculo de sangre contribuye al mantenimiento de una nacionalidad uniforme, lo cual asegura la unidad moral y simplifica numerosos problemas; pero a su vez sería demasiado peligroso.

Si un país que reciba una numerosa inmigración extranjera, no adoptase las necesarias precauciones, llegaría rápidamente a ser víctima de la absorción por parte de corrientes inmigratorias exóticas. En efecto, con el jus sanguinis, la población en América del Norte y del Sur, hubiese llegado rápidamente a estar constituida por una mayoría de extranjeros, pues en virtud de dicho principio, los descendientes de esos inmigrantes, hubiesen conservado su nacionalidad de origen y el peligro sería irremediable.

En realidad hay mucho de verdad y de exageración en los dos sistemas. En efecto, el jus soli, lo mismo que el jus sanguinis, pueden proporcionar a un país, excelentes o detestables ciudadanos.

4.1. La nacionalidad y el Derecho

Con la creación de un estado por parte de una nación, la nacionalidad adquiere un carácter legal. Para constituir un estado es necesario un marco legal que regule el funcionamiento y poder que ejerce a sus pobladores sobre su territorio, entiéndase su propia constitución, leyes y normas.

El dominio de la nación generadora del estado, ejerce su fuerza para legalizar y preservar dentro de estos instrumentos la identidad cultural de la nación, por lo que un estado está inseparablemente asociado con una nación (y con una identidad cultural), aunque por hecho varias naciones culturales ejerzan vida e interacción dentro del territorio de esa nación, ya que están ubicadas en un espacio geográfico.

4.2. Nacionalidad activa y pasiva

Un ciudadano investido de una o más nacionalidades solo puede ejercer una sola nacionalidad a la vez. Tal ejercicio es el de la nacionalidad activa.

Todo sistema jurídico de cualquier estado, confiere a sus ciudadanos y a su nación, una serie de derechos y deberes, los cuales deben ser cumplidos para el goce de los

beneficios de la nacionalidad.

Un estado cualquiera, no le entrega a los ciudadanos sus derechos si éstos no han cumplido con sus deberes; un ciudadano, podría en un estado tener derecho a una pensión de jubilación pagada por el estado, pero tal derecho solo puede ser entregado si este ciudadano cumple con su obligación del pago de impuestos y deducciones en los sistemas del estado, que ayudan al mantenimiento del mismo y a la formación del sistema de pensiones.

En tal sentido, un ciudadano, no podría mantener simultáneamente dos vidas en dos estados diferentes, lo cual le inhabilitaría para cumplir con sus obligaciones y el goce de sus beneficios. Normalmente, esta situación está regulada por los estados y se requiere del cumplimiento de procedimientos para ejercer sus derechos que la nacionalidad le confiere. Por lo anterior se entiende, que la o las nacionalidades que no se ejercen son las pasivas, que no se pierden pero tampoco se pueden ejercer.

La nacionalidad activa se mide por el tiempo de residencia interrumpida o consecutiva que sumen la mitad de días del año más un día, en el lapso de un año. Igualmente, es medida en sus desplazamientos internacionales por el pasaporte de cuya nacionalidad utilice para ingresar a otros países.

La más elemental definición de un Estado combina sus elementos esenciales, que son una población, asentada en un territorio, organizada políticamente.

Es decir, para que exista un estado no sólo es necesario existencia de un territorio con un sistema de organización política, sino que por sobre todo que exista un pueblo asentado en el mismo, integrado por personas que gozan de derechos y tienen obligaciones.

Por ello entre los elementos fundamentales de la organización política del Estado, está el estatuto de las personas, el cual se refiere, por una parte a los nacionales, quienes además pueden ser ciudadanos al corresponderle el ejercicio de los derechos políticos, y por la otra, a los extranjeros; clasificación que deriva de la existencia o no del vínculo jurídico esencial que tienen las personas con el Estado y que es el que origina la nacionalidad.

El régimen de los nacionales y de los extranjeros, como personas, en principio está regido por el principio de igualdad y no discriminación, razón por la cual, en principio tienen iguales derechos y que básicamente se refieren a los derechos políticos que derivan de la ciudadanía, que en principio corresponde sólo a los nacionales.

Tiene por objeto establecer las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, así como con la renovación y nulidad de la naturalización, además del desarrollo de los principios constitucionales referidos al ejercicio de la ciudadanía y las causales de suspensión del mismo.

4.3. Derecho a la Nacionalidad

1. Estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación.
2. Condición o carácter peculiar de las personas o individuos de una nación.

Es indispensable decir que toda persona tiene nacionalidad (no adquiere) porque no se puede hablar de una adquisición si la tienen desde el momento de su nacimiento, mejor dicho, desde que es persona. Nadie puede estar exento de tener una nacionalidad, independientemente de que el país al que pertenezca se la otorgue o no.

La nacionalidad se adquiere por nacimiento o por naturalización.

- a. Son guatemaltecos por nacimiento:
 - I. Los que nazcan en territorio de la república, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
 - II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres guatemaltecos nacidos en territorio nacional, de padre guatemalteco nacido en territorio nacional, o de madre guatemalteca nacida en territorio nacional.

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres guatemaltecos por naturalización, de padre guatemalteco por naturalización, o de madre guatemalteca por naturalización.

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves guatemaltecas, sean de guerra o mercantes.

b). Son guatemaltecos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la secretaría de relaciones carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer guatemaltecos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Esto señala disposiciones que retoman aspectos del derecho romano como el jus sanguini y el jus soli; los cuales se basan en la nacionalidad de los progenitores y en el lugar del nacimiento, para otorgar la nacionalidad.

En cuanto a las causas de la pérdida de la nacionalidad guatemalteca, se indican las siguientes:

1. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero.
2. Por residir, siendo guatemalteco por naturalización, durante 5 años continuos en su país de origen.

La nacionalidad por nacimiento y naturalización, en el ámbito internacional, como todas las instituciones jurídicas, está sujeta a ciertos principios generales, los cuales son aplicados por los sistemas jurídicos de cada Estado, en distinta manera y extensión³⁷. Estos principios científicos o axiomas racionales constituyen una especie de síntesis del derecho público y del derecho privado en lo que respecta a la nacionalidad y precisamente es la base doctrinaria para muchas Constituciones y Leyes secundarias o especiales.

Los principios son:

- a. Toda persona debe tener una nacionalidad. Este es un principio fundamental y es que todo ser humano debe tener una patria, de lo contrario se volvería un problema para otros Estados. Precisamente la figura del destierro ha desaparecido de muchas legislaciones penales, por atentar contra el Derecho a la Nacionalidad.
- b. Ninguna persona debe tener mas de una nacionalidad: Este principio también es fundamental y consiste en que nadie debe tener más de una patria. Aun cuando

existen Estados que aceptan la doble o múltiple nacionalidad, muchos la rechazan, debido a que no puede ser una persona obediente a dos patrias, principalmente cuando se suscitan los conflictos de nacionalidad.

- c. Toda persona puede cambiar de nacionalidad. Este se fundamenta en que todo hombre o mujer tiene derecho de cambiar libremente de nacionalidad, dejando la que le ha correspondido y sustituyéndola por otra, que le llene sus necesidades vitales, ya que la primera no lo hizo, o por vínculos familiares.

- d. La renuncia pura y simple de la nacionalidad no basta para perderla: Este principio consiste en que la renuncia no es causal de pérdida de la nacionalidad, a menos que vaya unida a la adquisición de una nueva. Y es que muchos Estados la hacen efectiva desde el momento en que las personas renuncian, y aún no han adquirido la nueva nacionalidad, porque deben presentar la renuncia expresa, en ese lapso podría presentarse alguna situación que obstaculice la otorgación de la nacionalidad por parte del tercer Estado, lo que podría dejar apátrida a la persona, por ello la Convención de la Reducción de Personas sin nacionalidad de la ONU, en su Artículo 6 inciso séptimo letra a) dice “la renuncia a la nacionalidad será efectiva hasta que se le conceda legalmente la nacionalidad a la persona; el Estado que concede deberá comunicar al Consulado respectivo del país de procedencia del solicitante para que la haga efectiva, hasta que la persona posea la Carta de Naturalización.

- e. La nacionalidad de origen no debe transmitirse indefinidamente en el extranjero: Significa que la nacionalidad de origen no puede mantenerse y transmitirse de generación en generación más allá de cierto límite en territorio extranjero.
- f. La nacionalidad adquirida puede ser revocada: La doctrina ha agregado este principio, según el cual el Estado que ha concedido una naturalización tiene derecho para revocarla o dejar sin efecto, bajo determinadas circunstancias (ausencia prolongada de la patria, traición a la patria, condena judicial o cualquier otra situación que a juicio de las autoridades competente, ponga en peligro la seguridad del Estado y de la sociedad). Considerándose éste un derecho de los Estados.
- g. Toda persona puede recuperar la nacionalidad perdida: considerado también un derecho de las personas, principalmente para los de origen y en algunos casos a los naturalizados.

4.4. Análisis jurídico y doctrinario del Artículo 118 inciso 4 del Código Civil, Decreto Ley 106, en la desigualdad de la regulación del matrimonio de los cónyuges extranjeros

La presente investigación es llevada a cabo debido a la falta de generalidad de la aplicación de la ley al ser específica en el Artículo 118 inciso 4 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala.

¿El Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, determina en su Artículo 118 inciso 4 que Si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado, y es aquí donde surge la falta de generalidad de la aplicación, debido a que no hace mención sobre la forma inversa de hombre guatemalteco con mujer extranjera?

“Las capitulaciones matrimoniales son un acuerdo de naturaleza contractual otorgado por los cónyuges, en virtud del cual podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio”.⁴¹

“La nacionalidad es una situación social, cultural y espacial en la que influyen numerosos elementos que definen el escenario político y organizacional de un grupo determinado de personas. Por ser la nacionalidad un hecho social, no puede ser estudiado como un concepto aislado, y no puede entenderse de manera unilateral, por lo que requiere ser entrelazada con muchos otros conceptos de la materia sociológica, de manera que el tema pueda acercarse lo más posible a un concepto palpable”.⁴²

“La nacionalidad significa también la pertenencia de una persona a un ordenamiento jurídico concreto. Este vínculo del individuo con un Estado concreto le genera derechos y deberes recíprocos. Este tipo de nacionalidad referida a un país se mezcla conceptual y prácticamente con el concepto de nacionalidad como situación social, y podría

⁴¹ Reyes Gallur, Juan José. **Crisis familiar y derecho**. Pág. 78.

⁴² Villagrán Kramer, Francisco. **Derechos de los tratados**, pág. 12.

perfectamente analizarse por separado o como una parte de la nacionalidad social, pues las leyes son inevitablemente un hecho social.”⁴³

“En la mayoría de las legislaciones, la ley establece un régimen económico para el matrimonio, con carácter supletorio para el caso más común, de que los cónyuges no establezcan ningún acuerdo en este sentido. En este caso se aplica el sistema fijado por defecto” .⁴⁴

“El régimen matrimonial, régimen económico matrimonial o régimen patrimonial del matrimonio es el estatuto jurídico que regula la relación económica en un matrimonio de los cónyuges entre sí y de éstos respecto de terceros” .⁴⁵

“El régimen económico tiene gran trascendencia sobre todo en caso de separación matrimonial, en divorcio y en derechos de tipo sucesorio (mortis causa) como son las herencias, aunque también tiene gran repercusión frente a terceros en los casos de insolvencia de alguno de los cónyuges, por lo que si se desvía de lo establecido por defecto por la ley, normalmente debe estar inscrito en un registro público” .⁴⁶

En nuestro ordenamiento jurídico civil existe una falta de generalidad sobre la aplicación de la ley, en el Artículo 118 inciso 4, debido a que solo expresa la nacionalidad de unos de los cónyuges, en vez de ser de ambos.

⁴³ **Ibid**, pág. 13.

⁴⁴ Albaladejo, Manuel. **Derecho civil**, pág. 13.

⁴⁵ Feugoni Rey, Guillermo. **Manual básico de derecho civil**, pág. 8.

⁴⁶ **Ibid**.

La Constitución Política de la República de Guatemala: describe en el Artículo 144: “Nacionalidad de origen. Son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero. Se exceptúan los hijos de funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados. A ningún guatemalteco de origen, puede privársele de su nacionalidad”.

La Carta Magna describe en el Artículo 145: “Nacionalidad de centroamericanos. También se consideran guatemaltecos de origen, a los nacionales por nacimiento, de las repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica, si adquieren domicilio en Guatemala y manifestaren ante autoridad competente, su deseo de ser guatemaltecos. En ese caso podrán conservar su nacionalidad de origen, sin perjuicio de lo que se establezca en tratados o convenios centroamericanos”.

El Artículo 146 describe: Naturalización. “Son guatemaltecos, quienes obtengan su naturalización, de conformidad con la ley. Los guatemaltecos naturalizados, tienen los mismos derechos que los de origen, salvo las limitaciones que establece esta Constitución”

El Artículo 147 del la Constitución Política de la República de Guatemala, describe que: “Ciudadanía. Son ciudadanos los guatemaltecos mayores de dieciocho años de edad. Los ciudadanos no tendrán más limitaciones, que las que establecen esta Constitución y la ley”.

El Artículo 148 describe en el Artículo 148: “Suspensión, pérdida y recuperación de la ciudadanía. La ciudadanía se suspende, se pierde y se recobra de conformidad con lo que preceptúa la ley”.

En base a los Artículos citados la Constitución Política de la República de Guatemala, realizó el siguiente análisis:

Guatemala concede la nacionalidad de origen con base al *Jus soli* y al *Jus sanguinis*, es decir a los nacidos en el territorio nacional, naves o aeronaves³⁸ guatemaltecas además a los hijos de padre o madre guatemaltecos nacidos en el extranjero. Artículo 144 Constitución Política de la República de Guatemala.

Además también concede la nacionalidad de origen a los nacidos en los países que conformaron la antigua Federación Centroamericana Artículo 145 Constitución Política de la República de Guatemala, a quienes les concede la doble nacionalidad. La nacionalidad de origen la consideran irrevocable. La naturalización la puede obtener los individuos de los demás Estados que no son los de la Federación Centroamericana. Artículo 146 Constitución Política de la República de Guatemala.

La ciudadanía se concede a los nacionales mayores de 18 años o a los naturalizados que ya hayan cumplido la mayoría de edad señalada. Artículo 147 Constitución Política de la República de Guatemala.

La Constitución no establece ni las causales de pérdida de la nacionalidad ni en qué casos se puede recuperar, dejándole esta atribución a la Ley Secundaria.

CONCLUSIONES

1. En el Código Civil, existe una laguna de ley en la que se refiere al Artículo 118 inciso 4 del Código Civil, Decreto número 106 del Jefe de la República de Guatemala, debido a que existe desigualdad de la regulación del matrimonio de los cónyuges extranjeros.
2. La falta de generalidad del ordenamiento civil, exige a los notarios la realización de capitulaciones matrimoniales entre mujeres extranjeras y hombres guatemaltecos, debido a que el Código Civil no estipula la forma de realizar si el hombre es extranjero y la mujer guatemalteca.
3. El matrimonio es una institución que establece entre los cónyuges, una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, donde la ley guatemalteca les brinda varios tipos de regímenes económicos que pueden adquirir en el matrimonio.
4. Las personas extranjeras que contraen matrimonio civil en el país, no significa que su estadía en Guatemala sea legal y que puede quedarse de por vida en el mismo, por el contrario, su situación migratoria no ha sido tramitada ante las autoridades de migración guatemaltecas.
5. Para un matrimonio en Guatemala, un extranjero debe presentar su pasaporte válido y certificado de nacimiento, estos documentos deben venir firmados por el

embajador o cónsul de Guatemala en el país de origen del contrayente, así como por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, sin embargo en estos documentos no se puede verificar si son falsos o verídicos, lo que provoca inseguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

1. La reforma por parte del Congreso de la República de Guatemala, al Artículo 118 inciso 4 del Código Civil, es tan importante, ya que existe desigualdad de la regulación del matrimonio de los cónyuges extranjeros, debido a que solo da la opción de de hombre extranjero con mujer guatemalteca.
2. El Código Civil y la Ley de Nacionalidad de Guatemala, establecen el matrimonio entre hombre extranjero y mujer guatemalteca, pero es necesario que incluyan a la mujer extranjera con hombre guatemalteco, por que actualmente lo que realizan los notarios son capitulaciones matrimoniales, no investigando ni exigiendo ningún otro requisito.
3. Es necesario que los notarios guatemaltecos exijan los documentos al extranjero para contraer matrimonio en el país, verificando que cada uno de esos documentos cumpla con los respectivos pases de ley para establecer que no sean falsos y así mismo determinar que la persona no este casado en su país de origen.
4. El Ministerio de Relaciones Exteriores debe de enviar al Registro Nacional de las Personas las razones extendidas de los extranjeros que se han naturalizado en el país como de acuerdo a lo que establece el Código Civil, para agilizar el proceso de nacionalidad en Guatemala.

5. Es de carácter forzoso que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 118 inciso 4, del Código Civil donde incluyan a hombre y mujer, ya que existe discriminación de género y debido a esta laguna de ley deja a los profesionales del derecho al margen de realizar procesos sin ninguna investigación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho civil**. Editorial Vile, Edición 1995. Guatemala.

ALABALADEJO, MANUEL. **Derecho civil español**. Barcelona: Ed. Bosch, 1997.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de Derecho Civil**. Guatemala: Ed. USAC, 1990.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. España: (s.e.), 1980.

CUTILLAS TORNS, José María. **Las Capitulaciones Matrimoniales**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.), 2005.

FRUGONI REY, Guillermo. **Manual básico de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.): Ed. 1974.

FRUGONI REY, Guillermo. **Derecho privado**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Coloquio, 1980.

NEGRI, Héctor. **La obligación**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo – Perrot, 1970 .

PÉREZ DE CASTRO, Ramona. **Las capitulaciones matrimoniales**. España: (s.e.), 2003.

PEREZ MARTIN, Antonio Javier. **Procedimiento Contencioso. Separación, Divorcio y Nulidad. Uniones De Hecho. Otros Procedimientos Contenciosos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Kapeluz, 2003.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Barcelona: Ed. Labor, 1976.

VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. España: Ed. Labor, (s.f.).

Legislación:

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

Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala. Emitido el 1 de julio de 1964.

Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala. Emitido el 1 de enero de 1947.