



**ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO SOBRE LA
DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL
MATRIMONIO, CONTENIDA EN EL SEGUNDO Y
TERCER CONSIDERANDO DEL DECRETO 27-2010 DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

DULCE MARÍA DEL SOL PÉREZ MONTENEGRO

Guatemala, noviembre del 2013



**ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO SOBRE LA
DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL
MATRIMONIO, CONTENIDA EN EL SEGUNDO Y
TERCER CONSIDERANDO DEL DECRETO 27-2010 DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada al Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo

Por:

DULCE MARÍA DEL SOL PÉREZ MONTENEGRO

Para optar al grado académico de:

LICENCIADA EN DERECHO

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Asesora

Beatriz Pimentel Rosales

Licenciada en Derecho

Guatemala, noviembre del 2013

DEDICATORIA

A:

Dios,

a mis padres,

a mis hermanas

y a mi familia en general.

*“Pon un motivo sobrenatural a tu ordinaria labor profesional, y habrás
santificado el trabajo”*

-San Josemaría Escrivá de Balaguer-

BEATRIZ PIMENTEL ROSALES

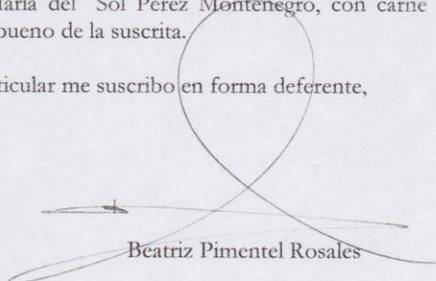
Guatemala, 5 de agosto de 2013

Señores
Facultad de Derecho
Universidad del Istmo
Ciudad

Estimados Señores:

Me permito informarles que procedí a revisar el trabajo de tesis titulado como *“Análisis insfilosófico sobre la desnaturalización de la institución del matrimonio, contenida en el segundo y tercer considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala”*, elaborado por la alumna Dulce María del Sol Pérez Montenegro, con carné número 2711-08, el cual cuenta con el visto bueno de la suscrita.

Sin otro particular me suscribo en forma deferente,



Beatriz Pimentel Rosales

BEATRIZ PIMENTEL ROSALES
ABOGADO Y NOTARIO

HUMBERTO GRAZIOSO BONETTO

ABOGADO Y NOTARIO
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DOCTOR EN DERECHO
UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN

Guatemala, 21 de octubre de 2013

Señores
Consejo de la Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL ISTMO
Presente

Estimados señores:

Por designación en mi recaída he procedido a revisar el trabajo de tesis de licenciatura de la estudiante Dulce María del Sol Pérez Montenegro, titulada "Análisis lusofilosófico sobre la Desnaturalización de la Institución del Matrimonio, Contenida en el Segundo y Tercer Considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala".

Después de darle lectura al trabajo de mérito, consideré oportuno hacer algunas modificaciones de fondo al mismo, las cuales fueron debidamente cumplimentadas por la estudiante Dulce María del Sol Pérez Montenegro, razón por la cual apruebo ampliamente el mismo.

Sin otro particular, me despido del Honorable Consejo con las más distinguidas muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

Dr. Humberto Grazioso Bonetto





UNIVERSIDAD
DEL ISTMO

FACULTAD DE
DERECHO

FDER 642-13

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS

En la ciudad de Guatemala, el once de noviembre de dos mil trece, la infrascrita Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo,

CERTIFICA:

PUNTO ÚNICO: Haber tenido a la vista el libro de actas del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo correspondiente al año dos mil trece, en el que se contiene el acta número veinticinco diagonal trece (25/13), correspondiente a la sesión celebrada por el Consejo de Facultad el miércoles seis de noviembre de dos mil trece.

Consta en el punto segundo de dicha acta la resolución que, en su parte conducente, dice textualmente:

El Consejo de Facultad conoció la propuesta de autorización de impresión del trabajo de tesis de la alumna Dulce María del Sol Pérez Montenegro, con el título **"ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO SOBRE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO, CONTENIDA EN EL SEGUNDO Y TERCER CONSIDERANDO DEL DECRETO 27-2010 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"**. Estudiado el punto, y considerando que se ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Tesis respectivo, el Consejo de Facultad resolvió:

- a. Autorizar la impresión del trabajo de tesis de la alumna Dulce María del Sol Pérez Montenegro, con el título **"ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO SOBRE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO, CONTENIDA EN EL SEGUNDO Y TERCER CONSIDERANDO DEL DECRETO 27-2010 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"**.

No habiendo más que hacer constar, se finaliza la presente, firmando la misma la Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, quien da fe.

Licda. Leticia Andrea Morales Díaz
Secretaria de Consejo de Facultad



23 calle 15-45 zona 13
PBX (502) 2327-1500
(502) 2327-1548
Fax: (502) 2327-1504
E-mail: fder@unis.edu.gt
www.unis.edu.gt
Guatemala, Centroamérica

RESUMEN

Este trabajo de tesis ha sido elaborado con la finalidad de realizar un análisis, sobre cómo los considerandos segundo y tercero del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, desnaturalizan la institución del matrimonio.

En vista que los considerandos carecen de fuerza normativa, pero resultan tener una relevancia jurídica por ser el reflejo del espíritu y motivación de una ley o de su reforma, como sucede en este caso; se ha realizado un estudio de los mismos por medio de una modalidad de investigación jurídico – descriptiva, que parte de una perspectiva iusfilosófica.

Es en base a la concepción clásica del Derecho Natural que se realiza el análisis iusfilosófico del tema antes expuesto, y a partir de éste se examina la relación que existe entre el matrimonio como institución natural y la fundamentación de reformas de ley que consideran al divorcio como opción para la disolución del vínculo conyugal.

De acuerdo con la anterior concepción, el matrimonio es lo justo natural por ser atribuido al hombre como un derecho natural originario y primario, derivado de la propia naturaleza humana, siendo el mismo para todos los hombres, en todas las épocas y que representa un bien fundamental de carácter permanente.

Asimismo, el matrimonio no es una creación del legislador, ni un producto cultural; sino una inclinación natural, reconocida por las distintas culturas del

mundo hasta su positivización. Sus fines son la procreación y educación de los hijos, así como el perfeccionamiento de los cónyuges. Derivándose de éstos sus propiedades esenciales: la unidad e indisolubilidad.

El segundo y tercer considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala desnaturalizan la institución del matrimonio cuando indican que el divorcio es una opción para disolver el vínculo matrimonial; puesto que ello vulnera la propiedad esencial de la indisolubilidad que es necesaria para el desarrollo de los fines, antes expuestos.

La naturaleza humana indica que existe libertad para contraer matrimonio y elegir con quién contraerlo, es por ello que se desnaturaliza a dicha institución cuando el legislador manifiesta como fundamento de reformas al Decreto Ley 106, Código Civil y al Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal; que basta la voluntad de uno solo de los cónyuges para disolver un vínculo que en principio fue un compromiso adquirido por dos personas y que es naturalmente indisoluble.

ÍNDICE

	Página
Introducción	19
Capítulo 1. Realismo jurídico clásico y derecho natural	23
1.1. El derecho como “lo justo”	23
1.2. Lo justo natural y lo justo positivo	25
1.3. La ley natural y la ley positiva	29
1.4. Concepción clásica del Derecho Natural	34
Capítulo 2. Sobre el matrimonio	39
2.1. Concepto, características y fines del matrimonio	39
2.2. Evolución histórica	47
2.3. Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales	58
2.3.1. Clases de matrimonio	58
2.3.1.1. Por grupos	58
2.3.1.2. Por rapto	59
2.3.1.3. Por compra	59
2.3.1.4. Consensual	59
2.3.1.5. Canónico	59
2.3.1.6. Rato	60
2.3.1.7. Solemne	60
2.3.1.8. Igual	60
2.3.1.9. Morganático	60
2.3.2. Sistemas matrimoniales	60
2.3.2.1. Sistema exclusivamente religioso	61
2.3.2.2. Sistema exclusivamente civil	61
2.3.2.2.1. Matrimonio civil facultativo tipo latino	61

2.3.2.2.2. Matrimonio civil facultativo tipo anglosajón	62
2.4. Naturaleza jurídica	62
2.4.1. Matrimonio como contrato	63
2.4.2. Matrimonio como institución	69
2.4.3. Matrimonio como acto jurídico	73
2.5. El matrimonio a la luz de la concepción clásica del Derecho Natural	74
Capítulo 3. Sobre la separación y el divorcio	85
3.1. Sobre la separación	85
3.1.1. Concepto y clasificación	85
3.1.1.1. Concepto	85
3.1.1.2. Clasificación	87
3.1.1.2.1. Separación de hecho	87
3.1.1.2.2. Separación legal	87
3.1.2. Causas de la separación personal	87
3.1.2.1. Subjetivas	88
3.1.2.2. Objetivas	90
3.1.3. Efectos de la separación en la legislación guatemalteca	91
3.2. Sobre el divorcio	92
3.2.1. Concepto	92
3.2.2. Evolución histórica	94
3.2.3. Clasificación	98
3.2.3.1. Por voluntad unilateral	99
3.2.3.2. Por mutuo acuerdo	99
3.2.4. Naturaleza jurídica	99
3.2.4.1. Como repudio	99
3.2.4.2. Como remedio	99

3.2.4.3. Como sanción	99
3.2.5. Tesis divorcistas y antidivorcistas	100
3.2.6. Efectos del divorcio en la legislación guatemalteca	102
Capítulo 4. Sobre la desnaturalización de la institución del matrimonio en el segundo y tercer considerando del Decreto 27- 2010 del Congreso de la República de Guatemala	107
4.1. Libertad individual en el matrimonio	107
4.2. Errores legislativos contemporáneos por exceso y defecto de libertad individual en el matrimonio	109
4.3. Desnaturalización de la institución del matrimonio en el segundo y tercer considerando del Decreto 27- 2010 del Congreso de la República de Guatemala	113
Conclusiones	119
Referencias	123

INTRODUCCIÓN

El objetivo general del trabajo es realizar un análisis desde la perspectiva iusfilosófica, sobre cómo los considerandos segundo y tercero del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, desnaturalizan la institución natural del matrimonio.

Dentro de los objetivos específicos se encuentran los siguientes: establecer la relación existente entre matrimonio y Derecho natural en su concepción clásica, hacer una recopilación histórica sobre el matrimonio y el divorcio, conocer la naturaleza jurídica del matrimonio y el divorcio, establecer las consecuencias jurídicas del matrimonio, del divorcio y de la separación.

Realizar un análisis iusfilosófico sobre el tema de la desnaturalización de la institución del matrimonio, es provechoso puesto que el contenido que encierra el mismo no ha sido del todo investigado y trata sobre el matrimonio que es una institución fundamental de la sociedad.

No obstante que los considerandos son el espíritu y motivación de una ley o de una reforma de ley, como sucede en este caso; carecen de fuerza normativa y es por ello que se ha decidido realizar un estudio de los mismos desde una perspectiva iusfilosófica, partiendo del realismo clásico y su concepción del iusnaturalismo para fundamentar el trabajo de investigación.

También, debe destacarse que el ejercicio y responsabilidad de la libertad personal dentro del matrimonio se encuentran erróneamente concebidas dentro de dichos considerandos, ya que permiten que una decisión bilateral, como es la de contraer matrimonio, quede anulada por una decisión unilateral, lo que

carece de lógica y de falta de conocimiento sobre los fines y propiedades del matrimonio.

Asimismo, nos encontramos dentro de una sociedad que padece de una grave crisis familiar y lo menos que necesita es de normas que proporcionen soluciones poco o nada convenientes, para solventar las vicisitudes que padecen la generalidad de matrimonios.

Por lo expuesto anteriormente, se considera que el tema es jurídicamente relevante, ya que, normas que regulan instituciones tales como la del matrimonio no pueden dejar de tener un fundamento apegado a su naturaleza jurídica.

La estructura del trabajo de investigación se encuentra dividida en capítulos que a su vez se dividen en temas, los cuales tienen sus propios subtemas.

El tema del primer capítulo del trabajo de tesis, es el “Realismo Jurídico Clásico y Derecho Natural”, en el que se hace una exposición sobre lo que en el realismo jurídico clásico se entiende por “lo justo” y específicamente “lo justo natural” y su diferencia con lo “justo positivo”. Además de que se desarrollará con brevedad el tema de la ley natural y su relación con la ley positiva y finalmente lo que debe entenderse por Derecho Natural en su concepción clásica.

La razón de ser de dicho capítulo es definir expresamente cuál es la concepción del Derecho Natural que será empleada a lo largo del trabajo. De tal manera que, cuando llegue a hacerse el análisis del matrimonio a la luz del Derecho Natural, se tenga claridad en los conceptos a utilizar.

El tema principal del segundo capítulo es “el matrimonio” y como primer punto se realiza la exposición de su concepto, características y fines. El orden de dicha exposición se debe a que para entender qué es el matrimonio resulta necesario conocer su etimología, ya que partiendo de ella es posible crear un concepto y del mismo extraer sus características y fines.

En el segundo punto, se hace una exposición sobre la evolución histórica; en el tercero, se describe la clasificación del matrimonio y sistemas matrimoniales; en el cuarto, se analiza su naturaleza jurídica como contrato, institución y acto jurídico. Finalmente en el quinto punto, se examina el matrimonio a la luz de la concepción clásica del Derecho Natural.

El tema del tercer capítulo es “sobre el divorcio y la separación”, el cual ha sido desarrollado en vista que dentro de los considerandos a analizar, el legislador los ha concebido como “opciones a las que las partes (cónyuges) pueden acudir para solucionar las vicisitudes de la vida en común”; es decir lo que aparentemente constituyen diferencias irreconciliables y que encuentran solución en el amor verdadero.

Es por ello que dicho capítulo se subdivide en dos apartados, el primero que trata sobre el divorcio, su concepto, evolución histórica, clasificación, naturaleza jurídica, tesis divorcistas y antidivorcistas y sus efectos en la legislación guatemalteca.

Y en el segundo, que versa sobre la separación, su concepto y clasificación, sus causas objetivas y subjetivas, así como sus efectos en la legislación guatemalteca.

Una vez conocidos los antecedentes históricos del matrimonio, divorcio y separación, y habiéndose analizado las distintas formas en que los autores y la ley guatemalteca los conceptualizan; se dejan sentadas las bases para proceder a realizar el análisis de la desnaturalización del matrimonio en el segundo y tercer considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, a la luz del Derecho Natural.

Lo anterior es propio del cuarto y último capítulo de la tesis que incluye temas como la libertad individual de los cónyuges en el matrimonio y los errores legislativos que se han cometido por exceso y defecto de dicha libertad.

Siendo la conclusión central a la que se ha llegado luego del trabajo de investigación y análisis del tema la siguiente: que el matrimonio no es una institución creada por los legisladores, sino que es una exigencia propia de la naturaleza humana que tiene sus propios fines que son la procreación y educación de los hijos, así como el auxilio mutuo entre los cónyuges. El matrimonio entonces está regulado en principio por el Derecho Natural y solamente ha sido formalizado por el derecho positivo.

En virtud de lo anterior, los legisladores al elaborar reformas fundamentándose en agilizar los trámites del divorcio como “opción para disolver el vínculo” desnaturalizan al matrimonio como institución natural, porque vulneran la indisolubilidad, que es propiedad esencial del mismo, convirtiendo la decisión bilateral en la que el mismo se funda, en una decisión unilateral para disolverlo.

Capítulo 1. Realismo jurídico clásico y derecho natural

1.1 El derecho como “lo justo”

De acuerdo con Javier Hervada, “el derecho precede a la justicia”¹, para poder comprender esta afirmación entendiendo la justicia como la “constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo suyo”², es necesario entender qué es lo justo.

Lo justo es el derecho que tiene el otro sobre un bien corpóreo o incorpóreo que siendo suyo le es debido; por lo tanto al serle debidopuede, si quiere exigirlo a su deudor.

Por lo que, se puede determinar que: derecho, lo suyo y lo justo son sinónimos, que expresan el objeto de la justicia³. Es por ello que Javier Hervada afirma que “Esta cosa de cada uno es lo suyo desde la perspectiva del titular del derecho; es lo justo en la perspectiva del hombre justo – del que tiene que dar la cosa a su titular- e indica que lo que debe dar es ni más ni menos que lo debido; y es *ius* desde la perspectiva del jurista, porque es el objeto de su arte y ciencia”⁴.

¹Hervada, Javier. Sin fecha de publicación. **Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico.** [en línea]. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LdR7p_1BR|AJ:dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12655/1/PD_18_08.pdf+realismo+jur%C3%ADdico+cl%C3%A1sico&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=qt[consulta: 1 de febrero de 2013]

²Loc. Cit.

³Loc. Cit.

⁴Loc. Cit.

Partiendo de lo expuesto en el párrafo anterior, es necesario destacar la existencia de los supuestos de la justicia y el derecho que, según Hervada, son: que las cosas están repartidas y que las cosas se encuentren en poder de otro⁵.

En primer lugar, que las cosas estén repartidas significa que “las cosas están atribuidas a distintos sujetos”⁶ y en vista de eso se dice que “ni todo es de todos ni todo es de la colectividad humana”. Siendo la consecuencia inmediata que ciertas cosas entren en el dominio de una persona y que por ello se diga que el derecho precede a la justicia, añadiendo a ello que cuando el primero se quebranta, es necesario restaurarlo mediante la justicia.

Entonces se puede determinar que la justicia es un “acto segundo”⁷ porque será ejercida únicamente en los casos en donde la persona que la pide tiene un derecho que reclama como suyo y que le es debido. Hervada lo explica diciendo que, “la justicia no atribuye las cosas, sino que sigue al hecho de que ya están atribuidas”⁸.

Cabe destacar que es común que se crea que la justicia preceda al derecho, puesto que ésta es la que determina que éste sea justo o injusto. No obstante, dicho argumento no es correcto en tanto que al ser la justicia un acto segundo requiere de un acto primero que es la existencia previa de un derecho. Hervada expresa que “La virtud de la justicia presupone el derecho; en este sentido es siempre algo posterior al derecho”⁹.

⁵Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 23 – 31.

⁶*Ibíd.*p. 23.

⁷*Ibíd.*p. 24.

⁸*Loc. Cit.*

⁹*Ibíd.*p. 27.

Como segundo supuesto de la justicia y el derecho se tiene que las cosas estén o puedan estar en poder de otros. Este supuesto es de suma importancia en vista que el acto de justicia podrá manifestarse en tanto y en cuanto que lo suyo dejó de serlo porque pasó a poder de un tercero que está obligado a entregarlo al titular del derecho. Dice Hervada que, “sólo así habrá el acto de dar –entregar o respetar- a uno lo que es suyo”¹⁰.

1.2 Lo justo natural y lo justo positivo

En primer lugar, lo justo natural “son las cosas atribuidas al hombre por título natural y medida natural... será derecho natural todo aquello en el que la deuda y la correspondiente exigibilidad no provengan de la voluntad humana, sino de la misma naturaleza del hombre”¹¹.

De acuerdo con el citado autor, son bienes que constituyen derechos naturales los siguientes:¹²

- Los bienes que forman el ser del hombre, sus potencias y tendencias.
- Las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre.
- Los bienes que son el objeto de esas operaciones.

En vista de lo anteriormente señalado y considerando que el ser humano tiene una naturaleza dinámica, está ordenado a ciertos fines para poder perfeccionarse. Es por ello que “Las operaciones que responden a los fines

¹⁰Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 95 – 98.

¹¹*Ibíd.*p. 98.

¹²*Ibíd.*p. 95.

naturales del hombre porque tienden a su obtención, son expresión de la naturaleza humana, pues de ella nacen; constituyen, por lo tanto derechos naturales”.¹³

Es oportuno mencionar que de acuerdo con Javier Hervada existen dos clases de derechos naturales:¹⁴

- Los derechos originarios, entendidos como aquellos que se derivan de la propia naturaleza del ser humano, siendo los mismos para todos los hombres en todas las épocas, como el derecho a la vida. Estos derechos se clasifican en¹⁵:
 - **Primarios**, son aquellos que “representan los bienes fundamentales”¹⁶, por lo tanto son permanentes, como lo es el derecho al matrimonio.
 - **Derivados**, son aquellos que son “manifestaciones”¹⁷ de los derechos primarios, por ejemplo la educación de los hijos, es un derecho derivado del derecho al matrimonio.
- Los derechos subsiguientes, son aquellos que proceden “de la naturaleza humana en relación a situaciones creadas por el hombre”¹⁸, como el derecho a la legítima defensa.

Lo justo natural al representar los derechos del hombre que son inherentes a su persona, no son afectados por el transcurso del tiempo. Es por ello que se pueden establecer los siguientes principios¹⁹:

¹³Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 92 – 100.

¹⁴*Ibid.*p.92.

¹⁵*Ibid.*p.94.

¹⁶*Loc. Cit.*

¹⁷*Loc. Cit.*

¹⁸*Ibid.*p.93.

¹⁹*Ibid.*p.100.

- **La historia no afecta al fundamento de los derechos naturales:** Esto en virtud que la condición humana no es afectada por el transcurso del tiempo, porque la esencia del ser humano siempre es la misma. No importa si se es un niño o un anciano de esta época o de alguna del pasado.
- **La historia no afecta la titularidad de los derechos naturales, porque el título es inherente de la naturaleza humana:** Sin embargo la historia sí puede afectar la “modalidad y eficacia de estos derechos”²⁰.

En cuanto a la modalidad, los derechos inherentes se ven afectados, en tanto que éstos se van adecuando a la etapa de desarrollo de la persona. Como sucede en el caso del derecho inherente al trabajo que cuando se es niño se presenta como derecho a aprender, cuando se es adulto como derecho a trabajar y cuando se llega a ser anciano como derecho a la jubilación.

- En cuanto a que la “**condición histórica puede anular o suspender la eficacia del título, pero no la titularidad de la misma**”²¹ debe mencionarse que esto puede suceder en aquellos casos en los que una persona sufre de una incapacidad natural o bien cuando una persona se coloca voluntariamente “en una situación que anula la deuda correspondiente a su derecho”²²; tal y como sucede en los casos de legítima defensa.

²⁰Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 100 – 101.

²¹*Ibíd.* p. 101.

²²*Loc. Cit.*

Debe destacarse que los derechos inherentes de la persona humana entendidos como lo justo natural, no son abstractos, sino concretos y reales, y que se le deben a su titular porque su naturaleza humana se las ha atribuido.

En segundo lugar, según Hervada, “lo justo positivo o derecho positivo es aquella cosa –corporal o incorporeal- que está atribuida a un sujeto por título convencional (derivado de la convención o voluntad humanas) y está medida como derecho por una regla también convencional”²³.

Es decir que los derechos positivos serán todos aquellos que emanan de la voluntad humana derivados del reparto y atribución de bienes y no de la naturaleza.

Dichos derechos positivos emanan tanto de los legisladores en el ejercicio de su competencia del poder público o bien de las partes en el ejercicio de la autonomía de su voluntad. Por lo que es importante mencionar que, los mismos podrán variar de acuerdo a la voluntad de ellos mismos.

Los derechos positivos son considerados como verdaderos derechos en tanto que “la voluntad humana – la decisión del hombre- tiene capacidad para una real y verdadera atribución de bienes y, por lo tanto, la voluntad humana crea títulos de derecho”²⁴.

En cuanto a la relación que se puede establecer entre lo justo natural y lo justo positivo se encuentra que:

²³Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 107 – 108.

²⁴*Ibid.*p. 108.

- Todo derecho positivo procede de un derecho natural, ya que “todo factor cultural, toda cosa hecha o constituida por el hombre depende, en su radical posibilidad de existir, de un factor natural”²⁵.
- Todo derecho positivo que contravenga un derecho natural, carece de validez, porque no configuran un verdadero derecho. Como decía Gayo, “*civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*” (La ley civil puede corromper o alterar los derechos civiles, pero no los derechos naturales)²⁶.

1.3 La ley natural y la ley positiva

Como primer punto es importante aclarar que, según Hervada, la “ley natural no es una doctrina, sino un hecho de experiencia”²⁷. Esto quiere decir que el ser humano independientemente de lo estipulado por los hombres dentro de la sociedad, es capaz de emitir juicios de obligación que lo hacen distinguir entre el bien y el mal, lo bueno y lo malo.

De acuerdo con Javier Hervada, “...la ley natural es un conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona”²⁸.

²⁵Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 112 – 144.

²⁶*Ibíd.*p. 113.

²⁷*Ibíd.*p. 139.

²⁸*Ibíd.*p. 144.

Asimismo, puede entenderse como una “operación natural de nuestra inteligencia”²⁹, en vista que en base a una estructura mental de la razón práctica, las personas somos capaces de emitir juicios de valor. Existen quienes consideran que la emisión de dichos juicios de valor son un producto cultural. Sin embargo esta teoría deja de tener fundamento, cuando se determina que la propia cultura es un dato natural y que los únicos juicios que se pueden emitir respecto de ella serán aquellos que se refieran a los “sociológicamente normal”³⁰ y lo “sociológicamente anormal”³¹.

De acuerdo con Javier Hervada, “la naturaleza humana proporciona la regla fundamental del obrar humano, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio de lo que al hombre corresponde como tal”³².

Y en base a lo anterior, el quebrantamiento de la ley natural conllevaría la degradación de la persona y produce perturbación y deshumanización dentro de la sociedad. Y esto se puede ejemplificar con situaciones de las que tanto la experiencia como las estadísticas han hecho evidente, por ejemplo: así como el engaño a la sociedad provoca su desintegración, el divorcio ocasiona un debilitamiento a la familia.

Asimismo, Javier Hervada, destaca el conjunto de inclinaciones naturales que conforman el contenido de la ley natural y que comparten como fuerza para su desarrollo tanto la solidaridad entre los hombres, como el perfeccionamiento de los hombres y de la sociedad humana³³:

- La inclinación o tendencia a la conservación del ser.

²⁹Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 141 – 146.

³⁰*Ibid.*p. 142.

³¹*Loc. Cit.*

³²*Ibid.*p. 144.

³³*Ibid.*p. 145 – 146.

- La inclinación a la unión conyugal de varón y mujer, formando ambos la comunidad primaria de la especie humana, ordenada a la generación y educación de los hijos.
- La inclinación a la relación con Dios como manifestación de la *creaturidad*, dimensión constitutiva del ser del hombre.
- La tendencia al trabajo, como expresión de la índole dominadora y transformadora del hombre respecto al mundo circundante, y en conexión con ella la tendencia al descanso y a la actividad lúdica.
- La inclinación a la sociedad política y a las varias formas de asociación; que proviene de la índole social del hombre.
- La tendencia a la comunicación, expresión también de la sociabilidad humana.
- La inclinación al conocimiento y a las diversas formas de cultura y arte.

De acuerdo con Tomás Sánchez, citado por Javier Hervada, “la ley natural convierte en obligación la inclinación natural”³⁴. Y esto porque la ley natural, al ser la prescripción de la razón, señala los medios para que se pueda alcanzar el fin de la inclinación.

La obligatoriedad de la ley natural, radica en que el cumplimiento de los fines de las inclinaciones no son opcionales, en tanto que representan una plenitud de la persona humana, son una exigencia ontológica, un deber ser.

Según Javier Hervada, la ley natural es “la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre”³⁵. En tanto que las leyes positivas son “las leyes que rigen la sociedad que son producto de la opción libre y de la inventiva del hombre, en relación con los medios para obtener los

³⁴Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 146.

³⁵*Loc. Cit.*

finés de la sociedad, que no son otra cosa que la dimensión social de los fines naturales del hombre”³⁶.

Para Ana Marta González, “las leyes humanas guardan relación con la ley natural en la medida en que ésta prescribe obrar con justicia y buscar el bien común, y aquellas no hacen más que concretar esta exigencia para unas circunstancias sociales determinadas”³⁷.

De acuerdo con Tomás de Aquino, una norma puede derivarse de la ley natural de dos maneras³⁸: como una conclusión de sus principios o como una determinación de algo que la ley natural ha dejado de forma indeterminada.

La fuerza de la primera se encuentra en la propia ley natural, y un ejemplo de ésta sería el precepto de “no matarás” que se deriva del precepto que indica “no hacer mal a nadie”. En cambio, la fuerza de la segunda manera, radica exclusivamente en la ley humana y un ejemplo sería el de la pena que se le debe imponer a alguien que infrinja un precepto.

La ley humana o positiva según Hervada, está limitada al orden de los medios de los fines naturales. Es por ello que no es posible que la sociedad adopte fines distintos a los propios de la naturaleza. En caso de que se legislara alguna situación que fuese contraria a los fines del hombre, sería un “capricho irracional”³⁹.

³⁶Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 146.

³⁷González, Ana Marta. **Claves de Ley Natural**. Ediciones Rialp, S.A. Madrid. 2006. p. 56.

³⁸*Loc. Cit.*

³⁹Hervada, Javier. *Op. Cit.* p. 166.

Lo anterior en virtud que, según Hervada, “para que el hombre tienda a un fin necesita la correspondiente potencia ontológica; sin capacidad ontológica es imposible que el hombre pueda hacer algo”⁴⁰.

Debe tomarse en consideración que las leyes humanas representan decisiones políticas y una elección del legislador. Es por ello que cabe la posibilidad que los legisladores caigan en un abusivo uso del poder y creen leyes positivas que se aparten del orden a los fines naturales y según Hervada, “Tales leyes provocan en la sociedad un proceso de degradación y de involución respecto de los fines sociales, siendo principio y cauce de degradación de la vida social”⁴¹.

Cabe preguntarse en dónde radica la obligatoriedad de las leyes humanas, y aunque en parte procede de la legitimidad que tiene el poder de donde las mismas emanan, debe recordarse que “El poder social recibe su fuerza de la índole exigitiva de los fines naturales del hombre”⁴² y es por ello que “El poder se justifica como función y necesidad social; fuera del orden de los fines naturales del hombre, no hay poder, sino prepotencia, violencia o, dicho de otro modo, delincuencia de poder”⁴³.

La ley positiva prepotente carece de fuerza de ley, porque no vincula al hombre como persona y por lo tanto cabe la posibilidad de que éste se rehúse a aceptarla mediante la desobediencia civil, la resistencia pasiva y activa y en última instancia la rebelión legítima⁴⁴.

⁴⁰Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001. p. 166-170.

⁴¹*Ibíd.*p. 168.

⁴²*Ibíd.*p. 169.

⁴³*Loc. Cit.*

⁴⁴*Ibíd.*p. 170.

1.4 Concepción clásica del derecho natural

Es oportuno destacar a los precursores del Derecho Natural Clásico. De dicha cuenta se puede mencionar que su descubridor ha sido Aristóteles, luego fue aplicado en la ciencia jurídica romana y posteriormente fue desarrollado por Tomás de Aquino⁴⁵.

En primer lugar, la trascendencia de la obra de Aristóteles radica en que es considerado no sólo como el creador de la Escuela Clásica del Derecho Natural, sino también como fundador de la filosofía del Derecho⁴⁶.

Además, de acuerdo con Michel Villey, citado por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas; Aristóteles al haber distinguido a la justicia particular como aquella que consiste en “que cada uno tenga lo suyo, ni más ni menos”⁴⁷, permite que de la anterior noción de justicia se obtenga una de derecho, “en razón de que lo suyo de cada uno no es sino el derecho... La ley humana está subordinada a la esfera de los fines naturales”⁴⁸.

Se puede determinar que hay una repercusión del pensamiento jurídico griego aristotélico tanto en los romanos como en Tomás de Aquino. Lo anterior porque de acuerdo con Villey citado por Rabbi-Baldi, la huella de Estagirita se refleja en el estudio y finalidad del *ars iuris*⁴⁹.

⁴⁵Cabanillas, Renato Rabbi-Baldi. **La Filosofía Jurídica de Michel Villey**. Colección Jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1990. p. 107.

⁴⁶*Ibid.* p. 108.

⁴⁷*Ibid.* p. 110.

⁴⁸*Loc. Cit.*

⁴⁹*Ibid.* p. 111.

Aristóteles al ser un atento observador de la realidad “comprueba que el derecho se ocupa, por un lado, de distribuir bienes, cargas u honores, ante lo cual se requiere una igualdad proporcional y, por otro, de los intercambios, lo que supone una igualdad matemática o equivalente. De ahí surge, pues, la clásica distinción de la justicia en “distributiva” y “conmutativa”, de la cual ha salido el esqueleto de lo que más tarde será el sistema jurídico occidental”⁵⁰.

Asimismo, la noción Aristotélica del Derecho Natural, influye en la distinción entre derecho y moral, en la distinción de cosas corporales e incorporeales y la reducción de determinadas formalidades que pesaban sobre ciertos contratos, entre otras⁵¹.

El influjo que tuvo sobre Tomás de Aquino, se refleja en sus escritos jurídico-políticos y en su metafísica⁵².

En segundo lugar, debe destacarse la relación entre el derecho romano y la filosofía aristotélica que reside en que ésta última fue influjo directo sobre la mayor creación del pueblo romano: el propio espíritu del derecho como cosa justa⁵³.

Una de las características que destacan al derecho romano es que no trataron de definirlo, se limitaban a adquirir “experiencia jurídica”⁵⁴ la cual la obtenían en la práctica que realizaban a diario en el foro, porque sabían que lo

⁵⁰Cabanillas, Renato Rabbi-Baldi. **La Filosofía Jurídica de Michel Villey**. Colección Jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1990. p. 111.

⁵¹*Ibíd.*p. 112.

⁵²*Loc. Cit.*

⁵³*Loc. Cit.*

⁵⁴*Ibíd.*p. 115.

justo no puede determinarse *a priori*, porque el sentido último de éste se encontrará en las “cambiantes realidades de la vida”⁵⁵.

En tercer lugar, la importancia jurídica de la obra de Tomás de Aquino es que pone en evidencia “la necesidad natural y la autoridad de la ley como fuente del derecho”⁵⁶.

De acuerdo con Ana Marta González, “la relevancia de la doctrina tomista de la ley natural reside precisamente en el modo en que Santo Tomás la situó en el centro mismo de estos tipos de legalidades... [Ley eterna, ley humana y ley divina]”⁵⁷.

El Aquinate introdujo la noción de ley natural definiéndola como “una peculiar participación de la criatura racional en la ley eterna: una participación activa, en virtud de la cual, el ser racional, a diferencia del ser no racional, puede llamarse legislador”⁵⁸. De acuerdo con Ana Marta González, Tomás de Aquino estableció que en la ley natural el hombre es sujeto tanto de un principio extrínseco, que es la ley, como de un principio intrínseco que es la propia naturaleza.

Según Ana Marta González, “...la ley natural para Santo Tomás, reclama de suyo una concreción histórica, cultural, y es por eso mismo compatible con la diversidad de culturas, al tiempo que indica, también de manera diversa en cada cultura, la particularidad de cada una de ellas”⁵⁹. En vista de lo anteriormente expuesto se puede determinar la razón por la cual la doctrina

⁵⁵Cabanillas, Renato Rabbi-Baldi. **La Filosofía Jurídica de Michel Villey**. Colección Jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1990. p. 115.

⁵⁶*Ibid.*p. 125.

⁵⁷González, Ana Marta. **Claves de Ley Natural**. Ediciones Rialp, S.A. Madrid. 2006. p. 12.

⁵⁸*Loc. Cit.*

⁵⁹*Ibid.*p. 17.

Tomista se encuadra dentro de la Escuela del Realismo Clásico del Derecho Natural.

Asimismo, Tomás de Aquino establece que hay dos fuentes del derecho: “la naturaleza y razonamiento humano, donde la palabra “naturaleza” no designa tanto una instancia biológica como más bien, la “razón natural” o “intelecto práctico”⁶⁰.

Es por ello que para Tomás de Aquino, “la ley es la disposición racional, ordenada al bien común y promulgada por quien tiene a su cargo la comunidad”⁶¹.

Ana Marta González, manifiesta que la doctrina tomista de la ley natural debe entenderse como “la ley de nuestra razón práctica, es decir, como la ley que proporciona a nuestra razón su orientación más fundamental, sin la cual tampoco cabría hablar de ley humana o de ley divina”⁶². Esto debe entenderse bajo el supuesto de que las personas al ser racionales tenemos la capacidad de distinguir entre hacer el bien y evitar el mal.

Tanto Aristóteles, como los romanos y Tomás de Aquino contribuyeron a establecer “qué es lo justo; a determinar el arte del derecho; a distinguirlo de otras ciencias, en especial de la política y la moral y a incluir a la justicia en el contexto de sus reflexiones”⁶³.

⁶⁰González, Ana Marta. **Claves de Ley Natural**. Ediciones Rialp, S.A. Madrid. 2006. p. 13.

⁶¹*Loc. Cit.*

⁶²*Loc. Cit.*

⁶³Cabanillas, Renato Rabbi-Baldi. **La Filosofía Jurídica de Michel Villey**. Colección Jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1990. p. 125.

Capítulo 2. Sobre el matrimonio

2.1 Concepto, características y fines del matrimonio

Como primer punto del segundo capítulo de la tesis se realiza la exposición del concepto, características y fines del matrimonio. Ya que para entender qué es el matrimonio debe conocerse su etimología y partiendo de ella se puede crear un concepto y del mismo extraer sus características. Los fines del matrimonio también van enlazados con las características de dicha institución.

A continuación, en base a las teorías de distintos doctrinarios, se realiza dicha exposición.

El origen etimológico de la palabra “matrimonio” deviene de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significan “carga o gravamen para la madre”⁶⁴, asimismo en romance quiere decir “oficio de madre”⁶⁵. Sin embargo debe destacarse que la raíz etimológica antes mencionada no es compartida por todos los países, es por ello que en lugares como Francia, Italia e Inglaterra se utilizan las palabras *mariage*, *maritaggio* y *marriage*⁶⁶, respectivamente, palabras todas derivadas de marido.

José Emilio Sánchez, cita a los autores Lorenzo Miguéles Domínguez, Sabino Alonso Morán y Marcelino Cabrero autores de la obra “Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria” para definir el concepto de

⁶⁴Lagomarsino-Uriarte. **Separación personal y divorcio**. Segunda edición actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1997. p. 21.

⁶⁵*Loc. Cit.*

⁶⁶*Ibíd.*p. 22.

matrimonio como: “un contrato legítimo entre un hombre y una mujer, mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo de sus cuerpos en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos”⁶⁷.

Sánchez indica que una de las mejores definiciones jurídicas sobre matrimonio es la dispuesta en el artículo 78 del Código Civil de Guatemala, ya que “... deslinda el matrimonio de la consideración de contrato; afirma vigorosamente que lo considera como una institución social – con lo cual fija su naturaleza; expresa que esto sólo puede darse entre un hombre y una mujer; que la unión debe establecerse conforme lo establece la ley; y hace notar que tal unión es con el ánimo de permanencia, exponiendo a la vez su finalidad”⁶⁸.

Vladimir Guerra, repite la definición de matrimonio contenida en el código civil guatemalteco y establece que es “el acto solemne por medio del cual se constituye la unidad de vida de un hombre y una mujer de forma legal con tendencia a la permanencia”⁶⁹. El citado autor, manifiesta que una característica esencial para determinar la naturaleza del matrimonio es la permanencia en la unidad de vida de los cónyuges.

De acuerdo con Jorge Scala el matrimonio es: “la unión estable de un varón y una mujer que establecen una comunidad indisoluble de vida y de bienes, con el fin de procrear y educar a los hijos, y lograr el mutuo perfeccionamiento de los cónyuges por el amor total y recíproco”⁷⁰.

⁶⁷Sánchez, José Emilio. **Separación y divorcio en el Derecho guatemalteco**. Tesis inédita. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 1975. p. 12.

⁶⁸Ibíd. p. 13.

⁶⁹Aguilar Guerra, Vladimir. **Derecho de familia**. Segunda Edición. Colección de Monografías Hispalense. Guatemala. 2007. p. 55.

⁷⁰Scala, Jorge. **¿Matrimonio o divorcio? La familia en el siglo XXI**. Primera edición. Ediciones Promesa. Costa Rica. 2002. p. 27.

Finalmente, Javier Hervada expresa que "El matrimonio no es un producto cultural - un invento más o menos feliz, de los hombres-, sino una institución dada por la naturaleza, impresa en el ser del varón y de la mujer en forma de inclinación natural respectiva, no hay "nuevas fórmulas" posibles"⁷¹.

Las definiciones anteriores se refieren a actos distintos, puesto que para algunos autores se trata de un contrato, y para otros de una institución social, acto solemne o unión indisoluble; por lo que no puede decirse que una sea mejor que la otra. No obstante lo anterior, la más conforme al Derecho Natural, es la última puesto que expresa que el matrimonio al ser una inclinación natural no puede ser un elemento creado por el hombre, sino que más bien le viene dado por ser persona.

De acuerdo con María Luisa Beltranena, las características del matrimonio son las siguientes⁷²:

- Tiene una naturaleza jurídica puesto que está regida por la ley.
- Lo considera como "una institución de orden civil, organizada y tutelada por el Estado con independencia del carácter religioso o canónico"⁷³.
- También como una "institución de orden público"⁷⁴, ya que se encuentra exceptuada del principio de autonomía de la voluntad de las partes contractuales.
- Lo entiende como "un contrato porque nace y se funda en el consentimiento de los contrayentes; tiene su origen en el acuerdo de voluntades de dos personas, con ánimo de obligarse"⁷⁵. Sin

⁷¹Hervada, Javier. **Escritos del Derecho Natural. Lo que es y no es el amor conyugal.** Colección Jurídica. Segunda edición ampliada. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. Sin año de publicación. p. 350.

⁷²Beltranena Valladares, María Luisa. **Lecciones de Derecho Civil. Persona y familia.** Quinta edición. IUS ediciones. Guatemala. 2008. p. 117 – 118.

⁷³*Ibíd.*p.117.

⁷⁴*Loc. Cit.*

⁷⁵*Loc. Cit.*

embargo, hace la aclaración de que en todo caso se trataría de un contrato *sui generis* porque “se diferencia de los demás contratos, en razón de que se rige por normas legales, de interés público y por ende, no susceptibles de ser alteradas por los contratantes y que prohíben someterlo a condiciones suspensivas o resolutorias”⁷⁶.

- Es heterosexual, porque únicamente puede contraerse entre personas del sexo opuesto.
- Está fundamentado en el principio monogámico, ya que la unión solamente puede ser entre un varón y una mujer. Puesto que la única poligamia legal es la sucesiva, “o sucesión de matrimonios legales por disolución del matrimonio anterior”⁷⁷.

Si bien es cierto que la autora considera lo anterior como característica del matrimonio, se considera que el carácter de monogamia no lo da la unión de los sexos, sino el hecho de la oposición a la poligamia, por lo que la anterior afirmación es ilógica.

- De acuerdo con la autora la característica fundamental es la perpetuidad⁷⁸, entendiéndola en el sentido de estabilidad.

Jorge Scala, establece como propiedades del matrimonio las siguientes⁷⁹.

- La unidad, que asegura el mejor ambiente para el desarrollo integral de los hijos.
- El vínculo jurídico, que une a los cónyuges y que es indisoluble.
- El perfeccionamiento de los cónyuges se da a través del amor mutuo, donde ellos no se usan como un medio, sino que se toman recíprocamente como un fin.

⁷⁶Beltranena Valladares, María Luisa. **Lecciones de Derecho Civil. Persona y familia.** Quinta edición. IUS ediciones. Guatemala. 2008. p. 117.

⁷⁷*Ibid.* p. 118.

⁷⁸*Loc. Cit.*

⁷⁹Scala, Jorge. *Op. Cit.* p. 25 – 26.

Según Vladimir Guerra, las características admitidas unánimemente por la doctrina, respecto del matrimonio son las siguientes⁸⁰:

- Institución social, porque el Estado ha regulado esta institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges;
- la unidad, que implica el ánimo de permanencia, es decir, el establecimiento de una plena comunidad de vida y que excluye la poligamia o poliandria;
- la heterosexualidad, porque el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer,
- el auxilio recíproco entre los cónyuges;
- la disolubilidad por divorcio, punto en el que me encuentro en desacuerdo y sobre lo que versará la tesis en su capítulo final;
- contraer matrimonio es un derecho constitucional y no un deber o una obligación, lo es además de carácter personalísimo y su ejercicio es formal y,
- la solemnidad.

De acuerdo con José Emilio Sánchez, las características del matrimonio en relación con nuestra legislación son las siguientes⁸¹:

- Unidad, que establece que el vínculo matrimonial solamente puede realizarse entre un hombre y una mujer, excluyéndose de cualquier forma la poligamia.
- Legalidad, ya que para que el matrimonio sea válido, el mismo debe celebrarse cumpliendo con todos los requisitos de ley.

⁸⁰Guerra, Vladimir Osman. *Op. Cit.* p. 57.

⁸¹Sánchez, José Emilio. *Op. Cit.* p. 13.

- Ánimo de permanencia, puesto que si no existiese el matrimonio podría estar sujeto a un plazo o a una condición.

Respecto a las características que cada autor expone sobre el matrimonio, el que concuerda con el matrimonio como una inclinación natural del hombre es la de Jorge Scala, ya que el matrimonio en realidad es un vínculo jurídico indisoluble, que perfecciona a los contrayentes y genera un ambiente armonioso para el desarrollo de los hijos. El resto de autores, tiende a caracterizar al matrimonio sobre la base una noción contractual o positivista.

De acuerdo con Lagomarsino – Uriarte, al tratar el tema de los fines del matrimonio debe hacerse una distinción entre: las causas-motivos de los contrayentes, los fines de índole religiosa que entienden al matrimonio como un sacramento y los fines de los legisladores al regular jurídicamente la institución del matrimonio⁸².

Lo anterior en virtud de que el Estado entendido como una “nación jurídicamente organizada”⁸³ tiene fines distintos a los sacramentales o puramente personales. Que de acuerdo con dicho autor son los siguientes⁸⁴:

- Constitución de la familia legítima, ya que al Estado le interesa que dentro de un marco de orden y de permanencia, los hombres busquen a las mujeres con las que formarán una familia, la que será “embrión de la sociedad y base del Estado”.
- Procreación, este fin interesa al Estado porque le preocupa “la situación social y civil de la descendencia, y encuentra en el matrimonio el soporte adecuado para la protección”.

⁸²Lagomarsino – Uriarte. *Op. Cit.* p. 53.

⁸³*Loc. Cit.*

⁸⁴*Ibíd.* p. 54.

- Cuidado de la prole, el Estado a su vez se encuentra interesado en el cuidado de los hijos que serán fruto del matrimonio contraído.

De acuerdo con María Luisa Beltranena Valladares, es tradicional que en las legislaciones se regulen como fines de matrimonio: la procreación y el mutuo auxilio⁸⁵. Sin embargo, establece que ambos son esenciales para la institución matrimonial, pero que también han de tomarse en cuenta los siguientes: “el amor, el respeto y la estimación recíproca de los esposos, la buena voluntad e intenso deseo de hacer vida en común”⁸⁶.

La autora lo considera evidente e incuestionable puesto que son válidos los matrimonios que contraen personas de avanzada edad, las que tienen enfermedades incurables e inclusive las que viven en pobreza extrema⁸⁷; que en un momento dado no pueden cumplir con los dos fines expuestos al principio.

Los fines expuestos por la autora podrían ser circunscritos dentro de los fines que Lagomarsino – Uriarte ha clasificado como causa-motivo de los contrayentes y no así como propios fines de los legisladores para la regulación de la institución matrimonial.

Sin embargo, en la legislación guatemalteca podrían ser encuadrados dentro de lo que el legislador ha establecido en el artículo 78 del Código Civil, como bien expone la autora, puesto que el mismo en su parte conducente establece lo siguiente “... con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”. Como bien establece la autora, “de lo anterior resulta

⁸⁵Beltranena Valladares, María Luisa. *Op. Cit.* p. 121.

⁸⁶*Loc. Cit.*

⁸⁷*Loc. Cit.*

lógicamente que el matrimonio es una asociación para amarse y vivir juntos por toda la vida”⁸⁸.

Jorge Scala distingue el fin natural del matrimonio de los fines que el legislador regula y al respecto establece que: “el único fin del matrimonio es la procreación y educación de los hijos, y el mutuo perfeccionamiento de los cónyuges”⁸⁹, pero que por motivos pedagógicos se divide en tres, aclara que no puede existir el uno sin el otro. No obstante lo anterior, es importante destacar no sólo el fin procrativo, sino también el fin unitivo del matrimonio que implica que “el acto conyugal une a los cónyuges íntimamente entre sí, mediante la entrega del don de sí mismo al otro y la búsqueda del bien para los dos. Es una unión entre dos personas, es decir, unión de cuerpos, de psicologías y de almas”⁹⁰.

De acuerdo con Vladimir Aguilar, “Como institución natural que el Derecho positivo se limita a contemplar, reconocer y regular en cuanto a los múltiples y trascendentales aspectos jurídicos, el matrimonio, tiene unos fines también naturales: procreación y educación de la prole; y el amor conyugal, los cuales exigen unos presupuestos, distinto sexo, un mínimo de exogamia y unos caracteres unidad e indisolubilidad, igualmente naturales”⁹¹.

En este punto, es acertado lo que expresa dicho autor, en virtud de que reconoce que el matrimonio es una institución natural que es preexistente a su regulación dentro un ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el matrimonio tiene una serie de fines naturales que el derecho positivo solamente contempla y no es

⁸⁸Beltranena Valladares, María Luisa. *Op. Cit.* p. 121.

⁸⁹Scala, Jorge. *Op. Cit.* p. 24.

⁹⁰Fuentes, Miguel Ángel. Sin año de publicación. **La Humanae Vitae de Pablo VI. Esencia de un documento profético.** [En línea] <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=550&capitulo=6977>. [consulta: 14 de octubre de 2013]

⁹¹Vladimir Aguilar. *Op. Cit.* p. 56 – 57.

correcto que desvirtúe los mismos con la regulación de otras "instituciones" como el divorcio, que solamente los vulneran.

2.2 Evolución histórica

Como segundo punto del segundo capítulo de la tesis, se desarrolla la evolución histórica del matrimonio que tiene por objeto exponer la finalidad y formas en que el mismo ha sido concebido y celebrado.

Dicha exposición incluye una diversidad de culturas tales como la hindú, egipcia, persa, hebrea, griega, romana, mahometana y germana. Así como su paso por el Derecho canónico, las Edades Media y Moderna. Su tratamiento durante la Revolución Francesa, su codificación en los Siglos XIX y XX, las experiencias totalitarias y las nuevas modalidades que se han adquirido. A continuación se desarrolla.

- **Hindúes:** de acuerdo con el Código de Leyes de Manú⁹², la mujer era considerada como un ser impuro, y quien debía respeto y reverencia a su esposo como a un dios. La finalidad del matrimonio era *“la procreación de un hijo varón”*⁹³ y en caso de que no se haya podido engendrar descendencia con el marido, era factible el hecho de que la mujer se uniera al hermano de su esposo, para asegurar de esa forma, la descendencia.⁹⁴
- **Egipcios:** en un principio se practicaba la poligamia pero luego se evolucionó al matrimonio monogámico. “Según D’Aguanno, los egipcios conocieron tres formas de matrimonio: primero, el servil, en éste la mujer

⁹²Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 23.

⁹³*Ibíd.* p. 21.

⁹⁴*Loc. Cit.*

quedaba convertida en esclava del hombre a quien se unía; el segundo, basado en la igualdad de derechos y una cierta comunidad en los bienes de los cónyuges, y el tercero, que estaba en posición intermedia con relación a los anteriores y que se fundaba sobre cierta dote que el marido hacía a la mujer”⁹⁵.

- **Persas:** en esta cultura el hombre tenía predominio dentro de la familia. En virtud de ello se admitía en ciertos casos la poligamia. Además, el marido tenía derecho de repudiar a su esposa y a decidir sobre la vida y muerte de ésta y de sus hijos⁹⁶.

- **Hebreos:** practicaron la poligamia. El marido tenía la facultad de repudiar a su esposa siempre que le entregará una carta de repudio en su mano⁹⁷. Asimismo, cuando el esposo de una mujer fallecía, el hermano del fallecido debía darle un primogénito a su mujer para enaltecer el nombre del hermano que había muerto⁹⁸.

Según Mateo Goldstein⁹⁹, los hebreos atravesaron por distintas formas de matrimonio, tales como: el matrimonio por captura, que se realizaba con mujeres que habían sido capturadas como botín de guerra; el matrimonio sábito, en el que los hijos eran criados dentro del clan de la madre; y el matrimonio monogámico, el que se empezó a celebrar a finales del Siglo IV de la era cristiana¹⁰⁰.

⁹⁵Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 21.

⁹⁶*Ibid.*p. 24.

⁹⁷*Ibid.*p. 25

⁹⁸*Loc. Cit.*

⁹⁹*Loc. Cit.*

¹⁰⁰*Loc. Cit.*

- **Griegos:** “en los primeros años de la civilización griega era permitida la poligamia y el derecho de repudiar a la esposa. En Esparta, el hombre debía tener treinta años y la mujer veinte para poder casarse. No era permitida la poligamia pero sí el repudio”¹⁰¹.

En Atenas, la edad para que el hombre y la mujer pudieran casarse era de treinta y veinticinco años, respectivamente. En el día de la boda, la esposa entregaba al esposo la dote, la que con el tiempo adquirió tal importancia que la misma debía ser respetada por los acreedores del esposo y ser reembolsada en caso de separación o muerte sin hijos¹⁰².

- **Romanos:** en Roma, no se permitía la poligamia y era necesario que los contrayentes gozaran del estado *ius connubii*¹⁰³, así como que el hombre tuviera catorce años y la mujer doce¹⁰⁴. Dicho estado implicaba el “derecho de matrimonio, de contraer justas nupcias y en Roma se reconocía a los ciudadanos, a los latinos y a contados peregrinos”¹⁰⁵.

Para la celebración del matrimonio existían varias formalidades, tales como: la *confarreatio* que consistía en que los cónyuges dividieran una torta como símbolo de iniciación de la vida en común y la ceremonia debía celebrarse en presencia de diez testigos¹⁰⁶. La *coemptio* era una práctica en la que la mujer misma o la persona que ejercía la potestad

¹⁰¹Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 25.

¹⁰²*Loc. Cit.*

¹⁰³“El *iusconnubii* es una situación jurídica inherente a la persona (derecho natural) como dimensión de justicia que nace de ser el matrimonio una manifestación –la primaria– de la naturaleza humana individualizada en la persona, en cuanto es radicalmente sociable”. Citado por Bañares, Juan Ignacio en el artículo “**El “iusconnubii”, ¿Derecho fundamental del fiel? Sin año de publicación.** [en línea] http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/6479/1/III-EL_IUS_CONNUBII.pdf [consulta: 14 de octubre de 2013]

¹⁰⁴Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 26.

¹⁰⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Universitario. Tomo. II.** Segunda edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2004. p.62.

¹⁰⁶Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 26.

sobre ella, la vendía al futuro esposo o a quien tuviera la potestad sobre éste¹⁰⁷. Y el *usus* que fue considerado como una forma de matrimonio porque implicaba la posesión de la mujer por el marido durante un año sin interrupción¹⁰⁸.

En las formas antes expuestas la mujer quedaba bajo la potestad del marido y por ello eran conocidas como *cum manu*¹⁰⁹.

A través del tiempo, los matrimonios romanos empezaron a celebrarse únicamente mediante el consentimiento de los cónyuges. Se agregó la formalidad de que la mujer debía ser conducida a la casa conyugal, y se consideró al mismo como un matrimonio *sine manu*¹¹⁰.

- **Mahometanos:** el Corán, libro sagrado de los musulmanes, permitía la poligamia, sin embargo en el mismo se establecieron ciertos impedimentos para contraer matrimonio, entre ellas se encuentra que los hombres no podían contraer matrimonio con: su propia madre, sus hermanas, las esposas del padre, sus tías, las hijas de sus tías; entre otras¹¹¹.

Asimismo, en otros pasajes de su libro sagrado se establece que el hombre es considerado como un ser superior a la mujer. El hombre tenía derecho a repudiarla, y en caso de hacerlo debía darle una pensión¹¹².

¹⁰⁷Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 27.

¹⁰⁸*Loc. Cit.*

¹⁰⁹*Loc. Cit.*

¹¹⁰*Loc. Cit.*

¹¹¹*Loc. Cit.*

¹¹²*Ibíd.*p. 28.

- **Germanos:** en principio admitían la poligamia y el repudio de la mujer. Luego el matrimonio se realizó por medio de una compra que hacía el marido al padre de la novia, quedando ella bajo su dependencia desde ese momento. Estaba completamente prohibido el matrimonio entre los hombres libres y las siervas¹¹³.

Hasta este momento, las anteriores culturas en su mayoría aceptaban la poligamia. La misma de acuerdo con Guillermo A. Borda, “permite al hombre satisfacer sus apetitos sexuales durante el largo período de embarazo, de lo que está privado en el matrimonio monogámico y puede así seguir engendrando hijos; no tiene, además, el inconveniente de la poliandria de hacer incierta la paternidad. Aun así, esta institución es una deplorable forma de barbarie”¹¹⁴.

- **Derecho canónico:** éste ha tenido gran influencia en la regulación del matrimonio civil, tal como lo expresa Esmein “que las leyes francesas de 1792 y el Código Civil no han hecho sino reproducir con ligeras variantes las reglas que había implantado el Derecho Canónico”¹¹⁵.

Asimismo se considera que la Iglesia junto con el cristianismo han tenido gran trascendencia sobre la dignificación de la institución matrimonial¹¹⁶. Lograron el régimen monogámico, evitándose los matrimonios acordados o por conveniencia, buscando el fortalecimiento y cohesión de la familia. Se le otorgó carácter de sacramento al matrimonio y al mismo tiempo fue declarado indisoluble, puesto que se dignificó al

¹¹³Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 28.

¹¹⁴Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 52.

¹¹⁵Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 29.

¹¹⁶*Loc. Cit.*

matrimonio otorgándole al “vínculo una naturaleza sagrada que escapa a la voluntad de los esposos”¹¹⁷.

No obstante lo anterior, en aras de la verdad, aún en la actualidad el matrimonio monogámico no necesariamente evita los matrimonios acordados o por conveniencia, tal y como sucede en la región centroamericana, por las redes familiares que configuran élites de poder¹¹⁸.

El carácter sacramental del matrimonio fue ratificado con la celebración del Concilio de Trento y la Iglesia Católica ha sostenido la indisolubilidad del vínculo conyugal. Ambos principios han permanecido intactos por medio del Código de Derecho Canónico de Benedicto XV¹¹⁹.

- **Edades Media y Moderna:** el Feudalismo tuvo una gran importancia durante la Edad Media y ello se reflejó en la organización de la familia.¹²⁰ Había privilegios por ser el hijo primogénito y ello perjudicó las relaciones entre hermanos porque se creaban celos¹²¹. Sin embargo se fortaleció el

¹¹⁷Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 54.

^{118a}... la formación de las élites coloniales en América Latina ocurrió por dos vías complementarias: por el linaje, es decir por la transmisión patrilineal de privilegios concedidos por la Corona, o por alianzas matrimoniales que propiciarán el crecimiento y reproducción de los linajes por la vía de los casamientos de conveniencia... El análisis de redes familiares nos hará comprender un poco mejor el entramado social y el capital relacional y abordar de una forma más precisa la complejidad de la estructura social de las sociedades del Antiguo Régimen y de las actuales a través de una visión diacrónica de las mismas... definimos red familiar como el conjunto de familias que configuran la élite de poder y que conforman en cada país el núcleo oligárquico. Estas redes están ligadas por cinco factores que le confieren una unidad y homogeneidad que le permiten constituirse como estructura de larga duración. A saber: a) Las alianzas a través del matrimonio, b) Las alianzas a través de los negocios, c) La proximidad geográfica y el factor socio-racial, d) La participación en asociaciones políticas, religiosas o socio-culturales, e) La formación de sus propios intelectuales orgánicos”. Casaús Arzú, Marta Elena. **Guatemala: Linaje y racismo**. Cuarta edición. F&G Editores. 2010. p. 1 - 8.

¹¹⁹Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 54.

¹²⁰Lagomarsino – Uriarte. *Op. Cit.* p. 30.

¹²¹*Loc. Cit.*

matrimonio monogámico, elevándose a sacramento, entendiéndose por tanto como indisoluble¹²².

Durante los siglos X al XV la competencia y regulación matrimonial estaba a cargo de la Iglesia Católica; sin embargo su potestad se debilitó con la Reforma¹²³.

En España y Francia no fue tan evidente dicho debilitamiento sino hasta el Siglo XVI¹²⁴, cuando sobresalía la coexistencia de dos regulaciones del matrimonio: la canónica y la civil¹²⁵.

En Inglaterra, durante el gobierno de Cromwell se estableció el matrimonio civil¹²⁶. Mientras que en Francia en los siglos XVI y XVII se dio una tendencia al matrimonio no religioso, que finalmente durante la Revolución Francesa terminó en la secularización del matrimonio¹²⁷.

- **Revolución Francesa y Código de Napoleón:** ya durante el Siglo XVIII durante la Ilustración, se concebía al hombre como un ser racional y libre, por lo que el matrimonio fue considerado como un contrato, con la opción de ser rescindido¹²⁸.

De acuerdo con Vladimir Aguilar, dos elementos importantes fueron los predominantes durante la Revolución Francesa y que constituyeron el fundamento del sistema matrimonial en dicha época "... por una parte la consideración del matrimonio como sacramento ... propugnada por la

¹²²Lagomarsino – Uriarte. *Op. Cit.* p. 30.

¹²³*Loc. Cit.*

¹²⁴*Loc. Cit.*

¹²⁵*Loc. Cit.*

¹²⁶*Loc. Cit.*

¹²⁷*Loc. Cit.*

¹²⁸*Ibíd.*p. 31.

Iglesia Católica a partir del Concilio de Trento, ligándose a ella la indisolubilidad del matrimonio. El otro sistema era el de entender que el matrimonio era un contrato; esta doctrina partió de los juristas que pertenecían al iusnaturalismo racionalista, con base sobre todo en la doctrina del consentimiento"¹²⁹.

Lo anterior se vio reflejado en la Constitución francesa de 1791 en la que se regulaba al matrimonio como un contrato civil y en 1792 se reguló una ley que admitía el divorcio por mutuo consentimiento o bien cuando era requerido por uno sólo de los cónyuges, alegando incompatibilidad de caracteres¹³⁰.

Al discutirse el proyecto del Código Civil Francés, Portalissostuvo que “la naturaleza asociaba al hombre por medio del matrimonio a su obra creadora y que las nupcias llevaban implícito un carácter de permanencia para el logro de su doble fin de organizar la familia y perpetuar la especie”¹³¹.

Fue por ello que el Código de Napoleón aunque mantuvo una línea de secularización del matrimonio, admitió únicamente en casos excepcionales el divorcio, quedando completamente erradicado en 1816¹³².

- **Siglos XIX y XX:** durante el siglo XIX se promulgaron varios Códigos Civiles en Europa y América¹³³.

¹²⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Op. Cit.* p. 53 – 54.

¹³⁰ Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 31.

¹³¹ *Loc. Cit.*

¹³² *Loc. Cit.*

¹³³ *Loc. Cit.*

La modalidad del Siglo XIX fue la de la existencia de dos variantes en el matrimonio, siendo éstas: canónico y civil. Teniendo jurisdicción y competencia sobre el primero, la Iglesia Católica y sobre el segundo, el Estado.

El Código Italiano de 1865, fue uno de los Códigos sancionados. Y reguló el matrimonio civil, dando la opción a los cónyuges de celebrar la ceremonia correspondiente a su religión para bendecir su unión y para que se dieran los efectos religiosos correspondientes¹³⁴.

Por otro lado, el Código Civil español de 1889 regulaba que la ley reconocía dos formas de matrimonio: el canónico y el civil¹³⁵.

Sin embargo, entrado el Siglo XX la institución del matrimonio sufrió grandes transformaciones e inclusive se ha llegado a poner en riesgo a la familia.

Dichas transformaciones se han dado por razones como las siguientes: la difusión de los métodos anticonceptivos, la desvalorización de las conductas sexuales entre las parejas, la proyección de la mujer en un plano de igualdad ante la sociedad y el triunfo de la tesis divorcista¹³⁶.

- **Experiencias totalitarias:** de acuerdo con Lagormasino – Uriarte¹³⁷ tanto el comunismo como el nacionalsocialismo le han dejado al mundo dos experiencias inhumanas.

¹³⁴Lagormasino – Uriarte. *Op. Cit.* p. 31.

¹³⁵*Loc. Cit.*

¹³⁶*Ibíd.*p. 33.

¹³⁷*Ibíd.*p. 34.

En Rusia durante la dictadura Stalinista en algunas ciudades que quedaron bajo el gobierno de los anarquistas se dictaron decretos crueles respecto al matrimonio.¹³⁸

Cita Lagomarsino – Uriarte el ejemplo del decreto publicado en Saratov en 1919 “llamado de socialización de las mujeres”¹³⁹ en el que se establecía que las mujeres eran propiedad de la Nación por lo que el Estado regulaba el uso de las mismas disponiendo que los hijos un mes después de nacidos debían quedarse en propiedad de instituciones que se encargarían de criarlos y mantenerlos, poblándose la ciudad de niños hambrientos y sin padres, conocidos como *besprizorni*¹⁴⁰.

Para 1918 se promulgó el Código de Familia en el que se estableció que la unión de hecho era la base de la familia y se admitió la práctica del divorcio sin ninguna clase de traba¹⁴¹.

Por su lado en la Alemania Nazi, por el afán de Hitler de alcanzar una raza superior se sostuvo que el matrimonio aunque sí que era la unión entre un hombre y una mujer, ésta era temporal, porque lo único que se esperaba era el embarazo de la mujer¹⁴².

Debido a lo anterior se llegaron a promulgar dos leyes:¹⁴³ una cuya finalidad era la protección de la raza, mediante la cual se establecía que no podían celebrarse matrimonios entre alemanes y judíos o mestizos judíos y la segunda, mediante la cual se impedía el matrimonio entre

¹³⁸Lagomarsino – Uriarte. *Op. Cit.* p. 34.

¹³⁹*Loc. Cit.*

¹⁴⁰*Loc. Cit.*

¹⁴¹*Ibíd.*p. 35.

¹⁴²*Loc. Cit.*

¹⁴³*Loc. Cit.*

personas de quienes se sospechara que pudieran generar descendencia enferma.

Guillermo Borda, considera que durante el neopaganismo alemán se olvida la idea de que, “el matrimonio cristiano se concibe como un derecho natural al que tienen acceso tanto los sanos y fuertes como los deficientes”¹⁴⁴.

- **Nuevas modalidades:** para el Siglo XXI surgieron nuevas formas de concebir el matrimonio tales como: el matrimonio por equiparación, en el que la unión en concubinato, en adición a la capacidad de las personas para contraer matrimonio y una cierta permanencia, se equiparaba al matrimonio¹⁴⁵.

También el matrimonio *post mortem*, el cual surgió durante la época de guerra, pudiendo celebrarse el matrimonio con una persona ya fallecida¹⁴⁶.

Lamentablemente, el matrimonio llegó a convertirse en un “acuerdo resoluble cuya estabilidad aparece solamente apoyada en la voluntad de los cónyuges”¹⁴⁷, ya que en la mayoría de legislaciones se acepta el divorcio por mutuo consentimiento y también que la separación de hecho por un tiempo determinado es causa para la disolución del vínculo matrimonial. Tal y como sucede en la regulación del Código Civil

¹⁴⁴Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 55.

¹⁴⁵Lagomarsino – Uriarte. *Op. Cit.* p. 37.

¹⁴⁶*Loc. Cit.*

¹⁴⁷*Loc. Cit.*

guatemalteco, específicamente en los artículos 153, 154 y 155 numeral 4^o ¹⁴⁸.

2.3 Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales

El tercer punto del segundo capítulo de la tesis versa sobre la clasificación que los autores han hecho del matrimonio y los sistemas en los que se le ha encuadrado. A continuación se desarrolla.

2.3.1 Clases de matrimonio: según Alfonso Brañas y de acuerdo con lo expuesto en la tesis de Sara Jeanette Lec López, han existido distintas clases de matrimonio¹⁴⁹:

2.3.1.1 Por grupos: esta clase de matrimonio se daba entre miembros de las distintas tribus y consistía en que “los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y en tal virtud no podían contraer matrimonio con las mujeres de su propio clan; de allí que buscaban la unión sexual con las mujeres de tribu diferente”¹⁵⁰. El matrimonio por grupos, como lo dice su nombre no se

¹⁴⁸ Artículo 153. El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. Artículo 154. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: 1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Artículo 155. Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio: 4º. La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año...Peralta Azurdía, Enrique. **Decreto Ley 106, Código Civil**. Edición actualizada. Guatemala. 2010.

¹⁴⁹ Lec López, Sara Jeanette. **El divorcio en la legislación guatemalteca y sus consecuencias**. Tesis inédita. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 1998. p. 18.

¹⁵⁰ *Loc. Cit.*

celebraba en forma individual sino que “miembros de una tribu se unían con mujeres de diferente tribu”¹⁵¹.

2.3.1.2 Por raptó: éste se dio durante las guerras en el que “la mujer, botín de guerra, adquirida en propiedad por el vencedor, o, el raptor asociado con otros raptaban a una mujer de distinta tribu”¹⁵².

2.3.1.3 Por compra: clase de matrimonio en la que el marido adquiriría la propiedad de la mujer¹⁵³ pagando un precio a la persona que se encontrara a cargo de ella. Además de que el esposo le entregaba a su esposa “una donación llamada “Don de la Mañana” como precio de la virginidad”¹⁵⁴.

2.3.1.4 Consensual: fue un sistema utilizado durante la Edad Media¹⁵⁵ en el que sin ninguna clase de solemnidad los cónyuges contraían matrimonio. Dicha práctica se confundió con la unión de hecho y el concubinato.¹⁵⁶ Y se trataba de una “unión de hombre y mujer para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie”¹⁵⁷. De acuerdo con la clasificación de Alfonso Brañas, dentro de la concepción cristiano católica, se considera como principales clases de matrimonio, las siguientes¹⁵⁸:

2.3.1.5 Canónico: el que se celebra ante el sacerdote y de conformidad con los ritos y solemnidades de la legislación eclesiástica¹⁵⁹.

¹⁵¹Brañas, Alfonso. *Op. Cit.* p.119.

¹⁵²*Loc. Cit.*

¹⁵³*Loc. Cit.*

¹⁵⁴Lec López, Sara Jeannete. *Op. Cit.* p.18.

¹⁵⁵*Ibíd.*p. 19.

¹⁵⁶*Loc. Cit.*

¹⁵⁷Brañas, Alfonso. *Op. Cit.* p.119.

¹⁵⁸*Loc. Cit.*

- 2.3.1.6 Rato:** en el que a la celebración del matrimonio no le seguía la unión de los cuerpos entre los contrayentes¹⁶⁰.
- 2.3.1.7 Solemne:** el que es celebrado ante la autoridad competente, con las respectivas formalidades¹⁶¹.
- 2.3.1.8 Igual:** en el que los cónyuges son personas de la misma condición social¹⁶².
- 2.3.1.9 Morganático:** es de origen alemán, y en éste, al ser los cónyuges de distinta clase social, el de inferior rango pacta con el de mayor rango no participar de los títulos o bienes del superior, al igual que sus hijos¹⁶³.

2.3.2 Sistemas matrimoniales: Tanto Vladimir Aguilar Guerra como Alfonso Brañas se han pronunciado sobre los sistemas matrimoniales.

Vladimir Aguilar, conceptualiza el sistema matrimonial como "la manera cómo el Estado configura las formas del matrimonio y les atribuye eficacia para constituir la relación matrimonial. Es decir, es el criterio que cada ordenamiento adopta para reconocer como matrimonio, con sus efectos jurídicos, los modos de comunidad de vida establecidos entre un hombre y una mujer"¹⁶⁴.

Asimismo, determina que el sistema matrimonial está influenciado por dos factores: el primero, "el abandono del criterio del matrimonio como acto puramente consensual pasa a configurarlo como negocio puramente

¹⁵⁹Brañas, Alfonso. *Op. Cit.* p.119.

¹⁶⁰*Loc. Cit.*

¹⁶¹*Loc. Cit.*

¹⁶²*Loc. Cit.*

¹⁶³*Loc. Cit.*

¹⁶⁴Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Op. Cit.* p. 62.

formal y, el segundo, la necesidad de determinar los criterios formales que es necesario que revista la declaración de voluntad de los contrayentes, para que se entienda válidamente contraído el matrimonio”¹⁶⁵.

Para Alfonso Brañas, los sistemas matrimoniales se derivan del matrimonio civil y del matrimonio religioso. Y por lo tanto los agrupa de esta forma:

2.3.2.1 Sistema exclusivamente religioso: sólo le reconoce efectos al matrimonio celebrado ante autoridad eclesiástica¹⁶⁶.

2.3.2.2 Sistema exclusivamente civil: es aquel matrimonio que es entendido por la mayoría de legislaciones como un contrato civil, y que fue incorporado en países como México y España alrededor de 1870¹⁶⁷. Sin embargo en nuestro país, en 1877 era considerado como un contrato civil solemne y luego pasó a ser considerado como una institución social¹⁶⁸.

De acuerdo con Vladimir Guerra, “el sistema matrimonial se establece en función de la actitud del Estado frente al matrimonio religioso”¹⁶⁹ y en base a dicha idea clasifica a los sistemas matrimoniales de la siguiente forma:

2.3.2.3 Matrimonio civil facultativo tipo latino: este sistema matrimonial “reconoce a los contrayentes la facultad de elección entre la forma civil o la religiosa; elegida una de estas formas, la legislación (civil o religiosa) se aplica a la forma y al contenido. La jurisdicción sobre el matrimonio deriva también

¹⁶⁵ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Op. Cit.* p. 62.

¹⁶⁶ Brañas, Alfonso. *Op. Cit.* p. 120.

¹⁶⁷ *Loc. Cit.*

¹⁶⁸ *Loc. Cit.*

¹⁶⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Op. Cit.* p. 62.

de la legislación que resulte aplicable y así, los tribunales eclesiásticos serán competentes para entenderen las causas que se planteen sobre los matrimonios celebrados en forma religiosa”.¹⁷⁰

2.3.2.4 Matrimonio civil facultativo tipo anglosajón: de acuerdo con este sistema, sólo existe un único matrimonio, por lo que el “interesado puede optar entre las formas que le ofrece el ordenamiento civil, pero cualquiera que sea la elegida, incluso si se trata de una forma religiosa, el Estado regula las consecuencias del matrimonio y las cuestiones judiciales que se planteen serán solucionadas por los tribunales civiles”.¹⁷¹

De acuerdo con la clasificación anterior, Vladimir Aguilar califica al sistema matrimonial guatemalteco como único, “aunque admite una pluralidad de formas. Existe por tanto un único matrimonio, regulado por el Código Civil, aunque formalmente plural, ya que puede elegirse la autorización de un funcionario del Estado, o bien la autorización de un ministro de Culto (art. 92 del Código Civil y art. 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala)”¹⁷².

2.4 Naturaleza jurídica

Como cuarto punto a desarrollar en el segundo capítulo de la tesis se encuentra la naturaleza jurídica que distintos autores le han otorgado al matrimonio. A continuación se exponen dichas concepciones.

¹⁷⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Op. Cit.* p. 63.

¹⁷¹ *Loc. Cit.*

¹⁷² *Loc. Cit.*

2.4.1 Matrimonio como contrato: Tal y como se estableció en la parte histórica del desarrollo del matrimonio, debe recordarse que la concepción contractual del mismo tuvo su origen en Francia para poder “tornar disolubles las nupcias”¹⁷³. Mientras que la posición de la Iglesia siempre ha sido la de considerarlo como una institución y un sacramento.

Según Lagomarsino- Uriarte, la naturaleza jurídica contractualista del matrimonio existe en virtud de que los cónyuges mediante un acuerdo de voluntades reglan derechos¹⁷⁴, sin embargo la crítica que esta teoría recibe es que una vez los cónyuges han prestado su consentimiento es la ley quien regula las consecuencias jurídicas prescindiendo de la voluntad de los contrayentes¹⁷⁵.

Para Guillermo A. Borda, la doctrina clásica ve en el matrimonio un contrato, ya que el mismo necesita del acuerdo de los cónyuges. Según Borda, este punto de vista fue defendido por dos grupos: por una parte, “los canonistas, lo sostuvieron para dignificar la unión del hombre y la mujer, superando los resabios de la *coemptio* y el *usus* romanos y para combatir los matrimonios por conveniencia... el matrimonio debía fundarse en el amor y en la libre decisión de los interesados”¹⁷⁶. Por otro lado, se encuentran “los juristas liberales de la Revolución Francesa, [quienes] vieron en ésta una idea para

¹⁷³Lagomarsino – Uriarte. *Op. Cit.* p. 55

¹⁷⁴*Loc. Cit.*

¹⁷⁵*Ibíd.*p. 56.

¹⁷⁶Borda, Guillermo. *Op. Cit.*p. 56.

el divorcio, pues tratándose de un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo”.¹⁷⁷

Borda manifiesta que la tesis contractualista del matrimonio ha sufrido constantes críticas, y dentro de las mismas menciona las siguientes:¹⁷⁸

- Un contrato es una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes; en el acto de matrimonio, en cambio, los cónyuges no hacen otra cosa que prestar su consentimiento, pero todos los derechos están fijados por la ley y las partes no pueden apartarse de estas prescripciones de orden público.
- La propia voluntad de las partes no tiene aquí la misma potencia generadora que en los contratos, pues no basta como en éstos con la simple declaración de los contrayentes, sino que es necesaria la intervención de un oficial público que los declara unidos en matrimonio.

El matrimonio como contrato, de acuerdo con Diego Espín citado por José Emilio Sánchez, “en el Derecho Romano, el matrimonio exigía la coexistencia de un doble elemento, el primero de carácter objetivo, consistente en la convivencia de los cónyuges que se originaba por la entrada de la mujer en la casa del marido (*deductio in domum mariti*); y otro, de carácter subjetivo, constituido por la común y recíproca intención del marido y la mujer de convivir matrimonialmente (*affectio*

¹⁷⁷Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 56.

¹⁷⁸*Ibíd.* p. 56 – 57.

maritalis), elemento que debe perdurar, como voluntad reiterada y no sólo inicial para que subsista el matrimonio”¹⁷⁹.

Según José Emilio Sánchez, los canonistas consideran al elemento de la *affectio maritalis* como equivalente a un acuerdo o convención y por la tanto lo equiparan como a un contrato¹⁸⁰. Y al realizar dicha equiparación se encuentran inmersos en el contrato, aquellos elementos esenciales.

En primer lugar, los cónyuges deben ser un hombre y una mujer, luego el objeto “son los cuerpos de los contrayentes, cuyo dominio se entregan recíprocamente para usar de ellos en orden a la propagación de la especie. Y finalmente, el consentimiento debe ser recíproco y expresamente externalizado”¹⁸¹.

Sin embargo, luego el autor José Emilio Sánchez, hace una crítica acertada y que justamente guarda relación con el punto de la tesis a defender. Y es que “tal argumentación no concuerda con la indisolubilidad del matrimonio, como elemento del mismo, ya que si el matrimonio es un contrato, deberá aceptarse su rescisión como posibilidad a la que pueden optar las partes en toda figura contractual”¹⁸². En el Derecho guatemalteco, el matrimonio es una institución social, luego no es contrato, y al no serlo, es imposible su rescisión, sin embargo nuestra ley la contempla al admitirlo en el propio código civil.

¹⁷⁹Sánchez, José Emilio. *Op. Cit.* p. 9.

¹⁸⁰*Loc. Cit.*

¹⁸¹*Ibíd.*p. 8 – 9.

¹⁸²*Ibíd.*p. 10.

Además como parte de su crítica también expresa, que la concepción contractualista del matrimonio es una especie de escudo utilizado por los “teorizantes del liberalismo”¹⁸³ que apoyándose en dicha naturaleza, han propugnado por la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial”¹⁸⁴.

Sánchez, continúa manifestando que la tesis canonista se mantuvo luego del rompimiento entre el matrimonio civil y el religioso, puesto que fue recogida por los civilistas¹⁸⁵. Y expresa que es por ello que en algunas legislaciones civilistas, se regula al matrimonio como “un negocio jurídico en el que hay capacidad legal, objeto lícito, por lo que encontrándose dichos elementos en el matrimonio, éste es un contrato”¹⁸⁶.

Pero luego, José Emilio Sánchez, vuelve a hacer una anotación muy interesante y concordante con la tesis a probar. Y es que manifiesta que “a simple vista tal aseveración debería considerarse en su totalidad como válida; sin embargo, únicamente lo es en forma parcial, pues si bien es cierto que el acuerdo de voluntades de los cónyuges crea el vínculo, también es cierto que una vez exteriorizado el consentimiento para contraer matrimonio por personas capaces, la voluntad de éstas es impotente para regular o modificar el *status* jurídico creado”¹⁸⁷. *Strictu sensu*: ¿Por qué es incompetente? Es decir ¿por qué se pierde la capacidad para rescindir? Porque se trata de una

¹⁸³ Sánchez, José Emilio. *Op. Cit.* p. 10.

¹⁸⁴ *Loc. Cit.*

¹⁸⁵ *Loc. Cit.*

¹⁸⁶ *Loc. Cit.*

¹⁸⁷ *Loc. Cit.*

elección de estado, con consecuencias profundas en la persona de los contrayentes y en la sucesión de éstos.

Luego, el citado autor enumera las razones por las cuales el matrimonio no puede ser considerado como un contrato¹⁸⁸:

- No basta la sola voluntad de los contrayentes para que se repute celebrado el matrimonio; es necesaria la actuación del funcionario público designado por el Estado para autorizarlo.
- Los cónyuges no pueden estipular condiciones o modalidades en el matrimonio; deben regirse obligatoriamente por lo instituido por las normas del Código Civil.
- La imposible aplicación del mutuo disenso al matrimonio, el cual se da en todos los contratos si las partes por su sola voluntad desean hacerlo valer¹⁸⁹. Es importante destacar

¹⁸⁸Sánchez, José Emilio. *Op. Cit.* p. 11.

¹⁸⁹Para Rubén Alberto Contreras, la **rescisión** “es la forma de ineficacia de un contrato válidamente celebrado, pendiente total o parcialmente de cumplimiento, originada de la decisión de uno de los contratantes a quien la ley faculta expresamente, del acuerdo de los contratantes, de la declaración de juez competente fundada en un motivo específico previsto en la ley o de la imposibilidad de ejecución por causas fortuitas o motivos insuperables no imputables al incumplido”. Considera que los elementos necesarios para que se configure la rescisión son: **1)** existencia de un contrato válido, **2)** Que el contrato no se haya consumado, sino que, por el contrario, esté pendiente total o parcialmente su cumplimiento, **3)** Que una de las partes, a quien la ley faculte expresamente para ello, decida disolverlo, que ambas partes acuerden la rescisión; que lo declare disuelto la sentencia del juez competente por cualquiera de los motivos que el Código Civil establece; o que se disuelva el contrato porque su cumplimiento se haya tornado imposible por caso fortuito o por causas ajenas a la voluntad del obligado. Asimismo indica que, la **resolución** “es la extinción del contrato producida por el acaecimiento de la condición resolutoria a la que el mismo estaba sujeto por convenio de las partes o por disposición de la ley”. Indica que sus elementos son: **1)** Existencia de un contrato sujeto a condición resolutoria, **2)** Que el contrato no se haya consumado, es decir, que esté total o parcialmente pendiente de cumplimiento, **3)** Acaecimiento de la condición resolutoria, lo que produce como consecuencia la extinción del negocio o contrato, de pleno derecho si la condición resolutoria ha sido expresamente pactada, o mediante declaración judicial en el caso de condición tácita.

que por la falta de capacidad que tienen las partes para modificar el *status jurídico* creado voluntariamente, explicado en párrafos anteriores, resulta antinatural e ilógica la posibilidad de rescisión contemplada en la ley.

- Porque no puede estatuirse por medio de un simple contrato, un estado de vida permanente entre dos seres de distinto sexo para la perpetuación de la especie y la realización de finalidades espirituales, morales, físicas comunes.

De acuerdo con la tesis de Oscar Fernández Ramírez¹⁹⁰, el matrimonio como contrato implica que “el vínculo conyugal y los derechos y deberes de los cónyuges tienen su causa en el mutuo consentimiento”¹⁹¹. Dicho autor cita a Javier Hervada quien manifiesta lo siguiente: “en la tesis contractualista hay tres ideas básicas: primera, el matrimonio debe su existencia al consentimiento de los contrayentes y sólo a él; segundo, el conjunto de derechos y deberes que forman la estructura jurídica del matrimonio es una obligación contractual; tercera, los

El citado autor considera que la regulación de la rescisión y la resolución de los contratos que se encuentra en el Libro V, Título V, Capítulo IV, artículos del 1579 al 1586 del Código Civil, Decreto Ley Número 106, es bastante desafortunada en vista de que no se les concede un apartado independiente a cada una, y si bien es cierto que ambas tienen aspectos comunes, considera que sus diferencias son notables y de fondo. (Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles. Parte general.** Segunda reimpresión de la primera edición. Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2010. p. 339 - 356.) De acuerdo con la tesis de Julia Alejandra Anzueto Pérez “Doctrinalmente, la diferencia más clara que se da entre la rescisión y resolución, es que dentro de una rescisión lo que se ha producido es una lesión o perjuicio económico, más no un incumplimiento. Mientras que en una resolución, han sobrevenido hechos o eventos que han quebrantado el orden del contrato que vinculaba a ambas partes contratantes, dándose el incumplimiento de una de ellas”. (Anzueto Pérez, Julia Alejandra. “**Posible conflicto jurídico existente entre las normas sustantivas e instrumentales en materia de rescisión y resolución de contratos**”. Tesis inédita. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala. 2003. p. 12.)

¹⁹⁰Fernández Ramírez, Oscar Armando. **Crisis jurídica de la institución matrimonial causada por el divorcio.** Tesis inédita. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1988. p. 21.

¹⁹¹*Loc. Cit.*

contractualistas dan al concepto de contrato el valor genérico de acto jurídico de la autonomía privada”¹⁹².

Asimismo, manifiesta respecto de esta teoría que la misma se enfoca únicamente bajo uno solo de los aspectos de los que se encuentra constituido el matrimonio que es el del pacto y del consentimiento de los contrayentes, pero ello “impide conocer con toda su plenitud la naturaleza jurídica del matrimonio”¹⁹³.

Además, de que como bien lo había mencionado Lagomarsino – Uriarte, la tesis contractualista “tiene el error de fundamentarlo única y exclusivamente sobre el consentimiento, pero todos los derechos y obligaciones que nacen están reconocidos y fijados por la ley, y las partes no pueden apartarse de estas prescripciones”¹⁹⁴.

2.4.2 Matrimonio como institución:De acuerdo con Lagomarsino – Uriarte, el matrimonio como institución surge en virtud de que no puede ser del todo encuadrado dentro de lo que jurídicamente se entiende por contrato.¹⁹⁵

Para Guillermo A. Borda, “el matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin una institución”¹⁹⁶.

¹⁹²Fernández Ramírez, Oscar Armando. **Crisis jurídica de la institución matrimonial causada por el divorcio**. Tesis inédita. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1988.p. 21 – 22.

¹⁹³*Loc. Cit.*

¹⁹⁴Lagomarsino- Uriarte. *Op. Cit.* p. 55.

¹⁹⁵*Loc. Cit.*

¹⁹⁶Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 57.

Josserand, citado por Borda, afirma que “la teoría de la institución proviene de la concepción un tanto estrecha que algunos autores se forman del contrato; sostiene que debe entenderse por ese nombre toda unión de dos o más voluntades con ánimo de crear derechos y que dentro de ese concepto encaja perfectamente el matrimonio”¹⁹⁷.

Debe resaltarse que el concepto de institución supera al de contrato, precisamente por su carácter de permanencia. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha interpretado que “...el matrimonio es considerado en la legislación guatemalteca como una institución social, protegido especialmente porque a partir de él se establece la familia, y de ésta el Estado. Cuando la persona se integra a la institución del matrimonio, la autonomía de la voluntad opera como elemento esencial en su máxima expresión de libertad y, siendo el legislador quien crea las normas, lo hace en protección de valores superiores en favor de la familia, los menores, la paternidad y la maternidad responsable. En el matrimonio hay un papel para cada uno de los cónyuges, el que determina el Estado dentro de los valores tradicionales guatemaltecos y la diversidad de concepciones, costumbres y creencias nacionales en relación con el matrimonio. El Estado ha regulado la institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges...”¹⁹⁸

¹⁹⁷Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 57.

¹⁹⁸ Corte de Constitucionalidad. **Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad.** Gaceta No. 28, expediente No. 84-92, sentencia: 24-06-93, página No. 33. Guatemala. 2008. p. 75.

De acuerdo con José Aguilar Gorrondona, “el Derecho Civil gira en torno a tres grandes instituciones: la persona, la familia y el patrimonio”¹⁹⁹. El matrimonio se encuentra íntimamente ligada con familia, sin descartar a la persona y el patrimonio.

En base a lo anterior es relevante aportar la idea de Hernán Larraín Ríos quien indica que “La unión conyugal está justificada por el hecho social de la familia fundada, siendo ésta una institución -la primera de las instituciones- y el matrimonio un acto de adhesión a esa institución... Cada contrayente realiza un acto de adhesión a la institución del matrimonio, acto que viene a generar el funcionamiento de dicha institución. En consecuencia, toda la legislación positiva sobre el matrimonio es una constante excepción a las características y noción misma de los contratos, mientras que es una confirmación, también constante, de que ella cumple con todos y cada uno de los elementos básicos de la institución”²⁰⁰.

La tesis del matrimonio como institución social, es la que concibe nuestro Código Civil, y José Emilio Sánchez, expresa que ello quiere decir que “el matrimonio... constituye un conjunto de normas impuestas por el Estado, que forman un todo y al cual las partes no tienen más alternativa que adherirse”²⁰¹.

Asimismo, expone con claridad las siguientes ideas expresadas por Ihering y citadas por Rojina Villegas: “La institución jurídica

¹⁹⁹ Aguilar Gorrondona, José. 2005. **Personas, Derecho Civil I** [en línea] <http://temasdederecho.wordpress.com/tag/instituciones-civiles-fundamentales/> [consulta: 14 de octubre de 2013]

²⁰⁰ Larraín Ríos, Hernán. 1998. **Matrimonio ¿Contrato o institución?** [en línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200007&script=sci_arttext [consulta: 15 de octubre de 2013]

²⁰¹ Sánchez, José Emilio. *Op. Cit.* p.11.

debe quedar integrada por un conjunto de normas que persiguen la misma finalidad”²⁰².

Concluye José Emilio Sánchez exponiendo que “... la institución jurídica se presenta como un cuerpo debidamente integrado por normas de igual naturaleza que se unifican en razón de un fin. El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos regulan tanto el acto de su celebración al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan derechos y obligaciones de los consortes, que persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será fuente de gran variedad de relaciones jurídicas”²⁰³.

De acuerdo con una de las definiciones descritas en la tesis de Oscar Fernández Ramírez, el matrimonio como institución es “un estado jurídico regido por un conjunto de reglas impuestas por el Estado, y al cual las partes deben adherirse y ajustarse”²⁰⁴. Sin embargo dicho autor discrepa de este supuesto ya que desnaturaliza al matrimonio, manifestando que éste no puede ser considerado como “una institución social más del derecho o como una idea propia del legislador, sino como una realidad natural, impresa en la propia naturaleza humana y que el Derecho Positivo reconoce”²⁰⁵.

Renard, citado por Guillermo A. Borda, enumera las diferencias entre la teoría contractualista y del matrimonio como institución:

²⁰² Sánchez, José Emilio. *Op. Cit.* p.11.

²⁰³ *Ibid.* p. 12.

²⁰⁴ *Loc. Cit.*

²⁰⁵ Fernández Ramírez, Oscar Armando. *Op. Cit.* p. 23.

- “El contrato es una especulación. La institución es un *consortium* en el que todos los intereses son coincidentes.
- La igualdad es la ley del contrato; por el contrario, quien dice *consortium* dice organización y disciplina: la jerarquía es pues ley de la institución.
- El contrato es una mera relación y en consecuencia sólo produce efectos entre las partes; la institución es una entidad y, por ello, se impone tanto a las partes como a terceros.
- El contrato es una relación exterior a los contratantes, un lazo de obligación, *vinculum iuris*; la relación institucional es una *interiorización*.
- El contrato es precario, se desata como se ha formado y toda obligación está destinada a extinguirse con el pago; la institución está hecha para durar, para perpetuarse.
- El contrato es una relación subjetiva de persona a persona; las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias”²⁰⁶.

2.4.3 Matrimonio como acto jurídico: Asimismo, existen autores que consideran que el matrimonio es tanto un acto jurídico bilateral como una institución.²⁰⁷ Se entiende como institución desde “la postura netamente objetiva e impersonal”²⁰⁸ queriendo decir con ello que en cuanto a su formulación jurídica positiva y factores teleológicos de su regulación puede entenderse como tal. Sin embargo, si se observa desde el punto

²⁰⁶Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 58.

²⁰⁷*Loc. Cit.*

²⁰⁸*Loc. Cit.*

de la celebración de los cónyuges “para que sus vidas sean regladas por esa institución”²⁰⁹ es necesario que se realice un acto jurídico bilateral.

De acuerdo con la tesis de Oscar Fernández Ramírez²¹⁰, la naturaleza jurídica del matrimonio puede ser la de sociedad para la consecución de fines.

En el supuesto que entiende al matrimonio como una sociedad para la consecución de fines, el autor de la tesis expone que “las partes, es decir, los cónyuges, serían como socios, como copartícipes de una común suerte, y unión solidaria; pero el matrimonio es algo más que la búsqueda de fines, la búsqueda de metas, cualquiera que ésta sea”²¹¹. Afirma el autor que este supuesto es incorrecto en vista que el matrimonio sólo subsistiría en tanto y en cuanto perduren los fines, no siendo esa la naturaleza del matrimonio en la que los cónyuges “son plenos en sí mismos, y nunca medios o instrumentos para la obtención de fines”²¹².

2.5 El matrimonio a la luz de la concepción clásica del Derecho Natural

De acuerdo con Javier Hervada, “...la ley natural es la inclinación grabada en la naturaleza del hombre que procede de la acción creadora de Dios. No es la ley natural una superestructura impuesta al hombre, individual y socialmente considerado, sino, unos mandatos, sin duda justos y buenos, pero, en definitiva,

²⁰⁹Borda, Guillermo. *Op. Cit.* p. 58.

²¹⁰Fernández Ramírez, Oscar Armando. *Op. Cit.* p. 22.

²¹¹*Loc. Cit.*

²¹²*Ibíd.* p. 23.

extrínsecos a su ser. La ley natural es ley constitutiva del hombre, una dimensión de su ser en relación a su desarrollo existencial"²¹³.

Asimismo, Hervada expone que existen dos problemas planteados por la mentalidad moderna respecto al matrimonio y que se relacionan con la ley natural²¹⁴.

El primero, se refiere a la contraposición entre amor y ley natural como regla de la vida matrimonial. Y el segundo, atiende a si el matrimonio es una institución reglada por la naturaleza humana, o si debe ser dejada a la autonomía de la persona²¹⁵.

Para efectos de la investigación, nos concentraremos en el segundo problema: "¿es el matrimonio una institución que está ordenada por la naturaleza humana, o debe ser más bien dejada a la autonomía de la persona?"²¹⁶

Respecto a la anterior interrogante, Javier Hervada²¹⁷, explica que existen diversas corrientes cuya característica común es el "personalismo excesivo". Y manifiesta que: "para tales corrientes, la autonomía del hombre es un valor absoluto – es decir, no limitado-, y la autenticidad se manifiesta, sobre todo, en la espontaneidad"²¹⁸.

²¹³Hervada, Javier. **Derecho Natural, Democracia y Cultura**. Ediciones Universidad de Navarra. Colección Jurídica. Pamplona. 1993. p. 156.

²¹⁴Hervada, Javier. **Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural**. Sin fecha de publicación. [en línea].<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12150> [consulta: 14 de julio de 2012]. p. 95.

²¹⁵*Loc. Cit.*

²¹⁶*Ibíd.*p. 101.

²¹⁷*Loc. Cit.*

²¹⁸*Loc. Cit.*

Los seguidores de dichas posturas manifiestan interrogantes tales como: “¿No hay una libertad en la búsqueda de nuevas fórmulas para la relación varón – mujer?, ¿Por qué no se deja la plasmación de tales relaciones a la imaginación y a la energía singular de cada pareja, en lugar de definir social e institucionalmente lo que es el matrimonio?, ¿No representa esto un inaceptable ataque a la libertad personal y al libre despliegue de los sentimientos?”²¹⁹

Al respecto, manifiesta Hervada que con dichas posturas lo que sucede es que “en lugar del concepto de naturaleza humana aparece, por un lado, el concepto de persona y por otro lado el de estructura social”²²⁰.

Sin embargo, como bien lo expresa el citado autor: “... cuando al hombre se le aplica la noción de persona y se le despoja de la noción de naturaleza, desaparece automáticamente toda posibilidad de hablar de un orden objetivo, porque es la naturaleza lo que es capaz de ser norma de conducta; no la persona considerada como pura existencia. Por eso el orden grabado en el ser del hombre es denominado Derecho Natural y no Derecho personal o de la persona. La persona es sujeto de derechos subjetivos y de deberes, pero –sin considerar su naturaleza- no es ley o norma”²²¹.

Se puede decir que cada hombre tiene una estructura o una naturaleza determinada. “Por eso la ley natural está impresa en el corazón del hombre, no sólo como conocimiento, sino también como apertura ontológica (exigencia) del ser personal y como consecuencia del propio ser”²²².

²¹⁹Hervada, Javier. **Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural**. Sin fecha de publicación. [en línea].<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12150> [consulta: 14 de julio de 2012]. p. 101 – 102.

²²⁰*Ibíd.*p. 102.

²²¹*Loc. Cit.*

²²²*Ibíd.*p. 104.

Explica Javier Hervada que al decir que el matrimonio responde a una ley natural, se hace referencia a que una “estructura óptica determinada... del ser humano es la dimensión sexual y su ordenación a la integración del hombre y de la mujer en el matrimonio”²²³. Por lo que el matrimonio forma parte del dinamismo de la persona.

El hombre está inclinado al matrimonio y éste obedece a ciertas potencias naturales.

La institución natural del matrimonio responde a una finalidad, los fines a los que está dirigido el matrimonio que se encuentran presentes en la naturaleza humana de dos modos: “... como principios dinámicos –potencias naturalmente ordenadas, tendencia asimismo ordenada- y como bienes cuya consecución enriquece la personalidad del hombre (*inclinatio*)”²²⁴

Sobre este punto concluye Hervada: “El matrimonio no es una institución jurídico-social en cuyo interior se legitime el desarrollo de la sexualidad. El matrimonio, por el contrario, es el desarrollo de la *inclinatio natural*, el desarrollo mismo de la sexualidad conforme a la estructura ontológica de la persona humana, conforme a la naturaleza personal del hombre. Es la realización de la persona humana (su recto desenvolvimiento) en el orden de la sexualidad, en cuanto ésta se orienta a la unión con el sexo opuesto”²²⁵.

Luego, muy acertadamente, Hervada expresa la siguiente interrogante “¿cuál es la función del Derecho Positivo humano respecto del matrimonio?”²²⁶

²²³Hervada, Javier. **Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural**. Sin fecha de publicación. [en línea].<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12150> [consulta: 14 de julio de 2012]. p. 104.

²²⁴*Loc. Cit.*

²²⁵*Ibíd.*p. 106.

²²⁶*Loc. Cit.*

Y a ésta da una respuesta que es una de las principales ideas de la hipótesis a probar: "... la estructura jurídica matrimonial no reside primariamente en el sistema legal, sino en las personas, en cuanto ellas son el sujeto del Derecho natural (grabado en la naturaleza de todo hombre). La dimensión jurídica del matrimonio es un *prius* – es anterior- a cualquier sistema legal concreto. La legislación positiva no da origen al matrimonio, ni de ella recibe la fuerza su dimensión jurídica. Los <<sistemas matrimoniales>>, o legislación positiva del matrimonio dentro de su ordenamiento jurídico concreto, se limitan a ser <<sistemas de formalización>> de la estructura jurídica del matrimonio y de su celebración. En cuanto sistemas de formalización regulan y ordenan el matrimonio y el *ius connubii* de los contrayentes, incluso con requisitos *ad validitatem*, pero sin sobrepasar esos límites; esto es, formalizan (regulan, ordenan), pero no crean el matrimonio ni su juridicidad"²²⁷.

De lo anterior puede deducirse que: el matrimonio no ha sido una creación del legislador, sino que es una exigencia propia de la persona humana. Que tiene la finalidad del perfeccionamiento de sí mismo, dentro del orden impregnado por la ley natural que cada ser humano lleva dentro.

Javier Hervada hace una anotación importante sobre "la formalización de los sistemas legales sobre el matrimonio"²²⁸. Estableciendo que dicha formalización²²⁹ "se ciñe a aquellos aspectos del matrimonio que son capaces

²²⁷Hervada, Javier. **Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural**. Sin fecha de publicación. [en línea].<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12150> [consulta: 14 de julio de 2012]. p. 106 – 107.

²²⁸*Ibid.* p. 107.

²²⁹"La formalización consiste en la tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el Derecho, mediante el recurso de darles una forma, atribuirles una precisa eficacia, en sí mismos y en relación con los demás, prever los instrumentos técnicos para realizar y garantizar su eficacia, establecer las condiciones y requisitos para que sean válidos y eficaces, etc". Hervada, Javier (et - al). **El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico I**. EUNSA. Pamplona. 1970. p. 54.

de ser objeto de ordenación y regulación por la autoridad social. Quedan fuera aquellos aspectos del matrimonio que, aun siendo propia y verdaderamente jurídicos, pertenecen a la autonomía de la persona... Asimismo quedan fuera de la posible formalización aquellos aspectos jurídicos que, perteneciendo al núcleo de Derecho Natural, se presentan como completos”²³⁰.

De acuerdo con Javier Hervada, los “sistemas matrimoniales” comprenden:

- “Las normas que regulan el pacto conyugal en lo que se refiere a sus requisitos formales, a la capacidad y a la legitimación de los contrayentes;
- la ordenación de los vicios y defectos de la voluntad, la eficacia de los factores volitivos añadidos al consentimiento matrimonial y la defensa de la libertad de los contrayentes;
- la separación de los cónyuges y las causas de nulidad;
- la eficacia del matrimonio contraído en orden a las demás relaciones y situaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico concreto. Todo ello, por supuesto, de acuerdo con la naturaleza y esencia del matrimonio”²³¹.

Pero al mismo tiempo, el autor antes citado, también enumera los elementos que quedan fuera de la posible formalización del legislador²³²:

- La esencia del matrimonio;
- las propiedades esenciales;
- los fines;
- el contenido de la relación matrimonial;

²³⁰Hervada, Javier. **Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural**. Sin fecha de publicación. [en línea].<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12150> [consulta: 14 de julio de 2012]. p. 107.

²³¹*Loc. Cit.*

²³²*Loc. Cit.*

- el desarrollo de la vida conyugal;
- la esencia del pacto conyugal, etcétera.

Y cuando se refiere a la “esencia del matrimonio”, debe entenderse su naturaleza jurídica.

Asimismo expresa con claridad lo siguiente: “...El ordenamiento jurídico de creación humana carece de fuerza instituyente respecto a los aspectos del matrimonio señalados como no formalizables. Podría ocurrir que el legislador pretendiese dar esa fuerza instituyente, por ejemplo, a una definición de matrimonio. Esta pretensión, por exceder de la competencia del legislador, carecería de fuerza vinculante. Quien bajo el imperio de esa ley deseara contraer matrimonio-, lo contraería, no según la definición legal, sino según está instituido en la naturaleza humana. El posible contraste entre la definición legal y el matrimonio, según está instituido naturalmente, sólo podría tener eficacia por vía del consentimiento – es decir, como factor de nulidad- siempre que un contrayente – o los dos- de tal manera quisiesen contraer matrimonio según la configuración legal, que excluyesen positivamente el único y verdadero matrimonio...”²³³

De acuerdo con Antonino González, siguiendo el juicio de Tomás de Aquino, el matrimonio debe ser estudiado desde sus causas.

Antonino González, manifiesta que “La causa final es la finalidad para la que algo causado ha sido causado. A menudo algo es causado en la naturaleza, y no parece obedecer al plan de nadie, pero sí vemos que de hecho tiene un fin, está ahí para hacer algo: esa finalidad no intencionada presente en la

²³³Hervada, Javier. **Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural**. Sin fecha de publicación. [en línea].<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12150> [consulta: 14 de julio de 2012]. p. 107.

naturaleza es la Teleología, y es una prueba racional de la existencia de una Inteligencia ordenadora del Universo”²³⁴.

Antonino González, tomando como referencia a Tomás de Aquino, manifiesta que el fin del matrimonio es doble: un fin genérico o primario y un fin específico o secundario²³⁵.

El primero, se refiere a la procreación y educación de los hijos. Y el segundo, lo denomina “amistad conyugal” de acuerdo con palabras de Tomás de Aquino. “La amistad es para el Aquinate, un tipo de amor -en contraposición con el amor de concupiscencia, el amor a la cosa-, es un amor a la persona para la que se quiere la cosa, el bien... Esta amistad, a la que a menudo llama el Doctor Angélico *fides*, fidelidad, exige de suyo una mutua entrega, una unicidad relacional, una amistad biunívoca e imperecedera”²³⁶.

De acuerdo con Antonino González, la causa eficiente del matrimonio “son los actos que dan lugar al matrimonio”²³⁷.

Según lo expresado por el Aquinate: “El matrimonio no es el consentimiento, es la unión de dos ordenados al mismo fin, unión que es causada por el consentimiento... Y tal consentimiento lo es a la unión con el cónyuge. El objeto del consentimiento no es el cónyuge, sino la unión con el varón/mujer. El consentimiento hay que expresarlo, pero la causa es el consentimiento interior”²³⁸.

²³⁴González, Antonino. Sin fecha de publicación. **Filosofía del matrimonio y la familia**. [en línea]. <http://mmf.campus-virtual.com/contexto/documento.php?codigo=140300000> [consulta: 22 de julio de 2012]

²³⁵ *Loc. Cit.*

²³⁶ *Loc. Cit.*

²³⁷ *Loc. Cit.*

²³⁸ *Loc. Cit.*

Ahora bien, las causas intrínsecas del matrimonio, también conocidas como causa material y formal del matrimonio; son aquellas que “se refieren a lo que causa el matrimonio en su ser, en lo que es... de qué está hecho y cómo está ordenado...”²³⁹.

La causa formal, de acuerdo con Antonino González, es la unión de dos personas de distinto sexo. “Así, el matrimonio es aquella sociedad entre personas de distinto sexo, cuyos fines -de la sociedad- son precisamente la amistad conyugal, la generación y la educación de los hijos. Es decir, el matrimonio es unificarse en orden a un fin”²⁴⁰.

Y respecto a la causa material, Santo Tomás expresa que: son el hombre y la mujer que no tienen impedimento en relación a la consanguinidad para cumplir con los fines del matrimonio²⁴¹.

Antonino González, también se manifiesta sobre las propiedades del matrimonio y clasifica como principales las siguientes: la unidad y la indisolubilidad²⁴².

Respecto a la unidad, dice que el matrimonio ha de darse en forma exclusiva entre “un único varón y una única mujer, lo que se desprende de la naturaleza humana, de la ley natural”²⁴³. Y al respecto manifiesta que esta propiedad va de la mano con el fin de la procreación y educación de los hijos.

²³⁹González, Antonino. Sin fecha de publicación. **Filosofía del matrimonio y la familia**. [en línea]. <http://mmf.campus-virtual.com/contexto/documento.php?codigo=140300000> [consulta: 22 de julio de 2012]

²⁴⁰*Loc. Cit.*

²⁴¹*Loc. Cit.*

²⁴²*Loc. Cit.*

²⁴³*Loc. Cit.*

La indisolubilidad es considerada como otra propiedad del matrimonio. Y ésta es exigida por la ley natural “primero por el perjuicio para los cónyuges en caso de disolución, segundo porque la intensidad de la amistad conyugal pide de suyo la prolongación indefinida del pacto -es la amistad mayor y más firme de cuantas pueden darse, y si repugna la rotura de cualquier amistad, cuanto más la de esta...-, y por último, por la íntima relación que existe entre el fin primario del matrimonio y el bien común de la sociedad -el matrimonio no es un asunto privado, sino también público”²⁴⁴.

De lo expuesto por los autores citados se puede concluir que: el matrimonio no es una figura creada por los legisladores. Sino que es una exigencia propia de la naturaleza humana que tiene sus propios fines, que son la procreación y educación de los hijos, así como el auxilio mutuo entre los cónyuges. Cuyas propiedades fundamentales son: la unidad, porque el matrimonio es la unión de uno con una y la indisolubilidad, puesto que el compromiso adquirido tiene una prolongación indefinida. El matrimonio, está regulado en principio por el Derecho Natural y solamente ha sido formalizado por el derecho positivo.

²⁴⁴González, Antonino. Sin fecha de publicación. **Filosofía del matrimonio y la familia**. [en línea]. <http://mmf.campus-virtual.com/contexto/documento.php?codigo=140300000> [consulta: 22 de julio de 2012]

Capítulo 3. Sobre el divorcio y la separación

3.1 Sobre la separación

3.1.1 Concepto y clasificación: En base a lo que ha sido desarrollado respecto del divorcio, nos hemos podido dar cuenta que la separación se encuentra contenida dentro del mismo. Sin embargo, nuestra legislación y la doctrina los contemplan de forma independiente.

3.1.1.1 Concepto: Para Planiol – Ripert, la separación es “el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”²⁴⁵.

De acuerdo con Planiol – Ripert, “la Iglesia creó la separación de cuerpos indicando que se reducía a una simple separación de habitación (*divortium quoad thorum et mensum*)”²⁴⁶. Los esposos separados no podían volver a casarse”. Además, en ese entonces la Iglesia era la competente para pronunciarse sobre la separación de un matrimonio. Sin embargo, ahora la legislación civil determina que la competencia le corresponde a los tribunales de justicia²⁴⁷.

Espín Cánovas considera lo siguiente “que la relación conyugal puede verse perturbada por diversas anomalías, que impliquen o bien una mera suspensión de la vida en común de los cónyuges, o que lleguen incluso a producir la definitiva desaparición del vínculo

²⁴⁵Brañas, Alfonso. *Op. Cit.* p. 172.

²⁴⁶*Ibíd.*p. 173.

²⁴⁷*Loc. Cit.*

matrimonial y que en el primer caso se trata de la llamada separación personal de los cónyuges o divorcio no vincular”²⁴⁸.

De lo anterior podemos determinar que existe el divorcio vincular, que es el que se ha tratado en el apartado inmediato anterior, y el divorcio relativo o no vincular, como es denominado por algunos autores.

Por lo que, como lo establece Alfonso Brañas, “... la separación, en su aspecto doctrinario, es estudiada como una clase de divorcio”²⁴⁹.

En la tesis de Sara Jeanette Lec López, el término separación es conocido de distintas formas, entre ellas: separación simple, separación de cuerpos, separación de personas, separación legal y separación relativa.²⁵⁰

Según Lagomarsino – Uriarte, “la separación personal ha sido precisada como el estado civil surgido de una sentencia constitutiva que exime a los cónyuges separados de vivir en común y les reconoce el derecho de fijar un nuevo domicilio o residencia. También ha merecido la caracterización de institución jurídica que faculta a los tribunales a eliminar el deber de cohabitación entre los cónyuges”²⁵¹.

²⁴⁸Brañas, Alfonso. *Op. Cit.* p. 173.

²⁴⁹*Loc. Cit.*

²⁵⁰Lec López, Sara Jeanette. *Op. Cit.* p. 23.

²⁵¹Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 142.

3.1.1.2 Clasificación: Una vez examinado el término de separación es importante determinar la forma en la que el mismo ha sido clasificado por los autores.

De acuerdo con Alfonso Brañas, las clases de separación son: separación de hecho y separación legal.

3.1.1.2.1 Separación de hecho: Sobre la separación de hecho Brañas manifiesta que: “se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto que cese la vida en común, sin mediar en todo caso previa resolución judicial. Esta clase de separación no es la propiamente regulada por la ley, pero puede producir determinados efectos jurídicos”²⁵².

3.1.1.2.2 Separación legal: Brañas manifiesta que la separación legal “...es aquella que es declarada judicialmente y es modificativa del matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia de la unión conyugal y el fin de vivir juntos marido y mujer, dos principios rectores de la institución matrimonial... modifica el matrimonio, pero deja subsistente el vínculo matrimonial, la institución en sí”²⁵³.

3.1.2 Causas de la separación personal: De acuerdo con Lagomarsino – Uriarte, cada una de las causales, subjetivas y objetivas, responden a

²⁵²Brañas, Alfonso. *Op. Cit.* p. 174.

²⁵³*Loc. Cit.*

fundamentos distintos. Así pues, las causales subjetivas vienen a ser “una sanción por la violación de los deberes matrimoniales”²⁵⁴. Mientras que las causales objetivas, “actúan sobre los factores que llevaron a la ruptura matrimonial, considerándose ello más acertado que detenerse en la determinación del culpable o los culpables de la misma”²⁵⁵.

3.1.2.1 Subjetivas: dentro de esta clasificación de causas de separación se encuentran: el adulterio, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sea como actor principal, cómplice o instigador; la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos, las injurias graves, para cuya apreciación el juez tomará en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse y el abandono voluntario y malicioso del otro cónyuge²⁵⁶.

Respecto del adulterio se puede decir que debe entenderse como una “ofensa a la fe conyugal cometida a partir de la celebración del matrimonio”²⁵⁷.

La tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos supone dos elementos indispensables: el objetivo, el cual “consiste en la tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos, sean o no comunes”²⁵⁸ y la subjetiva, la cual “supone en el sujeto activo la intención de atentar contra la vida de su cónyuge o de los hijos, se trata del dolo directo de matar”²⁵⁹.

²⁵⁴Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 144.

²⁵⁵*Loc. Cit.*

²⁵⁶*Ibíd.*p. 147.

²⁵⁷*Ibíd.*p. 153.

²⁵⁸*Ibíd.*p. 167.

²⁵⁹*Loc. Cit.*

Sobre la instigación a cometer delitos, puede entenderse como “la provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer cualquier delito”²⁶⁰.

Las injurias graves han sido calificadas como “toda especie de actos intencionales o no intencionales, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos que constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor, su reputación, o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades... No siempre las injurias requieren de actos positivos del cónyuge injuriante, sino que también pueden consistir en omisiones de su parte”²⁶¹.

Finalmente, respecto al abandono voluntario y malicioso del otro cónyuge, debe entenderse “no solo el alejamiento de uno de los cónyuges del hogar o de la residencia común con el propósito de sustraerse al cumplimiento del deber de cohabitación, sino, en un sentido más amplio, también la actitud de restar uno de los esposos su atención a las necesidades de la familia y al deber de asistencia que impone la comunidad de vida entre los mismos”²⁶².

Las causales subjetivas anteriores comparten las siguientes características:

- “La taxatividad, porque deben estar expresamente contempladas en la enumeración legal;
- la gravedad, porque dichas causales deben estar fundamentadas sobre hechos que hagan material y moralmente imposible o peligrosa la vida en común;

²⁶⁰Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 172.

²⁶¹*Ibíd.*p. 179.

²⁶²*Loc. Cit.*

- la imputabilidad, porque la separación personal se decreta en base a las conductas culpables del o de los cónyuges;
- la invocabilidad, porque el agravio o injuria establecido en la ley sólo puede ser alegado por el cónyuge ofendido;
- las causales no se excluyen entre sí, y finalmente
- la acreditación probatoria, ya que la acción de separación probatoria requiere de la prueba de la existencia de las causales atribuidas²⁶³.

3.1.2.2 Objetivas: de acuerdo con Lagomarsino – Uriarte son: los trastornos de conducta, las alteraciones mentales, el alcoholismo y la drogadicción²⁶⁴.

Respecto de los trastornos de conducta puede entenderse “... alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos²⁶⁵”.

Las alteraciones mentales, de acuerdo con Bosch, citado por Lagomarsino – Uriarte²⁶⁶ es “un estado del psiquismo que coloca a quien lo padece en condiciones de inadaptabilidad con relación al medio ambiente, lo cual le impide interpretar su situación y desarrollar su actividad con sentido utilitario²⁶⁷”.

²⁶³Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 148 – 153.

²⁶⁴*Ibid.*p. 213 – 235.

²⁶⁵*Ibid.*p. 214.

²⁶⁶*Ibid.*p. 220.

²⁶⁷*Loc. Cit.*

Y finalmente, el alcoholismo y la drogadicción como causales objetivas, según Lagomarsino-Uriarte, implica “a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio²⁶⁸”.

3.1.3 Efectos de la separación en la legislación guatemalteca: Dentro del cuerpo del Código Civil también se encuentran establecidas las consecuencias de la separación. En el artículo 153, se expone que la separación modifica al matrimonio, más no lo disuelve como el divorcio.

También el artículo 159 del mismo cuerpo legal establece como efectos civiles comunes de la separación y el divorcio:

- La liquidación del patrimonio familiar;
- el derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso y
- la suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada.

En el artículo 160, se regulan los efectos propios de la separación, los cuales son:

- La subsistencia del vínculo conyugal,
- el derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y
- el derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.

Asimismo, en el artículo 170 se establece que al estar firme la sentencia que declare la separación, debe procederse a liquidar el

²⁶⁸Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.* p. 226.

patrimonio conyugal en los términos prescritos en las capitulaciones, por la ley, o por las convenciones que hubieren celebrado los cónyuges.

3.2 Sobre el divorcio

Conocer la historia tanto del divorcio, como la de la separación es importante porque permite una mejor comprensión de los conceptos y se logra alcanzar una visión general de la forma en la que los mismos han ido evolucionando durante el paso de los siglos.

A continuación se presenta el desarrollo histórico del divorcio y simultáneamente el de la separación.

3.2.1 Concepto: Varios autores han definido el concepto de divorcio, entre ellos Planiol – Ripert, quien establece que “el divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”²⁶⁹.

Guillermo Cabanellas lo define como “divorcio, del latín *Divortium* del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado, la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos”²⁷⁰.

De acuerdo con José Emilio Sánchez, “el divorcio tiene dos acepciones...a) divorcio vincular, (traducción de “*divortium quoad vinculum*”) y b) separación de personas y de bienes (traducción de

²⁶⁹Brañas, Alfonso. *Op. Cit.*p. 175.

²⁷⁰Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Universitario. Tomo. I.** Segunda edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2004. p. 356.

“*separatio quoad thorum et mensam*”), relativo o menos pleno, o simplemente separación”²⁷¹.

Para Carbonnier “el divorcio consiste en la disolución de un matrimonio válido, en vida de los cónyuges (*divertere*, irse cada uno por su lado)”²⁷².

De acuerdo con Sara Montero Duhalt, “divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidas expresamente en la ley”²⁷³.

Según Gomez Piedrahita, “El divorcio es una institución jurídica que versa sobre la ruptura o destrucción del vínculo matrimonial mediante la decisión de juez competente. El término divorcio se entiende como el rompimiento del lazo jurídico que une a los legalmente casados...”²⁷⁴.

Anita Calderón, define al divorcio como “la forma legal de extinguir un matrimonio válido, [que] sólo puede ser decretado por autoridad competente, con base a causas específicamente señaladas en la ley; tiene como consecuencia directa desvincular totalmente a los cónyuges dejándoles en libertad de contraer un nuevo matrimonio”²⁷⁵.

²⁷¹Sánchez, José Emilio. *Op. Cit.* p. 37.

²⁷²Calderón, Anita (et - al). **Manual de Derecho de Familia**. Centro de Investigación y capacitación Proyecto de Reforma Judicial. Primera edición. El Salvador. 1994. p. 79.

²⁷³*Loc. Cit.*

²⁷⁴*Loc. Cit.*

²⁷⁵*Ibíd.*p. 80.

De acuerdo con las definiciones establecidas por los autores citados con anterioridad, se puede deducir que el divorcio se encuentra compuesto por ciertas características tales como: que es una ruptura del vínculo matrimonial, hecha por autoridad competente en vida de los cónyuges, cuyos efectos son: separación personal de los cónyuges y que éstos puedan volverse a casar.

3.2.2 Evolución histórica

- **Código de Manú:** este Código es una de las leyes más antiguas²⁷⁶ dentro del que se facultaba al marido para que repudiara a la mujer, de conformidad con distintas circunstancias. Algunas razones por las cuales el marido podía repudiar a su mujer eran las siguientes²⁷⁷: si pasados ocho años de matrimonio y la mujer no podía concebir hijos, si la mujer ingería licores o si solamente concebía mujeres.
- **Griegos:** de acuerdo con Fustel de Coulanges, citado por Lagomarsino – Uriarte, “era forzoso que los magistrados emplearan todo su celo para evitar la disolución matrimonial, la que sin embargo resultaba posible en caso de esterilidad de la mujer ya que de este modo al no haber descendencia la continuación del culto resultaba imposible”²⁷⁸. No obstante lo anterior, en Atenas la mujer que era maltratada por su marido, podía pedir la separación²⁷⁹.

²⁷⁶Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.*p. 59.

²⁷⁷*Loc. Cit.*

²⁷⁸*Ibíd.*p. 60.

²⁷⁹*Loc. Cit.*

- **Persas:** una vez transcurridos nueve años desde la celebración del matrimonio y la mujer no había concebido hijos, se admitía la repudiación²⁸⁰.
- **Hebreos:** desde la antigüedad los hebreos admitían la repudiación, y luego con el tiempo la misma se perfeccionó y legalizó mediante el divorcio²⁸¹.

El marido debía escribir una carta de repudio a su mujer, cumpliendo con ciertas formalidades. Sin embargo como la mayoría de personas no sabían escribir debían acudir con un Rabino, quien los aconsejaba mejor sobre la decisión que iban a tomar²⁸².

Era en el libro del Deuteronomio en el que se establecía la forma en la que la carta debía ser entregada, haciéndose la especificación que si el marido encontraba alguna “cosa torpe”²⁸³ en su mujer podía repudiarla mediante la carta que debía entregársela en sus manos. En este caso la mujer podía volver a casarse y en caso de que su segundo esposo falleciera, el que la había repudiado no podía volver a casarse con ella²⁸⁴.

Sin embargo, se entiende que la mujer tenía una forma indirecta de obtener la disolución matrimonial: obligando a su esposo a repudiarla o por medio de la inclusión de una especie de cláusula

²⁸⁰Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.*p. 60.

²⁸¹*Ibid.*p. 61.

²⁸²*Loc. Cit.*

²⁸³*Loc. Cit.*

²⁸⁴*Loc. Cit.*

en el contrato de matrimonio de la posibilidad de divorcio, a petición de la esposa²⁸⁵.

Fue por medio del Código de Caro, que se reconoció en forma expresa “el derecho de la mujer a repudiar a su marido”²⁸⁶.

- **Babilonios:** de acuerdo con Capdevila, citado por Lagomarsino – Uriarte, en el Código de Hammurabi era admitido el repudio, sin embargo la violencia contra la mujer era condenada con la muerte al marido²⁸⁷.
- **Romanos:** las formalidades de la procedencia del divorcio fueron establecidas en la Ley de las XII Tablas²⁸⁸. Sin embargo por la solidez de la familia en Roma, esta norma era poco practicada. Sin embargo, el influjo de la legislación griega en los últimos dos siglos de la era precristiana hizo que se generalizara la disolución matrimonial²⁸⁹.

De acuerdo con Belluscio, citado por Lagomarsino – Uriarte, las formas de divorcio romano fueron las siguientes²⁹⁰:

- **Divorcio por mutuo consentimiento:** siendo prohibido desde el año 542 al 566 antes de Cristo.
- **Divorcio *bona gratia* o por causa inculpable:** por impotencia o por tener cautivo al cónyuge.

²⁸⁵Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.*p. 61.

²⁸⁶*Loc. Cit.*

²⁸⁷*Ibíd.*p. 62.

²⁸⁸*Loc. Cit.*

²⁸⁹*Loc. Cit.*

²⁹⁰*Ibíd.*p. 63.

- **Divorcio unilateral o repudio incausado:** aunque válido implicaba sanciones para el que repudiaba.
 - **Divorcio unilateral o repudio causado.**
- **Germanos:** en un principio se reconoció el divorcio por contrato y después por medio de una declaración unilateral del marido, lo que constituía el repudio²⁹¹. El repudio era lícito por esterilidad o adulterio de la esposa, sin embargo si había una restitución pecuniaria era reconocido el repudio ilícito²⁹².

La doctrina protestante no entendía el matrimonio como sacramento, por lo que “Se aceptaba el divorcio vincular por causa de adulterio o por deserción maliciosa...”²⁹³.

- **Derecho canónico:** la aparición del cristianismo fue un influjo importante en el derecho matrimonial y con ella se produjo la desaparición, casi por completo, del repudio.

En 1563 en el Concilio de Trento –para rebatir los errores promulgados por los protestantes-, la Iglesia ratificó que el matrimonio era un sacramento y que también era indisoluble²⁹⁴.

- **Protestantismo:** contrario a la Iglesia Católica, los protestantes de la Reforma no admitían el matrimonio como sacramento, por lo que aceptaban la disolución del mismo²⁹⁵.

²⁹¹Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.*p. 63.

²⁹²*Loc. Cit.*

²⁹³*Ibíd.*p. 64.

²⁹⁴*Loc. Cit.*

²⁹⁵*Ibíd.*p. 65.

- **Francia:** durante la época de la Revolución Francesa, específicamente en 1792²⁹⁶ se admitió el divorcio por mutuo consentimiento e inclusive si uno sólo de los cónyuges lo solicitaba. Ello como consecuencia del individualismo de la época de la revolución.

Tras la caída de Napoleón Bonaparte, en 1816²⁹⁷, se eliminó el divorcio vincular, sin embargo el mismo se implantó de nuevo con Naquet²⁹⁸ y sigue vigente en nuestros días, pese a las reformas que ha sufrido el Código Civil francés.

- **Codificación:** la posibilidad de la disolución matrimonial se reguló en las distintas regulaciones civiles tanto de Europa como de América. Siendo la regla general, que las legislaciones pasaran de concebir el matrimonio de indisoluble a soluble.

Como ha podido observarse, tanto el divorcio como la separación se han dado a lo largo de la historia y en distintas culturas. Empezó a manifestarse por medio del repudio y llegó a ser codificado por los legisladores.

3.2.3 Clasificación: El tercer punto del tercer capítulo de la tesis se refiere a la clasificación del divorcio. Tanto la doctrina, como nuestra legislación hacen la misma clasificación.

²⁹⁶Lagomarsino - Uriarte. *Op. Cit.*p. 65.

²⁹⁷*Loc. Cit.*

²⁹⁸*Loc. Cit.*

3.2.3.1 Por voluntad unilateral: es un sistema en el que cada uno de los cónyuges ha sido facultado por la ley para dejar sin efecto el vínculo matrimonial²⁹⁹.

3.2.3.2 Por mutuo acuerdo: es consecuencia de la concepción del matrimonio como contrato, puesto que así como existió consentimiento para “contratar el matrimonio”, al ya no existir dicho consentimiento, el contrato puede dejarse sin efecto³⁰⁰.

3.2.4 Naturaleza jurídica: Distintos doctrinarios han tratado la naturaleza jurídica del divorcio, y dentro de éstas se incluyen las siguientes concepciones: como repudio, remedio y sanción. A continuación se expone lo que los autores entienden por cada uno.

3.2.4.1 Como repudio: fue practicado en los antiguos sistemas legislativos, en el que el marido tenía la potestad absoluta para abandonar a su mujer³⁰¹.

3.2.4.2 Como remedio: es aquel que surge como necesario cuando existe intolerancia de la vida común de los cónyuges, por lo que por el incumplimiento de los deberes dentro del matrimonio es posible demandar la disolución del vínculo matrimonial³⁰².

3.2.4.3 Como sanción: cabe mencionar que éste guarda relación con unos lineamientos mínimos en la forma de conducirse de los cónyuges, y cuando alguno de los dos los quebranta, la sanción viene a ser la ruptura del vínculo a

²⁹⁹Calderón, Anita (et – al). *Op. Cit.*p.395.

³⁰⁰*Loc. Cit.*

³⁰¹*Ibíd.*p. 394.

³⁰²*Loc. Cit.*

solicitud del cónyuge que no tuvo culpa alguna. Las causales, para que este último pueda solicitarlas son determinadas por la ley y la que sea alegada por el cónyuge inocente es valorada por el juez³⁰³.

Por lo tanto, podríamos concluir que las clases de divorcio y la concepción de su naturaleza jurídica, dependerán del motivo que origine la disolución del vínculo matrimonial. Siendo dicho motivo en la mayoría de los casos, la voluntad ya sea de uno o de ambos cónyuges; debiendo sujetarse a ciertos lineamientos establecidos en la ley, pues es el propio legislador el que reconoce a los cónyuges el derecho de disolver el vínculo matrimonial.

3.2.5 Tesis divorcistas y antidivorcistas:Uno de los autores que se encuentra a favor del divorcio es Tretlhard, quien dice que “toda persona sin preocupaciones, ni pasión deberá confesar que el divorcio, deshaciendo el lazo conyugal, deja la posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio y es preferible a la separación, la que del antiguo contrato no conserva más que el nombre. El divorcio en si es un mal que debe de adoptarse en las legislaciones para evitar males mayores”³⁰⁴.

Las personas que se encuentran a favor del divorcio, manifiestan que lo aprueban porque el mismo resulta ser una “sanción para el culpable, o es un remedio para terminar con la situación insostenible de un matrimonio que no puede continuar

³⁰³Calderón, Anita (et – al). *Op. Cit.*p.395.

³⁰⁴Lec López, Sara Jeanette. *Op. Cit.*p. 25.

existiendo”³⁰⁵, presentándolo finalmente, como una conquista social.

Y por el otro lado, entre los que defienden la tesis antidivorcista podemos citar a Sánchez Roman y Calixto Valverde, quienes manifiestan que “la concepción del matrimonio es más elevada y más compleja que la del contrato, los contrayentes no pueden alterar en nada ese contrato a su arbitrio. Partiendo de la base de que el matrimonio no es un contrato solamente y estando defendido con poderosas razones queda desechada la opinión relativa del divorcio por mutuo consenso, tanto más que no siendo partidarios del divorcio, con mayor razón impugnamos el mutuo consentimiento porque con admitirlo, los abusos serán tales que vendrían a admitir gran corrupción en las costumbres y tendrían lugar preferente los matrimonios por abusos o conveniencias a intereses personales, muchos los tomarían como medida para satisfacer necesidades y dilapidar los bienes del otro esposo y contraer nuevo matrimonio, admitiendo el divorcio por mutuo consentimiento llegaría la época que el perjudicado consentiría en divorciarse para evitar la ruina de su fortuna”³⁰⁶.

Javier Hervada, se ha pronunciado sobre la indisolubilidad del matrimonio, como característica fundamental de éste³⁰⁷: “... la indisolubilidad del matrimonio no es algo exclusivo de la fe católica que se pretenda imponer a todo el mundo, sino una regla de derecho natural, una propiedad de todo matrimonio, que rige para

³⁰⁵Lec López, Sara Jeanette. *Op. Cit.*p. 25.

³⁰⁶*Loc. Cit.*

³⁰⁷Hervada, Javier. ***Escritos del Derecho Natural. La Ley del Divorcio es una ley injusta.*** Colección Jurídica. Segunda edición ampliada. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. Sin año de publicación. p. 394.

todo el mundo, independientemente de la religión. No es fundamentalmente, una cuestión religiosa, sino política, es decir, que afecta al bien común. No se trata, pues de una creencia religiosa que se pretende imponer a los no católicos. El divorcio es, sencillamente, un atentado al bien natural de la familia y de la sociedad".³⁰⁸

"La indisolubilidad del vínculo se apoya en la naturaleza humana; en la ley natural, la piden el fin de la procreación y el fin de la mutua ayuda, y la pide también la dignidad de la persona humana del marido y de la mujer"³⁰⁹.

3.2.6 Efectos del divorcio en la legislación guatemalteca: Ahora bien una vez entendido el divorcio como la disolución legal del vínculo matrimonial y conociendo su clasificación, es necesario conocer los efectos jurídicos del mismo y es por ello que los mismos se desarrollan a continuación.

La propia ley se ha encargado de establecerlos, y es el Código Civil la norma que los contiene. Los clasifica como efectos civiles y efectos propios del divorcio.

Dentro de los efectos civiles se encuentran: la liquidación del patrimonio conyugal, el derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, y la suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición

³⁰⁸Hervada, Javier. ***Escritos del Derecho Natural. La Ley del Divorcio es una ley injusta.*** Colección Jurídica. Segunda edición ampliada. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. Sin año de publicación. p. 394.

³⁰⁹Hervada, Javier. ***Escritos del Derecho Natural. Lo que es y no es el amor conyugal.*** Colección Jurídica. Segunda edición ampliada. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. sin año de publicación. p. 348.

expresa de parte interesada. Dichos efectos son comunes a la separación y están contenidos en el artículo 159 del Decreto Ley 106, Código Civil.

Respecto del efecto propio del divorcio, el artículo 161 del mismo cuerpo legal, establece que es la disolución del vínculo conyugal, el que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.

Además, que de los artículos 161 al 172 del mismo texto legal, pueden deducirse los siguientes efectos que de acuerdo con la tesis de Sara Jeanette Lec López, pueden dividirse en consecuencias provisionales y consecuencias definitivas.

Dentro de las consecuencias provisionales, pueden establecerse las siguientes: que desde el momento en que es presentada la solicitud de divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, y se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias, el juez determinará en poder de qué cónyuge quedarán provisionalmente los hijos.

Ahora bien, en caso de que el divorcio sea solicitado por mutuo consentimiento de los cónyuges, ellos deberán determinar a quién le quedarán confiados los hijos, quién prestará los alimentos a quién, qué pensión le pagará el marido a la mujer si ésta no tuviera rentas propias para cubrir sus necesidades, y establecer la garantía que será prestada para cumplir con las obligaciones que los cónyuges convengan. Dicha garantía y el resto de las partes del proyecto serán calificadas por el juez.

Hasta el momento, como se han venido desarrollando los efectos del divorcio, se puede deducir que la disolución del vínculo conyugal y su consiguiente separación de cuerpos, conlleva el quebrantamiento del hogar y lógicamente la separación de los miembros que alguna vez conformaron una familia.

Pese a que esto es un hecho real, como efecto, tanto de la separación como del divorcio, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación, sin embargo esto aunque se encuentre regulado en la ley, en muy pocos casos se cumple a cabalidad.

Respecto de las consecuencias definitivas, una vez que se ha dictado la sentencia de divorcio, Sara Jeanette Lec López menciona una serie de efectos que guardan relación con los cónyuges, hijos y patrimonio³¹⁰.

Dentro de dichos efectos se encuentran los siguientes: el efecto principal, como se mencionaba con anterioridad, es que cada uno vuelve a tener capacidad jurídica para contraer de nuevo matrimonio. También, la obligación del cónyuge culpable a pasar alimentos al cónyuge inocente, en caso de que éste no pueda cubrir sus necesidades; la ex cónyuge pierde el derecho a usar el apellido de su ex cónyuge, el cónyuge culpable puede perder la patria potestad sobre los hijos; se procede a la liquidación del patrimonio conyugal ya sea en los términos prescritos en las capitulaciones,

³¹⁰Lec López, Sara Jeanette. *Op. Cit.*p. 28 – 31.

por la ley o por las convenciones que los cónyuges hayan celebrado.

Capítulo 4. Sobre la desnaturalización de la institución del matrimonio en el segundo y tercer considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala

4.1 Libertad individual en el matrimonio

El papel de la libertad en el matrimonio comprende “el derecho a contraer libremente matrimonio y el de elegir cónyuge, también con plena libertad”³¹¹. Así como, “el derecho a exigir de la ley positiva el reconocimiento de ese vínculo, con todas y únicamente las características que presenta en la realidad”³¹².

Si bien es cierto que la libertad individual es un derecho inherente a la persona, también lo es que dicha libertad encuentra sus límites en la libertad de los demás y en el orden público.

En atención a lo anterior, debe entenderse que “el matrimonio y la familia son relaciones humanas, individuales, privadas,... cuya repercusión social forma también parte de su misma esencia, y por tanto no admiten desarrollo contrario a lo que dichas instituciones son en sí mismas”³¹³.

Es decir que, aunque el matrimonio y la familia surjan de una relación libre entre dos individuos en la que existe “el amor, como estado afectivo”³¹⁴, los efectos que dicha relación produzca serán reflejados en la sociedad, una sociedad que necesita dematrimonios y familias unidas. Ya que el matrimonio

³¹¹Scala, Jorge. *Op. Cit.* p. 110.

³¹²*Ibíd.*p. 112.

³¹³*Ibíd.*p. 111.

³¹⁴*Ibíd.*p. 112.

es “la garantía social de que han de cumplirse, con voluntad directa o sin ella, los deberes y responsabilidades del amor”³¹⁵.

No obstante lo anterior, como lo denunció Juan Pablo II, hay en la cultura actual un concepto errado de la libertad, ya que se considera que “el hombre es libertad”³¹⁶, cuando lo cierto es que el hombre es libre. Esto se afirma porque “el hombre... con su inteligencia tiene la capacidad de captar la verdad y adecuarse a ella; y con la voluntad puede buscar y amar el bien para sí mismo y para los demás. Y la conjunción de ambas potencias otorga a la persona humana la auténtica libertad. En este caso, verdad y bien deben ser entendidos en sentido objetivo, por ser adecuación a la naturaleza de las cosas”³¹⁷.

Utilizar la libertad individual de forma abusiva, por lógica conllevará a la supresión parcial de la libertad de otras personas. Pero, empleándola correctamente originará una “mayor libertad efectiva de toda la sociedad”³¹⁸.

Es por eso que el Derecho tiene la finalidad de regular y encauzar la conducta de las personas para que no exista un abuso de libertad que llegue a menoscabar el bien común de la sociedad.

Jorge Scala manifiesta que existe un consenso universal desde hace más de dos mil quinientos años e indica que:³¹⁹

- El matrimonio es el fundamento necesario y natural de la familia.
- La familia es la célula social básica, anterior al Estado.
- Los fines del matrimonio son: la procreación y educación de los hijos y el mutuo perfeccionamiento de los cónyuges por el amor.

³¹⁵Scala, Jorge. *Op. Cit.* p. 112.

³¹⁶*Ibíd.*p. 114.

³¹⁷*Loc. Cit.*

³¹⁸*Ibíd.*p. 115.

³¹⁹*Ibíd.*p. 118.

- Las propiedades del matrimonio se deducen de sus fines, y son: unidad e indisolubilidad.

En vista de lo anterior, manifiesta que “Jurídicamente esto es lo que hay que tratar de preservar... toda política legislativa en la materia debe reducirse a otorgar a los contrayentes la seguridad jurídica de que su vínculo matrimonial subsistirá hasta que la muerte los separe. Esto obviamente, no impide la separación de cuerpos y de bienes, cuando ello constituya el único modo de evitar males mayores. El divorcio vincular es exactamente lo contrario; significa la prohibición jurídica del matrimonio, para garantizar la conveniencia e intereses de quienes, han fracasado en su vida marital...”³²⁰

Las decisiones de: contraer matrimonio, la elección de la pareja y su reconocimiento legal, se caracterizan por ser libres. Pero al mismo tiempo son un compromiso indisoluble. Y la libertad es necesaria para cumplir con ese compromiso libremente adquirido y no puede ser utilizada como una forma de deshonorar al matrimonio, porque su única consecuencia es la autodestrucción de la sociedad.

4.2 Errores legislativos contemporáneos por exceso y defecto de libertad individual en el matrimonio

Los legisladores están facultados para crear, modificar y derogar leyes, pero tienen límites y dentro de ellos se encuentran el orden público y el interés social.

³²⁰Scala, Jorge. *Op. Cit.*p. 118 – 119.

En el momento en el que los legisladores regulan situaciones que desnaturalizan instituciones naturales fundamentales para la sociedad, se salen de su esfera de competencia. Lo anterior en virtud que, en lugar de velar por la satisfacción del bien común, legalizan la destrucción de vínculos que son indestructibles y que han sido adquiridos con plena libertad.

El matrimonio, en la actualidad, sufre una grave crisis y los legisladores han pretendido superarla a través de distintas regulaciones que lo único que hacen es multiplicar los problemas en las familias.

Dentro de los errores legislativos por exceso de libertad individual en el matrimonio que han ido provocando su desnaturalización se encuentran: “el casamiento de los homosexuales, las uniones de hecho concubinarias, la despenalización del aborto provocado, los anticonceptivos, la fecundación artificial, las esterilizaciones voluntarias, intervenciones quirúrgicas que “cambian” el sexo de las personas y el divorcio”³²¹.

Con la regulación del divorcio, el legislador le otorga “legalidad” a la ruptura de un vínculo naturalmente indisoluble. Por lo que “el divorcio conforma, además de una incongruencia legislativa – al regular el matrimonio y el divorcio como si fueran dos instituciones que pudieran coexistir – un exceso de libertad individual que perjudica el orden social, además de conculcar los legítimos derechos subjetivos del cónyuge y de los hijos”³²².

En virtud que el matrimonio es una tendencia natural del hombre y una “realidad natural extrínseca a cada persona humana y anterior del Estado”, los legisladores deben limitarse a respetar y promover sus fines, propiedades y

³²¹Scala, Jorge. *Op. Cit.*p. 127 – 157.

³²²*Ibíd.*p. 158.

elementos, puesto que son completamente independientes de la voluntad de los ellos.

De acuerdo con Legaz y Lacambra, “en tanto que institución comunitaria, el vínculo matrimonial escapa a la consecuencia lógica de todo vínculo contractual: la disolución del mismo por mutuo acuerdo. El matrimonio, por naturaleza, es indisoluble, es decir, posee una existencia y duración no sometidas al humor caprichoso de los que libremente lo contrajeron. De ahí la inadmisibilidad del divorcio, como institución contraria a la esencia ética del matrimonio”³²³

Ahora bien, dentro de los errores legislativos por defecto de libertad individual se encuentran: “las esterilizaciones y limitaciones al número de hijos de cada matrimonio, las campañas estatales de “planificación familiar”, “salud reproductiva”, el desconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso, y también el divorcio”³²⁴.

En este caso se examina al divorcio como un error legislativo por defecto de libertad individual, porque les impide a todos los ciudadanos en general, contraer un matrimonio para toda la vida. Ello porque “el Estado considera que ninguna persona es capaz de mantener, por toda la vida, una promesa de amor exclusivo. En vista de esa “incapacidad absoluta”, el Estado prohíbe contraer un matrimonio en el cual los esposos se prometan mutuamente fidelidad hasta la muerte”³²⁵.

³²³Scala, Jorge. *Op. Cit.*p. 158 – 159.

³²⁴*Ibíd.*p. 171.

³²⁵*Ibíd.*p. 171.

Laposibilidad de contraer “un matrimonio jurídicamente indisoluble”³²⁶ es coartada cuando se considera que el ser humano es incapaz de comprometer en el presente sus actos futuros en base a su capacidad de amar.

El matrimonio no es un acuerdo de voluntades, sino una institución indisoluble y en virtud de ello su revocabilidad por la vía legal configura una vulneración a la libertad individual de los contrayentes.

El legislador al reconocer la existencia del divorcio como una posibilidad de la disolución del vínculo matrimonial deja en estado de indefensión a la familia, “génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad”³²⁷.

Siendo ello contradictorio con lo regulado en la propia Constitución Política de la República de Guatemala en la que en su artículo 47 establece que: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización **sobre la base legal del matrimonio**, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”. [El resaltado no forma parte del texto legal.]

Lamentablemente, con la regulación del divorcio “sólo se permite un acuerdo eminentemente transitorio y rescindible, al que se atribuye arbitrariamente el nombre de matrimonio, pero que en esencia no es más que un concubinato pactado...”³²⁸

³²⁶Scala, Jorge. *Op. Cit.*p. 172.

³²⁷Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad.** Corte de Constitucionalidad. Febrero de 2008. p. 7.

³²⁸Scala, Jorge. *Op. Cit.* p. 173.

4.3 Desnaturalización de la institución del matrimonio en el segundo y tercer considerando del decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala

Una vez conocidos los antecedentes históricos del matrimonio, divorcio y separación, y habiendo analizado las distintas formas en que los autores y la ley guatemalteca los conceptualizan, se han sentado las bases para proceder a realizar el análisis de la desnaturalización del matrimonio a la luz del Derecho Natural.

Para realizar el análisis es necesario recordar algunas de las ideas fundamentales que fueron debidamente expuestas en los primeros capítulos de este trabajo. Y es que el hombre tiene una inclinación natural al matrimonio que obedece a determinadas potencias naturales, por lo que forma parte del dinamismo de la persona. Que los fines del matrimonio son la procreación y educación de los hijos y el apoyo mutuo de los cónyuges. Además que las principales propiedades del matrimonio son: la unidad y la indisolubilidad.

Partiendo de dichos presupuestos se procederá a realizar el análisis del segundo y tercer considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala.

En el segundo considerando del citado Decreto se establece: “Que actualmente la separación y el divorcio se conciben como dos opciones a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común, y desde esta óptica, con el presente decreto se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio; pues tanto la

continuación de su convivencia como su vigencia dependen de la voluntad constante de ambos”.

En primer lugar, dicho considerando inicia expresando “Que actualmente la separación y el divorcio se conciben como dos opciones a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común...”; en base a lo descrito en los anteriores capítulos se considera que dicha concepción es consecuencia de la incorrecta regulación existente en nuestra legislación que norma el divorcio como una posibilidad para disolver el vínculo matrimonial que por naturaleza es indisoluble.

Y en vista que la propia legislación regula dicha posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, las personas creen erróneamente que los problemas matrimoniales deben solucionarse mediante el divorcio, olvidándose por completo del compromiso de ánimo de permanencia adquirido en el pasado.

En la segunda parte de dicho considerando, se establece que “... con el presente decreto se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio; pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia dependen de la voluntad constante de ambos”.

Este apartado contiene varias ideas erróneas, en primer lugar cuando se refiere a la “libertad de los cónyuges en el matrimonio” lo concibe más como un libertinaje y no como una verdadera libertad que está supeditada al orden natural del matrimonio. Puesto que, considera que los cónyuges han celebrado un contrato que pueden rescindir en cualquier momento, cuando en realidad el matrimonio no es un contrato sino una institución natural a la que tiende el ser humano para desarrollarse como persona y para perpetuarse en el tiempo.

Y en segundo lugar, establece que “...la continuación de su convivencia como su vigencia dependen de la voluntad constante de ambos”. Con esta frase el legislador pareciera olvidarse que en el artículo 78 del Decreto 106 del Congreso de la República, Código Civil estableció con claridad que “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con **ánimo de permanencia...**” [El resaltado no forma parte del texto legal] y peor aún se ha olvidado de considerar la naturaleza indisoluble del vínculo matrimonial y su obligación de protegerla.

El legislador considera que el matrimonio tiene una vigencia determinada que dependerá de la voluntad de los contrayentes. Evidentemente, el legislador está siendo afín a la corriente del “personalismo excesivo” citado en el capítulo segundo de este trabajo, en el que se establece que la autonomía del hombre no tiene límites.

No obstante lo anterior, en base al estudio realizado, el matrimonio al ser permanente no puede disolverse sino hasta el fallecimiento de alguno de los cónyuges, siendo esto un hecho natural y no una forma de extinguir el matrimonio acordada por los contrayentes que desde el principio se unieron con el ánimo de permanencia y ello en virtud de la prolongación indefinida en el tiempo de la que goza el matrimonio.

El tercer considerando establece: “Que es necesario incluir en el Código Civil, reformas que tiendan a agilizar y simplificar los trámites para la disolución del vínculo matrimonial, teniendo como principal novedad el ahorro económico y procesal, al ya no exigirse que uno de los cónyuges deba alegar causa determinada para iniciar la ruptura del vínculo matrimonial, bastando la voluntariedad de una de las partes para iniciar el trámite de separación o divorcio, pues la causa determinante no es más que el fin del consentimiento

expresado, permitiendo así reducir la tensión y, consecuentemente, la conflictividad, contribuyendo a la armonía y tolerancia social”.

Respecto a lo establecido en dicho considerando es de especial importancia resaltar el apartado que manifiesta lo siguiente: “...bastando la **voluntariedad de una de las partes** para iniciar el trámite de separación o divorcio...”; que es completamente contradictorio con lo establecido en el segundo considerando en el apartado en el que expresa “...pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia dependen de la **voluntad constante de ambos**”. Ambos considerandos se contradicen porque en el segundo se establece con claridad que la “supuesta” vigencia del matrimonio depende de la voluntad de los dos cónyuges, mientras que en el tercero se afirma que basta la voluntad de uno solo de ellos para iniciar el trámite del divorcio.

Además la lógica de la naturaleza humana indica que si existe libertad para contraer matrimonio y elegir con quien contraerlo, carece de todo sentido que la voluntad de uno solo de los cónyuges baste para disolver un vínculo que en principio fue un compromiso adquirido por dos personas y que es indisoluble.

La propia Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad. El Código Civil reconoce el ánimo de permanencia del matrimonio.

Entonces, no es coherente que al mismo tiempo se regule normativa que tienda a agilizar los trámites para la disolución del vínculo matrimonial, con la idea equivocada de contribuir a la armonía y tolerancia social, cuando evidentemente es todo lo contrario. La armonía y la tolerancia social se construyen en base a la superación de los obstáculos que se van presentando

en el recorrido de la vida matrimonial y sobre todo en base al compromiso libremente adquirido.

Se considera que la separación es la medida oportuna para tratar de superar las dificultades que van surgiendo durante la vida marital, puesto que el mismo no disuelve el vínculo jurídico del matrimonio, pero sí permite una separación de cuerpos, que oportunamente utilizada puede servir para mejorar y fortalecer el matrimonio.

La separación aunque modifica el matrimonio no lo disuelve, es por ello que no desnaturaliza el matrimonio. Es la herramienta que debe utilizarse para que en la relación conyugal puedan conciliarse los conflictos que acontezcan en la misma, ocasionando el menor daño a la familia y a la sociedad.

Citando a Javier Hervada, "Si el divorcio fuese una cuestión de oportunidad, no habría ningún problema, porque todo se reduciría a un juego de libres opiniones. Pero no es una cuestión de oportunidad, sino de moralidad. Una ley inmoral e injusta, ¿es acaso oportuna alguna vez, no ya para un católico, sino para un hombre honrado y cabal? ¿Puede un gobernante, por razones de oportunidad, quebrantar la justicia, ir contra el derecho natural o dictar leyes inmorales? Pues una ley de divorcio es una ley injusta"³²⁹.

Lamentablemente, algunos legisladores tienen la idea errónea que el matrimonio no es más que una creación del Derecho, cuando lo cierto es que es anterior a cualquier sistema legal. El matrimonio es una exigencia propia de la persona humana, cuyos elementos tales como su esencia, propiedades,

³²⁹Hervada, Javier. **Escritos del Derecho Natural. La Ley del Divorcio es una ley injusta.** Colección Jurídica. Segunda edición ampliada. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. Sin año de publicación. p. 394.

finés, el contenido de la relación matrimonial, el desarrollo de la vida conyugal y la esencia del pacto conyugal, no pueden ser formalizados por el legislador.

Ya que al hacerlo, se excede de su competencia y por lo tanto carece de fuerza vinculante. Además que, en lugar de proteger la institución del matrimonio como origen de la familia, la está dejando completamente desamparada al desnaturalizarla y al llegar a concebirla como un simple contrato que puede extinguirse con la voluntad de una de las partes; olvidándose de la trascendencia social que tiene dicha institución.

Por lo expuesto anteriormente se considera que el contenido de los considerandos segundo y tercero del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, desnaturalizan a la institución matrimonial.

CONCLUSIONES

De los resultados del trabajo de investigación se concluye lo siguiente:

1. La concepción clásica del Derecho Natural, lo concibe como un verdadero derecho que forma parte del derecho vigente; y que contiene derechos dados por la naturaleza humana, provenientes de la razón natural comunes a todos los hombres.
2. Son bienes que constituyen derechos naturales, los que forman el ser del hombre, sus potencias y tendencias, las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre y los que son el objeto de esas operaciones.
3. En base a dicha concepción, el matrimonio es lo justo natural por ser atribuido al hombre como un derecho natural originario y primario, derivado de la propia naturaleza humana siendo el mismo para todos los hombres en todas las épocas y que representa un bien fundamental de carácter permanente.
4. El matrimonio no es una creación del legislador, ni un producto cultural. El matrimonio es una institución natural, grabada en los hombres y mujeres en forma de inclinación natural, reconocido en las distintas culturas del mundo hasta su codificación.
5. Los fines del matrimonio son la procreación y educación de los hijos, así como el perfeccionamiento de los cónyuges, mediante su carácter unitivo. Derivándose de éstos sus propiedades esenciales: la unidad e

indisolubilidad. Entendiéndose la unidad como la unión de uno con una y la insolubilidad como la permanencia del vínculo por el libre compromiso adquirido.

6. El divorcio es una institución creada por los legisladores, que es solicitada por los cónyuges ya sea por voluntad unilateral o por mutuo consentimiento, cuyo objetivo principal es la disolución legal del vínculo matrimonial. Su naturaleza jurídica ha sido entendida a lo largo de la historia como repudio, remedio y sanción.
7. La separación es una institución de creación legal, por medio de la cual, en vista de que se ha incurrido en una de las causas establecidas en la ley, una autoridad competente dispensa a los cónyuges de vivir juntos; o bien éstos de hecho toman dicha decisión; sin que por ello se disuelva el vínculo matrimonial.
8. Existe una contradicción entre el segundo y tercer considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, porque en el segundo se establece con claridad que la “supuesta” vigencia del matrimonio depende de la voluntad de los dos cónyuges, mientras que en el tercero se afirma que basta la voluntad de uno solo de ellos para iniciar el trámite del divorcio.
9. La lógica de la naturaleza humana indica que si existe libertad para contraer matrimonio y elegir con quien contraerlo, carece de todo sentido que la voluntad de uno solo de los cónyuges baste para disolver un vínculo que en principio fue un compromiso adquirido por dos personas y que es insoluble. En virtud de lo anterior se deduce que el

legislador tiene una concepción errónea de la libertad individual en el matrimonio.

- 10.** El segundo y tercer considerando del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, desnaturalizan la institución natural del matrimonio cuando indican que el divorcio es una opción para la disolución del vínculo matrimonial, puesto que vulnera la propiedad esencial de la indisolubilidad matrimonial que es necesaria para el desarrollo de sus fines.

REFERENCIAS

1. Referencias bibliográficas

Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Segunda Edición. Colección de Monografías Hispalense. Guatemala. 2007.

Araújo de Vanegas, Ana María y otros. **Persona y familia en el mundo actual**. Segunda edición. Instituto de la Familia. Universidad de La Sabana. Colombia. 2000.

Beltranena Valladares, María Luisa. **Lecciones de derecho civil, personas y familia**. Quinta edición. Editorial IUS. Guatemala. 2008.

Brañas, Alfonso. **Manual de Derecho Civil**. Primera edición. Editorial estudiantil Fénix. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1998.

Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Universitario. Tomo I**. Segunda edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2004.

Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Universitario. Tomo II**. Segunda edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2004.

Cabanillas, Renato Rabbi-Baldi. **La Filosofía Jurídica de Michel Villey**. Colección Jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1990.

Calderón, Anita (et - al). **Manual de Derecho de Familia**. Centro de Investigación y capacitación Proyecto de Reforma Judicial. Primera edición. El Salvador. 1994.

Casaús Arzú, Marta Elena. **Guatemala: Linaje y racismo**. Cuarta edición. F&G Editores. 2010. p. 1 - 8.

Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles. Parte general**. Segunda reimpresión de la primera edición. Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2010. p. 339 - 356.

Fernández Ramírez, Oscar Armando. **Crisis jurídica de la institución matrimonial causada por el divorcio**. Tesis inédita. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1988.

Ferrer Santos, Urbano. **¿Qué significa ser persona?** Editorial Palabra. España. 2002.

Fundación Myrna Mack. **Separación y divorcio**. Primera edición. Área de formación y capacitación. Colección familia 5. Guatemala. 2000.

Gómez Pérez, Rafael. **Problemas morales de la existencia humana**. Magisterio Casals. España. 1980.

González, Ana Marta. **Claves de Ley Natural**. Ediciones Rialp, S.A. Madrid. 2006.

Hervada, Javier (et - al). **El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico I**. EUNSA. Pamplona.1970.

Hervada, Javier. **Derecho Natural, Democracia y Cultura**. Ediciones Universidad de Navarra. Colección Jurídica. Pamplona. 1993.

Hervada, Javier. **Escritos del Derecho Natural. La Ley del Divorcio es una ley injusta**. Colección Jurídica. Segunda edición ampliada. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. Sin año de publicación.

Hervada, Javier. **Escritos del Derecho Natural. Lo que es y no es el amor conyugal**. Colección Jurídica. Segunda edición ampliada. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. Sin año de publicación.

Hervada, Javier. **Introducción crítica al Derecho Natural**. Décima edición corregida. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2001.

Lagomarsino - Uriarte. **Separación personal y divorcio**. Segunda edición actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1997.

Mazzinghi, Jorge Adolfo. **Derecho de familia. El matrimonio como acto jurídico**. Tomo I. Tercera edición actualizada y reestructurada. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Universidad Austral. Argentina. 1995.

Scala, Jorge. **¿Matrimonio o divorcio? La familia en el siglo XXI**. Primera edición. Ediciones Promesa. Costa Rica. 2002.

Sparvieri, Elena. **El divorcio. Conflicto y comunicación en el marco de la mediación**. Primera edición. Editorial Biblos. Buenos Aires. 1997.

Vega Gutiérrez, Ana María. **Políticas familiares en un mundo globalizado.** Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta. Primera edición. Navarra Gráfica Ediciones. Navarra. 2002.

Vigo, Rodolfo Luis. **Visión crítica de la historia de la Filosofía del Derecho.** Rubinzal – Culzoni editores. Buenos Aires. 2008.

Viladrich, Pedro Juan. **La agonía del matrimonio legal, una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio.** Cuarta edición. Ediciones Universidad de Navarra. Navarra. 2001.

2. Referencias normativas

Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución Política de la República de Guatemala y su Interpretación por la Corte de Constitucionalidad.** Corte de Constitucionalidad. Guatemala, febrero de 2008.

Peralta Azurdía, Enrique. **Decreto Ley 106, Código Civil.** Edición actualizada. Guatemala. 2010.

3. Referencias electrónicas

Aguilar Gorrondona, José. 2005. **Personas, Derecho Civil I.** [en línea] <http://temasdederecho.wordpress.com/tag/instituciones-civiles-fundamentales/> [consulta: 14 de octubre de 2013]

Congreso de la República. 2010. **Decreto 27-2010.** [en línea] <http://www.sgp.gob.gt/PaginaWeb/Decretos%202010/congreso/DC-027-2010.pdf>[consulta: 8 de diciembre de 2011]

Fuentes, Miguel Ángel. Sin año de publicación. **La Humanae Vitae de Pablo VI. Esencia de un documento profético.** [En línea] <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=550&capitulo=6977>. [consulta: 14 de octubre de 2013]

González, Antonino. Sin año de publicación. **Filosofía del Matrimonio y la familia.** [en línea] <http://mmf.campus-virtual.com/contexto/documento.php?codigo=140300000> [consulta: 22 de julio de 2012]

Hervada, Javier. 1974. **Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural.** Navarrensis Universitas Studiorum. [en línea] <http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12150> [consulta: 14 de julio de 2012]

Hervada, Javier. Sin año de publicación. **Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico.** [en línea] http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LdR7p_1BRjAJ:dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12655/1/PD_18_08.pdf+realismo+jur%C3%ADdico+cl%C3%A1sico&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=gt[consulta: 1 de febrero de 2013]

Juan Ignacio en el artículo **“El “iusconnubii”, ¿Derecho fundamental del fiel?** Sin año de publicación. [en línea] http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/6479/1/IIIEL_IUS_CONNUBII.pdf [consulta: 14 de octubre de 2013]

Larraín Ríos, Hernán. 1998. **Matrimonio ¿Contrato o institución?** [en línea]
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200007&script=sci_arttext [consulta: 15 de octubre de 2013]

4. Otras referencias

Anzuetto Pérez, Julia Alejandra. **“Posible conflicto jurídico existente entre las normas sustantivas e instrumentales en materia de rescisión y resolución de contratos”**. Tesis inédita. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala. 2003.

Lec López, Sara Jeanette. **El divorcio en la legislación guatemalteca y sus consecuencias**. Tesis inédita. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 1998.

Sánchez, José Emilio. **Separación y divorcio en el Derecho guatemalteco**. Tesis inédita. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 1975.