

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESTUDIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LA
ADOPCIÓN DE NACIONALIDAD AL MOMENTO DEL MATRIMONIO

TESIS DE GRADO

ANDREA MARÍA DE LA ROCA ALFONSO

CARNET 15046-09

QUETZALTENANGO, DICIEMBRE DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESTUDIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LA
ADOPCIÓN DE NACIONALIDAD AL MOMENTO DEL MATRIMONIO

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

ANDREA MARÍA DE LA ROCA ALFONSO

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, DICIEMBRE DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. EDNA MARGARITA MONTERROSO MARTINI

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. GABRIELA ISABEL QUIROA CABRERA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTOR DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: P. JOSÉ MARÍA FERRERO MUÑIZ, S.J.

SUBDIRECTOR ACADÉMICO: ING. JORGE DERIK LIMA PAR

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

Campus de Quetzaltenango
Coordinación Ciencias Jurídicas y Sociales
Teléfono (502) 7722 9900 ext. 9888
Fax: (502) 7722 9821
14 Avenida 0-43 zona 3, Quetzaltenango

Quetzaltenango, 26 de Junio de 2015

Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala

Con un cordial saludo, y en atención al nombramiento en que se me designara como asesor de Tesis II del estudiante Andrea María de la Roca Alfonso con número de carné 1504609, del trabajo de tesis titulado: "Estudio de la constitucionalidad del artículo 87 del Código Civil sobre la adopción de nacionalidad al momento del matrimonio." Conforme al trabajo de investigación realizado por el estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el instructivo de tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen FAVORABLE sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como: garantías constitucionales, el matrimonio, la nacionalidad y la observancia del artículo 87 del Código Civil en forma constitucional, en sí, los aspectos medulares para la consecución del presente trabajo.

En suma, el trabajo desarrollado constituye un valioso aporte doctrinario y analítico de la problemática abordada, el cual puede ser una valiosa herramienta como elemento de estudio para estudiantes y profesionales del derecho.

Se deja constancia que se revisó de conformidad con el instructivo el fondo y la forma del presente trabajo de investigación, como también, se verificó en la herramienta electrónica turnitin el índice de similitud del trabajo para garantizar su originalidad y pleno respecto de los derechos de autor, correspondiéndole a la investigación el número de trabajo 252.

Sin otro particular, deferentemente.

Licda. Edna Margarita Monterroso Martini
Abogado y Notario
Número docente 16208
Colegiado No. 6001

COORDINACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar
Campus de Quetzaltenango

RECIBIDO
30 JUN 2015
HOY A LAS _____ HRS. _____ MTS.
POR _____

Licenciada
Edna Margarita Monterroso Martini
ABOGADO Y NOTARIO



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante ANDREA MARÍA DE LA ROCA ALFONSO, Carnet 15046-09 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07469-2015 de fecha 26 de agosto de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

ESTUDIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LA ADOPCIÓN DE NACIONALIDAD AL MOMENTO DEL MATRIMONIO

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, al día 1 del mes de diciembre del año 2015.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Agradecimientos

A Dios, por acompañarme, cuidarme y guiarme en cada paso durante toda mi vida.

A la Virgen María Auxiliadora, por haberme escogido para formarme en su casa de estudios, y acogerme bajo su manto día a día.

A mis papás, Julio y Fabiola, por su ejemplo, sacrificio, amor y dedicación, porque sin ustedes no sería lo que soy, ni hubiera podido alcanzar lo que he logrado.

A mis abuelos, Julio César porque aún sin conocerte tu ejemplo me inspira a ser mejor cada día; Edna porque desde pequeña has sido un pilar en mi vida y sé que desde el Cielo disfrutas de este triunfo; Joaquín, por su cariño; Rosario, por estar cada día junto a mí, ayudándome en todo lo que está a tu alcance.

A Silvia, Héctor, Julio Gabriel, por su cariño y por siempre estar pendientes de mí.

A mi familia, quienes me han apoyado durante toda la vida.

A Esvin, por ser mi compañero en este camino, por tu disposición, paciencia y amor.

A mis amigos, por acompañarme y alentarme.

A mis catedráticos, a quienes admiro, aprecio y agradezco su guía y todos los conocimientos compartidos, que sin duda alguna son fundamentales en mi formación profesional.

A mi asesora de tesis, Licenciada Edna Margarita Monterroso Martini, por su cariño y su apoyo durante toda la carrera.

A la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar Campus Quetzaltenango, por su trabajo y dedicación dirigida a la formación tanto personal como profesional de cada uno de nosotros.

Dedicatoria

A Dios, porque sin Él nada sería posible.

A la Virgen María Auxiliadora

A mis padres, Fabiola, por tu sacrificio diario, porque sin importar lo que pase siempre tienes una sonrisa llena de amor para mí, por enseñarme el valor de la disciplina y de la excelencia en todo lo que se hace. Julio, por tu fuerza, por creer en mí más que yo misma, porque nunca me has permitido conformarme ni retroceder y por enseñarme a ver siempre más allá, a querer siempre algo más. Infinitas gracias a ambos. Los quiero.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.....	3
1.1 Derecho Constitucional.....	3
1.1.1 Definición.....	3
1.1.2 Origen y evolución.....	4
1.1.3 Garantías constitucionales.....	6
1.2 El Amparo.....	6
1.2.1 Antecedentes.....	6
1.2.2 Concepto.....	7
1.2.3 Definición`.....	7
1.2.4 Características.....	8
1.2.5 Naturaleza jurídica.....	9
1.2.6 Finalidad.....	10
1.2.7 Principios.....	10
1.2.7.1 Agravio personal y directo.....	11
1.2.7.2 Definitividad.....	11
1.2.7.3 Estricto derecho o congruencia.....	11
1.2.7.4 Instancia de parte o iniciativa.....	11
1.2.7.5 Limitación de pruebas y recursos.....	11
1.2.7.6 Presentación en el plazo legalmente establecido.....	12
1.2.7.7 Prosecución judicial del amparo.....	12
1.2.7.8 Relatividad de la sentencia.....	12
1.3 Exhibición Personal.....	12
1.3.1 Antecedentes y generalidades.....	12
1.3.2 Clases.....	13
1.3.3 Características.....	14
1.3.4 Principios.....	15
1.4 Constitucionalidad.....	15

1.4.1	Generalidades.....	15
1.4.2	Acción de Inconstitucionalidad.....	17
1.4.3	Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general.....	18
1.4.3.1	Legitimación.....	19
1.4.3.2	Presupuestos.....	20
1.4.3.3	Variantes del planteamiento.....	21
1.4.3.4	Trámite.....	23
1.4.4	Inconstitucionalidad de la ley en caso concreto.....	24
1.4.4.1	Legitimación.....	25
1.4.4.2	Presupuestos.....	26
1.4.4.3	Variantes del planteamiento.....	27
1.4.4.4	Trámite.....	29
CAPÍTULO II.....		32
MATRIMONIO.....		32
2.1	Etimología.....	32
2.2	Concepto.....	33
2.3	Evolución histórica.....	34
2.3.1	Promiscuidad primitiva.....	35
2.3.2	Matrimonio por grupos.....	35
2.3.3	Matrimonio por raptó.....	35
2.3.4	Matrimonio por compra.....	36
2.3.5	Matrimonio consensual.....	36
2.4	Naturaleza jurídica.....	36
2.5	Caracteres.....	38
2.6	Fines.....	40
2.7	Clases de matrimonio.....	41
2.7.1	Matrimonio canónico y civil.....	41
2.7.2	Matrimonio ordinario y extraordinario.....	41
2.7.3	Matrimonio rato y consumado.....	41

2.7.4	Matrimonio solemne y no solemne.....	41
2.7.5	Matrimonio válido y nulo.....	42
2.7.6	Matrimonios iguales y morganáticos.....	42
2.8	Sistemas matrimoniales.....	42
2.9	El matrimonio en la legislación guatemalteca.....	44
2.10	Impedimentos para contraer matrimonio.....	44
2.11	Capitulaciones matrimoniales.....	46
CAPÍTULO III.....		49
NACIONALIDAD.....		49
3.1	Concepto de Nación.....	49
3.2	Concepto de Estado.....	49
3.3	Concepto de Nacionalidad.....	50
3.3.1	Estado otorgante.....	51
3.3.2	Individuo que recibe.....	51
3.3.3	Nexo de la nacionalidad.....	52
3.4	Antecedentes históricos.....	53
3.5	Efectos.....	54
3.6	Determinación de la nacionalidad.....	55
3.7	Diferencia entre nacionalidad y ciudadanía.....	57
3.8	Naturalización.....	60
3.8.1	Clases.....	60
3.8.2	Órgano competente.....	61
3.8.3	Trámite para solicitantes residentes en extranjero.....	62
3.8.4	Trámite para solicitantes residentes en la República.....	63
3.9	Pérdida de la nacionalidad guatemalteca.....	66
CAPÍTULO IV.....		69
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LA ADOPCIÓN DE NACIONALIDAD AL MOMENTO DEL MATRIMONIO.....		69

4.1	Introducción.....	69
4.2	Derecho de igualdad.....	69
4.2.1	Antecedentes.....	69
4.2.2	Definición.....	71
4.2.3	Clasificación.....	72
4.2.3.1	Igualdad formal.....	72
4.2.3.2	Igualdad material.....	73
4.2.4	Discriminación positiva.....	73
4.2.5	Regulación legal en Guatemala.....	74
4.3	Adquisición de nacionalidad por matrimonio.....	76
4.3.1	Regulación nacional sobre el matrimonio entre nacional y extranjero.	77
4.3.2	Tratados internacionales sobre el matrimonio entre nacional y Extranjero.....	79
4.4	Análisis de resultados.....	82
	CONCLUSIONES.....	93
	RECOMENDACIONES.....	95
	REFERENCIAS.....	96
	ANEXOS.....	102

Resumen

El presente trabajo de tesis, en la modalidad de monografía, ha sido elaborado con el fin de determinar la constitucionalidad del artículo 87 del Código Civil, por medio de cuatro capítulos, los cuales contienen los aspectos principales y fundamentales que dan sustento al resultado que se desea obtener.

Siendo el matrimonio génesis y base fundamental de la sociedad, concebido como aquella institución entre un hombre y una mujer creada con el fin de ayudarse mutuamente y permanecer en unidad. Luego se presenta y desarrolla la nacionalidad como un vínculo jurídico que une a determinada persona con un país, y al conjugar estos dos presupuestos con el derecho de igualdad se persigue determinar si realmente la norma en cuestión encaja dentro de la esfera constitucional o la contraría y es necesaria su modificación.

La realización del presente trabajo de tesis, hace un recorrido a través de las instituciones mencionadas, estudiándolas tanto desde el punto de vista tanto jurídico como doctrinario, a la luz en todo momento, del texto constitucional, considerado como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco y bajo el cual deben orientarse las demás normas, para así obtener como resultado una imagen panorámica e integral sobre las mismas, con el objeto de generar resultados fidedignos, que puedan, en consecuencia, ser un aporte para la evolución de la legislación guatemalteca, y la depuración de las normas, que por ser abundante y en varios casos, de mayor antigüedad que la Constitución Política de la República de Guatemala vigente, no encuentran total identidad con el texto regulado en ella.

INTRODUCCIÓN

Actualmente alrededor del mundo, puede apreciarse que día con día el ser humano se esfuerza en buscar, trabajar y luchar por el logro de una superación personal, misma que repercute en una superación social. Así mismo se observa un flujo mayor y constante de personas entre un país y otro, lo que propicia a una mezcla intercultural inminente.

Si bien es cierto, lo mencionado anteriormente es un fenómeno social palpable en el presente, la sociedad en general aún no ha alcanzado una visión y un comportamiento de respeto entre los diferentes grupos que se interrelacionan. Lastimosamente, aún, puede observarse un trato desigual a las personas, ya sea preferente o marginante, en atención a la religión que profesan, al género al que pertenezcan, condición social, raza, etnia, cultura. Sin embargo, en un intento por brindar protección a los grupos vulnerables, en ciertas oportunidades se tiende a caer en una sobreprotección que sobrepasa los límites y restringe Derechos de quienes no pertenezcan a estos grupos.

El presente trabajo, tiene por objeto el determinar la constitucionalidad del artículo 87 del Código Civil, Decreto-Ley 106, mismo que regula lo siguiente: “La guatemalteca casada con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que quiera adoptar la de su cónyuge, en cuyo caso deberá hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales”. Es decir, determinar si tal normativa observa el Derecho de Igualdad, estipulado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En el desarrollo del presente documento, se analizará tanto legal como doctrinariamente la institución del matrimonio, su concepto, evolución a través del tiempo, su objeto y fin, para obtener un conocimiento general sobre la institución base de la sociedad. De igual forma se presentarán las principales doctrinas sobre la

nacionalidad, en qué consiste, sus antecedentes y evolución, así como la regulación legal al respecto.

A fin de lograr determinar la constitucionalidad del referido artículo, se podrá encontrar a continuación un estudio sobre las garantías constitucionales, con el propósito de tener un panorama, tanto legal como doctrinario, del Derecho Constitucional, su evolución y los mecanismos para garantizar el orden del mismo y que ninguna norma contraríe lo preceptuado en la Carta Magna.

En la última parte, puede encontrarse un análisis sobre el derecho de igualdad, a fin de conocer en qué consiste, sus antecedentes y su regulación legal, así como el análisis de los resultados obtenidos a través del instrumento elegido para el efecto.

Concatenando cada uno de los puntos ya expuestos, el presente trabajo aporta un estudio serio y formal sobre las figuras jurídicas mencionadas, a efecto de no solamente lograr determinar si el artículo 87 del Código Civil guatemalteco se encuentra dentro de la esfera de lo constitucional, sino de hacerlo de una forma integral, con el propósito de presentar un estudio que tome en cuenta tanto doctrina y legislación, como opinión de profesionales del Derecho expertos tanto en el área civil como en el área constitucional e internacional, a fin de que el lector pueda encontrar en las siguientes páginas no solo una simple conclusión, sino un resultado fundamentado y verídico que busque una mejora al ordenamiento jurídico guatemalteco.

CAPÍTULO I

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1.1 Derecho Constitucional

El Derecho Constitucional, en un inicio, fue considerado únicamente como un estudio profundo de la Constitución, dividido en una parte histórica, la cual se centra en el estudio de los antecedentes; y una parte filosófica, misma que profundiza en la razón de ser de las instituciones que contempla.

Posteriormente, debido a la influencia de doctrinas procedentes de Europa, específicamente doctrinas alemanas, el Derecho Constitucional, fue también considerado como ciencia del Estado, comprendiendo el estudio tanto del origen, como de la formación y desarrollo de los grupos sociales.¹ El considerar al Derecho Constitucional como ciencia del Estado, es bastante acertado, debido a que no solamente se limita al estudio de lo anteriormente mencionado, sino amplía su campo hacia el estudio de la estructura jurídica y política del Estado.

1.1.1 Definición

Pablo Lucas Verdú, citado por Gerardo Prado, define al Derecho Constitucional como la “rama del Derecho Público interno que estudia las normas e instituciones relativas a la organización y ejercicio del Poder del Estado y a los derechos y libertades básicas del individuo y de sus grupos, en una estructura social”.²

Para Paolo Biscaretti, es aquél que “normativamente abraza toda aquella esfera del ordenamiento jurídico estatal que fija los presupuestos para la misma formación del Estado y determina sus elementos constitutivos; que, estableciendo las modalidades de composición de sus órganos fundamentales (y especialmente de los legislativos), especifica sus atribuciones y dirige concretamente la actividad también en sus

¹ Prado, Gerardo. *Derecho Constitucional*, Guatemala, Editorial Praxis, 2007, Quinta Edición. Pág. 21.

² *Ibid.*, Pág. 22.

relaciones recíprocas y regula, finalmente, las relaciones que surgen entre los órganos del Estado y sus ciudadanos”.³

Ossorio lo define como “la rama del Derecho Público que tiene por objeto la organización del Estado y sus Poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos, y las instituciones que los garantizan”.⁴

Por su parte Naranjo Mesa, afirma que es “la principal rama del Derecho Público. En cuanto tal, le corresponde primordialmente el estudio de la Constitución del Estado; y siendo así, en ella encuentran su fundamento todas las demás ramas del Derecho. Su posición es, pues, central, dentro de todo el ordenamiento jurídico-político de una sociedad organizada”.⁵

Tomando en cuenta lo aportado por tantos juristas, se puede afirmar que el Derecho Constitucional es la principal rama del Derecho Público, que tiene como objeto principal el estudio de la Constitución y la organización del Estado y sus poderes, así como el análisis de los derechos y deberes de los ciudadanos tanto a nivel individual como colectivo, y los mecanismos de defensa constitucional y de las garantías allí resguardadas.

1.1.2 Origen y evolución

Desde el inicio de la organización del hombre en agrupaciones como la horda y la tribu, éstas han contado con algún tipo de estructura; sin embargo, estas organizaciones no estaban dotadas de un texto constitucional que cumpliera con todos los requisitos tanto de forma como de fondo, es decir que fuera un texto escrito, de carácter único, que dote de estructura al Estado dividiéndolo en poderes, que proteja derechos individuales y sobre todo que goce de una supremacía jurídica.

³ Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*, España, Editorial Tecnos, S.A., 1987, Tercera Edición, Pág. 143.

⁴ Prado, Gerardo. *Derecho Constitucional*, *Op.cit.*, Pág. 5.

⁵ *Loc. cit.*

No obstante el carecer de una estructura constitucional como tal, ya en la antigüedad es posible vislumbrar algunos movimientos que con el paso del tiempo se convirtieron en precursores del constitucionalismo.

Un ejemplo es la Grecia clásica, en donde existía un Poder Legislativo de carácter ordinario y un Poder Legislativo superior, que se encontraba constituido por ciertas normativas de mayor jerarquía; así mismo contaban con una acción, que tenía como función asegurar el respeto y cumplimiento a la primacía de estas normativas, dicha acción se denominaba la *graphé paranomón*.

Otro ejemplo es la doctrina *iusnaturalista*, misma que sostenía la preeminencia de reglas de carácter superior, interpretadas por ellos como de carácter divino o derivadas de la naturaleza del hombre, las que se debían encontrar por encima del derecho del soberano.⁶

Si bien es cierto, ya existían estos movimientos, no fue sino hasta finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX que nació como disciplina jurídica y autónoma el Derecho Constitucional, como resultado de tres momentos históricos relevantes para la humanidad: la Revolución Inglesa, la Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa; sin embargo, esto no es sinónimo de la inexistencia de normas que gozaran de carácter constitucional dentro de las distintas organizaciones políticas.

El Derecho Constitucional nace tanto como respuesta a la oralidad imperante en la antigüedad, como por la necesidad de dotar a los Estados de un esquema político organizado y una serie de derechos y garantías con miras a proteger la integridad del individuo, mismas que gozaran del carácter de inviolables.

⁶ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Constitucional*, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2013, Octava Edición. Pág. 23

1.1.3 Garantías constitucionales

Guillermo Cabanellas define como garantías constitucionales al: “conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen”.⁷

En Guatemala, la Carta Magna establece garantías constitucionales y medios de defensa del orden constitucional, los cuales son utilizados como herramientas protectoras del orden constitucional así como mecanismos de defensa de los derechos que tiene todo ciudadano, mismas que serán desarrolladas a lo largo del presente capítulo.⁸

1.2 El Amparo

1.2.1 Antecedentes

En la antigüedad, se podía observar una completa desigualdad social, y esto repercutía en la desigualdad al momento de aplicar las leyes y los derechos de cada individuo. Durante la historia se aprecia la inexistencia de leyes y/o garantías para la protección y defensa del individuo; sin embargo con el transcurso del tiempo se empieza a observar la toma de determinadas medidas que tienen por objeto resguardar la integridad de las personas y garantizar los derechos del individuo como tal.

En Inglaterra, a inicios del siglo XIII, los varones ingleses obligaron al rey Juan Sin Tierra a firmar un documento de carácter público, en el cual se establecieron las bases de los derechos y libertades, comprendiendo una vasta gama de garantías, documento que también dio origen a la Constitución de Estados Unidos.

⁷ Garantías Constitucionales. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Vol. III, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, Décimo Cuarta Edición, Pág. 162

⁸ Sierra González, José Arturo. *Derecho Constitucional guatemalteco*, Guatemala, S/E, 2000, Pág. 181

En España, con la emisión de la Constitución en el año de 1812, se limitan las funciones reales, incluyendo declaraciones de garantías individuales, sin embargo no se incluyó un mecanismo que pudiera hacer efectiva la oposición ante los abusos de autoridad. En el mes de abril de 1931, por medio de la Constitución se declaran garantías individuales, instituyendo así mismo, mecanismos para su protección y defensa.

En Guatemala se introdujo en la legislación el Habeas Corpus y luego el amparo en 1921 y en 1985 se crea para la defensa del Orden Constitucional, el Tribunal Constitucional, mismo que goza de carácter permanente. De igual forma se emitió el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, mismo que contiene la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, entrando en vigencia conjuntamente con la Constitución Política de la República de Guatemala el 14 de enero de 1986, y noventa días después quedó institucionalmente instalada la Corte de Constitucionalidad que es su órgano supremo de interpretación.⁹

1.2.2 Concepto

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 265, establece que: “Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.

1.2.3 Definición

El autor Silvestre Moreno Cora define el amparo como: “Una institución de carácter político, que tiene por objeto proteger, bajo las formas tutelares de un procedimiento judicial, las garantías que la Constitución otorga, o mantener y conservar el equilibrio

⁹ Madrazo Mazariegos, Danilo y Sergio Madrazo Mazariegos. *Garantías y defensa del orden constitucional*, Guatemala, S/E, 2004, Pág. 11.

entre los diversos Poderes que gobiernan la Nación, en cuanto por causa de las invasiones de éstos, se vean ofendidos o agraviados los derechos de los individuos”.¹⁰

Por su parte Héctor Fix Zamudio afirma que el amparo es “un procedimiento armónico, ordenado a la composición de los conflictos suscitados entre las autoridades y las personas individuales y colectivas por violación, desconocimiento e incertidumbre de las normas fundamentales”.¹¹

Así mismo, Edmundo Vásquez Martínez establece que el amparo “es el proceso constitucional, especial por razón jurídico-material, que tiende a obtener la satisfacción de una pretensión de mantenimiento o restitución en el goce de los derechos fundamentales”.¹²

Se puede concluir, a partir de las definiciones anteriormente expuesta que el amparo es un proceso que goza de carácter constitucional, cuyo fin es mantener, restituir o reparar la vulneración a derechos fundamentales sufridos como consecuencia de actuaciones emanadas de la autoridad pública, siempre tomando en cuenta que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo.

1.2.4 Características

- Es un proceso cuya iniciación se da a instancia de parte, pudiendo promoverlo única y exclusivamente la persona que se considere como agraviada por un acto de autoridad.
- El proceso de amparo goza de rango constitucional, puesto que se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en su artículo 265.

¹⁰ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional*, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2012, Segunda Edición, Pág. 54

¹¹ Flores Juárez, Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional / apuntamientos*, Guatemala, S/E, 2005, Pág. 131.

¹² Vásquez Martínez, Edmundo. *El proceso de amparo en Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1985, Pág. 107.

- Su carácter es extraordinario y subsidiario, debido a que opera una vez que el sistema jurídico ordinario ha fallado al momento de proteger o preservar los derechos de las personas.
- Cumple una doble función, debido a que es un medio de protección tanto preventivo como restaurador.
- Opera como una institución contralora del ejercicio del poder público, por tanto se dice que el amparo es político.
- No hay ámbito que no sea susceptible de amparo.

1.2.5 Naturaleza jurídica

Al momento de determinar la naturaleza jurídica del amparo, han existido dos posturas contrapuestas, por una parte se ha afirmado que el amparo es un recurso y por otra se sostiene que la naturaleza jurídica del amparo corresponde a que es un proceso.

Cabanellas define que un recurso es un: “remedio procesal otorgado contra las resoluciones judiciales, o contra la pasividad del órgano jurisdiccional, sin restricciones, ya ante el mismo juzgador o ante el superior jerárquico”.¹³

De conformidad con la definición y el objeto de un recurso, se puede afirmar que la naturaleza jurídica del amparo no puede ser de la de un recurso, debido a que el amparo no busca la revisión de una resolución emanada de la autoridad por el órgano superior y tampoco la modificación o revocación de una resolución, siendo el fin del amparo controlar si la acción contra la cual se promueve implica la vulneración a derechos fundamentales.

¹³ Recurso Ordinario. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Vol. V, *Op.cit.*, Pág. 610

Así mismo, es importante contar con una definición de proceso, el cual según Chioventa es: “el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación con un bien que se presenta como garantizado por ella), por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”.¹⁴

De acuerdo con lo planteado, se acepta la teoría que indica que la naturaleza jurídica del amparo es la de un proceso, puesto que su trámite y resolución se da a través de una serie concatenada de actos jurídicos, debe ser resuelta conforme al debido proceso por un órgano jurisdiccional y opera de forma extraordinaria ante la ausencia de mecanismos para restituir determinada situación de carácter jurídico que haya sido afectada.

1.2.6 Finalidad

Así como todo acto procesal lleva implícito una finalidad, el amparo tiene varios fines, siendo uno de ellos el servir como medio de defensa, del cual gozan los gobernados frente a los actos inconstitucionales del gobernante.

Como se mencionó anteriormente, el amparo tiene una finalidad preventiva, la cual se cumple cuando se denuncia la amenaza de violación a un derecho de carácter fundamental, debiendo tomar en cuenta que dicha amenaza sea inminente y provenga de un acto de autoridad.

Así mismo, tiene una finalidad reparadora, la que se da una vez se haya violado un derecho fundamental, y se busque el restablecimiento o restauración del mismo, con el objeto de que el afectado goce nuevamente y de forma plena del derecho fundamental que se le ha vulnerado.

1.2.7 Principios

Los principios del amparo que se encuentran establecidos y plenamente desarrollados en el sistema jurídico guatemalteco, son los que a continuación se describen.

¹⁴ Proceso. *Ibid.*, Pág. 437

1.2.7.1 Agravio personal y directo

Este principio se relaciona íntimamente con la legitimación tanto activa como pasiva para que se lleve a cabo este proceso. Se refiere a que quien solicita el amparo haya sufrido el agravio personal y directo sobre un derecho fundamental, y que esta vulneración provenga de un acto de autoridad.

1.2.7.2 Definitividad

Para comprender este principio es importante tomar en cuenta que por el carácter extraordinario y subsidiario del amparo, éste solamente prosperará cuando ya se hayan agotado todas las vías y recursos ordinarios que la legislación establezca contra el acto reclamado.

1.2.7.3 Estricto derecho o congruencia

Este principio señala que el juzgador de amparo se debe concentrar únicamente en examinar el acto denunciado y analizarlo a la luz de los preceptos constitucionales para corroborar si fue o no vulnerado el derecho fundamental que se alega.

1.2.7.4 Instancia de parte o iniciativa

Éste es considerado uno de los principios fundamentales del proceso de amparo, ya que la iniciativa o la solicitud debe ser a instancia de parte, es decir el legitimado debe promoverlo, ya que no puede ser iniciado oficiosamente debido a que se trata de la violación de garantías fundamentales de un individuo a consecuencia de un acto de la autoridad.

1.2.7.5 Limitación de pruebas y recursos

Este principio es considerado de carácter procesal, debido a que solamente se pueden presentar como medios de convicción aquellos que sean idóneos y pertinentes para demostrar la existencia tanto del acto reclamado, como de la vulneración sufrida y denunciada. Sobre los recursos, en Guatemala solamente pueden interponerse: recurso en queja, apelación, aclaración y ampliación.

1.2.7.6 Presentación en el plazo legalmente establecido

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en su artículo 20 establece que: “la petición de amparo debe hacerse dentro del plazo de los treinta días siguientes al de la última notificación al afectado o de conocido por éste el hecho que a su juicio, le perjudica. Sin embargo, durante el proceso electoral y únicamente en lo concerniente a esta material, el plazo será de cinco días”.

Cabe destacar que el plazo arriba descrito no aplica cuando el amparo se promueva en contra de la aplicación de leyes o reglamentos inconstitucionales a casos concretos. Así mismo, es importante señalar que todos los días y todas las horas son considerados hábiles en materia constitucional.

1.2.7.7 Prosecución judicial del amparo

Del articulado de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se infiere que en la tramitación del proceso de amparo existe un debate entre el sujeto activo y pasivo, aunque esto no implique una litis como tal; pero por tal motivo la sustanciación de este proceso se desarrolla de una forma procesal básica.

1.2.7.8 Relatividad de la sentencia

Este principio hace referencia a que la sentencia emitida en el proceso de amparo concediendo protección constitucional, solamente va a amparar al solicitante; es decir que las demás personas que tengan relación con el hecho solicitado pero que no hayan accionado denunciando vulneración a derechos propios deben seguir acatando el acto de la autoridad sometido a amparo.

1.3 Exhibición Personal

1.3.1 Antecedentes y Generalidades

La exhibición personal o hábeas corpus tiene como principal campo de protección la libertad del ser humano. Ninguna persona puede ser privada de su libertad, a menos que exista una causa debidamente establecida en una norma jurídica, y que por

tanto sea conocida por el resto de la población, esto con el objeto de brindarles seguridad jurídica, así todo individuo conoce de antemano qué conductas pueden tener como resultado la privación de su libertad.

La exhibición personal de la forma en que la conocemos hoy en día encuentra un antecedente en el Derecho Romano, específicamente en el interdicto romano de homine libero exhibendo, herramienta que era de acción pública y se utilizaba para exigir que se exhibiera al hombre libre que estaba retenido. Cabe señalar que este interdicto protegía únicamente a las personas que gozaban de libertad, quedando excluidos del amparo de éste las personas esclavas.

Como puede observarse, si bien es cierto el Derecho Romano presenta un antecedente de la exhibición personal, no es realmente de la forma anteriormente descrita como se ejercita actualmente, es hasta en 1215 en Inglaterra con la Carta Magna donde se encuentra el origen real de la exhibición personal.

1.3.2 Clases

Doctrinariamente existen varias clases de hábeas corpus, mismas que se desarrollan brevemente a continuación:

- De carácter reparador: Se dice que es de este carácter sí ataca una lesión ya cometida, siendo su finalidad reparar el derecho a la libertad que se ha vulnerado. Es decir que se está frente a una garantía constitucional de carácter eminentemente procesal que vela por la libertad de una persona, y al verse esta coartada, busca reparar inmediatamente tal situación, arreglando tal vulneración y restituyendo el goce del referido derecho.
- De carácter preventivo: Como su nombre lo indica busca prevenir la comisión de una lesión al derecho de la libertad. Su función principal es proteger el mencionado derecho de cualquier amenaza existente en contra del mismo, que

podría tener como resultado la privación de la libertad de una forma contraria a las leyes.

- De carácter correctivo: Tiene como finalidad cesar tratos inhumanos que puedan estar sufriendo personas que se encuentren detenidas, así como evitar traslados indebidos de prisioneros, que se encuentren bajo detención legal. Este tipo de hábeas corpus parte del supuesto de la existencia de una detención realizada conforme a Derecho, teniendo presente que si bien es cierto, la persona se encuentra detenida por causas que lo ameritan, no significa que puede ser sujeta de tratos inhumanos, por lo tanto su objeto es corregir y en consecuencia suprimir todas aquellas prácticas contrarias a los Derechos Humanos que puedan estar sufriendo los detenidos.
- De carácter restringido: Tiene por objeto evitar molestias o restricciones a la libertad física, siempre y cuando no sean por virtud de una detención legalmente establecida.¹⁵ Este tipo de hábeas corpus hace referencia específicamente a las limitaciones que se puedan hacer a la libertad física que no sean basadas en ley, pero sin que estas constituyan efectivamente una privación de la libertad de la persona, en este punto puede palparse realmente la diferencia entre el hábeas corpus preventivo y el restringido.

1.3.3 Características

- El hábeas corpus constituye una garantía para todo individuo, puesto que protege el derecho a la libertad que le corresponde a todo ser humano.
- Se utiliza para impugnar las detenciones arbitrarias que sufra cualquier individuo.
- Se caracteriza por su inmediatez, por la aplicación rápida y preferente de la que goza frente a cualquier otro recurso de uso común.

¹⁵ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional*, Op.cit., Pág.181

- Coacciona a que se presente la persona que está siendo víctima de la privación arbitraria de su libertad, caso contrario se sancionará la desobediencia.¹⁶

1.3.4 Principios

Doctrinariamente se han logrado establecer los siguientes principios del hábeas corpus o exhibición personal:

- Agilidad, que es de carácter obligatoria al momento de darle trámite, esto con el objeto de prevenir, reparar o cesar de forma inmediata cualquier tipo de vejámenes que una persona esté sufriendo en contra de su libertad o integridad física.
- Su ámbito de aplicación es de carácter general, lo que quiere decir que puede interponerse en contra tanto de detenciones de carácter ilegal realizadas por autoridades jurisdiccionales o de administración pública, así como las realizadas por particulares.¹⁷

1.4 Constitucionalidad

1.4.1 Generalidades

En la actualidad, al momento de concebir la organización de un Estado, uno de los elementos que lo forma es el poder público, y luego de ese elemento se puede tomar en cuenta el ordenamiento jurídico y la población que habita dentro del territorio delimitado. Es la población quien delega la soberanía hacia los gobernantes, pero son estos últimos quienes al momento de llevar a cabo el ejercicio diario de sus funciones, deben tener presente el marco legal dentro del cual deben actuar. En ese orden de ideas, es preciso hacer hincapié en que el ordenamiento jurídico de todo Estado, tal y como lo exponía Kelsen en la pirámide invertida, posee una jerarquía y dentro de esa jerarquía las normas secundarias deben concordar con las normas de

¹⁶ Madrazo Mazariegos, Danilo y Sergio Madrazo Mazariegos. *Op.cit.*, Pág. 30.

¹⁷ *Loc.cit.*

grado superior, y éstas a su vez deben concordar con las normas que tienen una jerarquía aún superior que la propia, y en conjunto todo el ordenamiento jurídico debe estar en consonancia con la Constitución, que es la norma cúspide de toda legislación, a esto se le denomina supremacía constitucional.

A partir de lo expuesto, es de suma importancia tener un concepto de Constitución, para Maximiliano Kestler Farnés, tomando noción de lo estipulado por Shmitt, la define como “la concreta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social de un cierto Estado.”¹⁸

Para Julio César Cordón Aguilar, la Constitución “es un instrumento que expresa la voluntad popular, que proclama los derechos fundamentales como inherentes a la dignidad humana y que establece un conjunto de competencias delimitadas para el ejercicio del poder en aras de garantizar el respeto de aquellos derechos”.¹⁹

En conclusión, como Constitución puede entenderse aquel instrumento escrito, en el cual se encuentran plasmados los derechos inherentes a la persona humana, la organización del Estado y los mecanismos para hacer valer las garantías allí plasmadas. Instrumento que goza de supremacía jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, así como de un carácter vinculante tanto para los gobernantes como para los gobernados.

La supremacía del Derecho Constitucional es uno de los principios básicos y fundamentales no sólo del ordenamiento jurídico guatemalteco, sino de los diversos sistemas jurídicos del mundo, por tal razón y debido a la importancia de velar porque este principio medular se respete, se instaura el control de constitucionalidad, pudiendo ser de las siguientes maneras:

¹⁸ Kestler Farnés, Maximiliano. *Introducción a la Teoría Constitucional guatemalteca*, Guatemala, Centro Editorial “José de Pineda Ibarra”, 1964, Segunda Edición. Pág. 20.

¹⁹ Cordón Aguilar, Julio César. *Teoría constitucional*, Guatemala, S/E, 2009, Pág. 2.

- Sistema concentrado: También conocido como sistema europeo o especializado, en el cual existe un órgano jurisdiccional competente, mismo que se encuentra separado de los órganos de justicia común. Dicho órgano es especializado en materia constitucional y es el único que puede pronunciarse al respecto de esta materia.

- Sistema difuso: También conocido como sistema americano o desconcentrado, el cual consiste en que toda cuestión que sea presentada ante los tribunales de justicia, éstos deben asegurarse que estén en la misma sintonía de los preceptos constitucionales, de no ser así tienen el deber de declarar su inaplicabilidad para no contravenir lo señalado en la Carta Magna.

- Sistema mixto: Es un sistema ecléctico, en el que convergen las características de los dos sistemas descritos con anterioridad.

1.4.2 Acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo que tiene como fin ejercer un control constitucional sobre leyes o disposiciones emanadas de la autoridad gubernamental, cuyo objetivo es atacar la aplicación de éstas tanto en casos concretos como su observancia general, cuando la misma contiene disposiciones contrarias a lo estipulado en la Constitución ya sea en la totalidad de su texto o bien en una parte del mismo, preservando así, intacto el principio de supremacía constitucional.

La acción de inconstitucionalidad en Guatemala tal y como la conocemos hoy en día, se instituyó con la Constitución Política de la República de 1985, en la cual uno de los principales aspectos que se tomaron en cuenta, fue la defensa de los derechos humanos y la institución de mecanismos para garantizar a los individuos el cumplimiento de los mismos.

Como se mencionaba anteriormente, existen tres sistemas de control de constitucionalidad: sistema concentrado, sistema difuso y sistema mixto. Guatemala adopta el sistema mixto, es decir que tiene características tanto del sistema concentrado como del sistema difuso, sistema que se ve reflejado claramente al momento de profundizar en el control directo e indirecto de constitucionalidad.

En esa línea, el control directo de constitucionalidad se refiere a la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, siendo en Guatemala el único ente jurisdiccional competente y facultado para conocer este tipo de planteamientos la Corte de Constitucionalidad. En este tipo de control, claramente se puede observar la semejanza con el sistema concentrado, ya que existe este órgano jurisdiccional especializado en la materia, el cual no pertenece a los órganos de justicia común. Por otra parte, el control indirecto de constitucionalidad ejerce un control sobre la inconstitucionalidad de las leyes y su aplicación en caso concreto, y para el efecto están facultados todos los juzgadores, desde primera instancia hasta casación, para dirimir este tipo de acciones que lleguen a interponer los sujetos procesales, dentro de los asuntos que ellos estén sustanciando ante estos juzgadores; notándose las características del sistema difuso en este control.

1.4.3 Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de carácter general

Este control es fundamental para hacer efectivos dos principios importantes del Derecho: la Supremacía y la Legalidad. Encuentra su antecedente en Austria, cuya constitución instituyó un tribunal constitucional, con competencia única para pronunciarse acerca de asuntos constitucionales, en el caso de Guatemala, asuntos referentes a la constitucionalidad no solo de leyes, sino de reglamentos y disposiciones de observancia general.

El fundamento constitucional de este control, se encuentra en el artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala, mismo que señala: “Las

acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”. Por su parte la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en su artículo 133 estipula: “La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad”. Es posible apreciar una consonancia sobre la regulación de este mecanismo en ambas disposiciones legales, dándole ambas normas la potestad única a la Corte de Constitucionalidad para conocer este medio de control directo, abstracto y reparador de constitucionalidad.

1.4.3.1 Legitimación

El artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad enlista a los legitimados para promover este tipo de inconstitucionalidad, los cuales a continuación se señalan.

- a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, misma que va a ser representada por medio de la actuación de su Presidente.

- b) El Ministerio Público, a través del Fiscal General de la República. La ley contempla que es por medio del Procurador General de la Nación, esto es debido a que antiguamente el Procurador General de la Nación era el Jefe de esta institución; sin embargo, luego se creó la Procuraduría General de la Nación, institución con funciones propias y se designó al Procurador General de la Nación como Jefe de esta última. No obstante lo señalado anteriormente, la Corte de Constitucionalidad en resoluciones ha aclarado que la legitimación actualmente la mantiene el Ministerio Público con la modificación que es a través del Fiscal General.

- c) El Procurador de los Derechos Humanos, cuando gire en torno a asuntos o que afecten los intereses de su competencia, es decir en materia de Derechos Humanos.
- d) Cualquier persona, siempre que actúe bajo el auxilio de tres abogados colegiados activos, haciendo así, accesible para todo ciudadano cumplir con uno de los deberes cívicos que se encuentra regulado en el artículo 135 de la Constitución Política de la República, mismo que establece: “b)(...) velar porque se cumpla la Constitución de la República”.

1.4.3.2 Presupuestos

Para que pueda plantearse una inconstitucionalidad de carácter general, y que la misma sea examinada en su contenido y la Corte de Constitucionalidad pueda pronunciarse al respecto, deben concurrir determinados presupuestos procesales, mismos que a continuación se enlistan.

- a) Análisis confrontativo: Al momento de presentar una inconstitucionalidad de carácter general, debe hacerse desarrollando un análisis responsable y técnico de la norma que se desea impugnar por contravenir preceptos constitucionales. Este análisis debe ser estrictamente de tipo jurídico, concreto y en abstracto, ya que este tipo de inconstitucionalidad no se refiere a la aplicación de determinada norma a hechos ocurridos de forma particular.
- b) Generalidad de la normativa impugnada: Como se ha señalado con anterioridad, este control es aplicable a normas que hayan sido emitidas de forma impersonal, objetiva y que sean de observancia general.
- c) Vigencia de la normativa impugnada: El objeto del control de constitucionalidad en caso concreto es sacar, expulsar y dejar sin vigencia determinada norma que se encuentre dentro del ordenamiento jurídico y que contravenga preceptos constitucionales, por tal razón carece de sentido la utilización de este mecanismo

en contra de normas que no se encuentren vigentes o que aún no sean parte de la legislación, y de ser así la Corte de Constitucionalidad no tendría materia que resolver.

- d) **Infraconstitucionalidad de la normativa impugnada:** Este control busca mantener y preservar el principio de Supremacía Constitucional, sometiendo a impugnación normas de menor jerarquía que contravengan los preceptos constitucionales. En el caso de tratarse de normas de rango constitucional, solamente pueden ser susceptibles de ventilarse mediante este mecanismo, si han sufrido reformas.
- e) **Carácter interno de la normativa impugnada:** El mecanismo de control de constitucionalidad no está facultado para aplicarse en contra de tratados o convenios internacionales.
- f) **Canon único de Constitucionalidad:** La Constitución Política de la República, es el único estándar de constitucionalidad, es decir que no se puede utilizar este tipo de control alegándose que una norma contraviene lo establecido en otra de jerarquía superior, cuando esta última no sea constitucional. Este presupuesto también se refiere a la imposibilidad de utilización de este mecanismo en contra de normativas que contravengan lo establecido en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.²⁰

1.4.3.3 Variantes del planteamiento

El planteamiento del control constitucional de carácter general, tiene algunas variantes:

- a) **Por la naturaleza del vicio que se denuncia**
 - 1. **Material o de fondo:** Es el más común, debido a que lo que se pretende atacar es la norma emanada del legislador por motivo de ser incompatible con preceptos constitucionales.

²⁰ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional, Op.cit.*, Pág. 245

2. Formal o interna corporis: Aduce que el procedimiento efectuado para la realización de la ley, reglamento o disposición, no fue realizado conforme lo indica la Carta Magna, o bien, no ha sido emanado del órgano competente para este efecto. Al ejercer el control de constitucionalidad por el vicio descrito, a diferencia del vicio material o de fondo, no basta con el estudio estricto del derecho, sino deben aportarse pruebas que demuestren fehacientemente que el procedimiento fue alterado o no fue observado como corresponde.

b) Por la delimitación del objeto de impugnación

1. Total: Cuando se pone en tela de juicio la totalidad de la normativa, pudiendo esto ser porque es ésta breve; porque todos los puntos desarrollados giran en torno a la idea central, misma que contraviene el precepto constitucional; así también pudiendo darse por interna corporis.

2. Parcial: Es la forma más común de esta clasificación, y consiste en impugnar solamente una parte de la normativa, debido a que exclusivamente en esa porción se está contrariando lo dispuesto en la Constitución.

c) Por la jerarquía de la normativa impugnada

1. Leyes: Se busca impugnar las normativas emanadas del Congreso de la República, mismas que ya han sido sancionadas y promulgadas por el Presidente.

2. Reglamentos: Se busca impugnar las normas reglamentarias emanadas del Presidente de la República, o instituciones autónomas y descentralizadas pertenecientes al Estado.

3. Disposiciones de carácter general: Se busca impugnar disposiciones emanadas del poder público, mismas que deben ser abstractas, impersonales y generales.²¹

²¹ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional, Op.cit.*, Pág. 249

1.4.3.4 Trámite

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en los artículos comprendidos del 135 al 142, desarrolla la secuencia del control de Inconstitucionalidad en caso general.

- **Solicitud:** La solicitud debe presentarse directamente ante la Corte de Constitucionalidad, en forma escrita y debiendo cumplir con los requisitos de toda primera solicitud, tal y como se establece en el Código Procesal Civil y Mercantil, expresando de forma técnica y clara las causas jurídicas que dan lugar para plantear dicha impugnación. Si fuere el caso, que se hayan omitido ciertos requisitos, la Corte de Constitucionalidad ordena se subsanen por el interponente dentro de los tres días posteriores al día en que fuere notificado.

- **Suspensión provisional:** Cuando la Corte de Constitucionalidad considere que la ley, reglamento o disposición de carácter general es notoriamente inconstitucional, y por lo tanto puede repercutir en daño irreparable para la comunidad, debe decretar la suspensión provisional, dentro del plazo de los ocho días posteriores a la interposición de la solicitud. Esta suspensión debe publicarse en el Diario Oficial el día siguiente de haberse decretado y surtirá efectos de manera general.

- **Audiencia:** Ya sea, se haya decretado la suspensión provisional, o no se haya hecho, se debe dar audiencia por quince días comunes al Ministerio Público, y cualquier otra autoridad o entidad que la Corte de Constitucional considere pertinente. La Corte de Constitucionalidad suele considerar entre estas personas al órgano del cual emanó la normativa impugnada, y además a sujetos o instituciones que por ser especialistas en la materia, estime importante su aporte.

- **Vista:** Teniéndose por evacuada o no la audiencia, se señala de oficio día y hora para la vista, misma que será pública si de esta manera fuere solicitado por el Ministerio Público o por el interponente.

- Sentencia: La sentencia debe emitirse dentro del plazo de veinte días posteriores a la vista, debiéndose tomar en cuenta que la Corte de Constitucionalidad debe dictarla dentro de un término máximo de dos meses contados a partir de la fecha en la cual se interpuso la inconstitucionalidad.

- Efectos: En caso de emitir una sentencia declarando la inconstitucionalidad, total o parcial de una ley, reglamento o disposición de carácter general, ésta ya sea el caso en su totalidad o parcialmente queda sin vigencia, surtiendo efecto desde el día posterior al de la publicación de la resolución en el Diario Oficial; cuando se haya declarado la suspensión provisional, el fallo tendrá efecto retroactivo hacia la fecha en la que se hizo efectiva la publicación de la suspensión. En dado caso, la sentencia fuere denegatoria, se revoca la suspensión provisional, si se hubiere decretado; no hay condena en costas; se impone multa a los abogados patrocinantes; no produce cosa juzgada material.²²

- Resolución definitiva: Contra este tipo de sentencias no cabrá ningún recurso, solamente podrá pedirse la aclaración o ampliación, tal y como lo preceptúa el artículo 147 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

1.4.4 Inconstitucionalidad de la Ley en caso concreto

Este es un mecanismo de control por medio del cual la Constitución Política de la República de Guatemala otorga a los individuos un mecanismo de defensa, para utilizarse cuando la aplicación de una normativa a un caso concreto, donde él es sujeto procesal, la aprecie cómo contraria al orden constitucional y por lo tanto le cause un agravio.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 266 preceptúa que: “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes

²² Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional*, Op.cit., Pág. 252

podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”.

Puede apreciarse así, la rama difusa del sistema mixto que adopta Guatemala, pudiendo interponer la inconstitucional en caso concreto ante cualquier órgano jurisdiccional, teniendo éste la obligación de pronunciarse al respecto, con el fin de definir si es o no constitucional y así determinar si se separará del ordenamiento jurídico para su aplicación en determinado caso en concreto o no.

Goza de un carácter prejudicial, debido a que debe resolverse esta cuestión previo a la discusión del proceso principal, debido a que la resolución que se emita sobre la inconstitucionalidad que se plantea es primordial para resolver las cuestiones que se debaten en el asunto principal, puesto que es necesario saber si la legislación impugnada puede o no aplicarse al caso concreto que se está dilucidando.

1.4.4.1 Legitimación

En este tipo de control, quienes tienen la calidad de legitimados difieren de la acción de inconstitucionalidad en caso general, y por consiguiente es preciso definir en primer lugar quiénes son los sujetos dentro de un proceso. Eduardo Couture al respecto señala: “El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor y el demandado, sus poderes son las facultades que la ley les confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses”.²³

Tomando en cuenta lo anterior, se puede inferir que la legitimación para plantear una inconstitucionalidad en caso concreto y la legitimación para acudir a los tribunales de justicia a promover un proceso encuentran, ambas, su fundamento en el artículo, el cual faculta a toda persona el acceso tanto a los tribunales, como a las dependencias

²³ Sáenz Juárez, Luis Felipe. *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*, Guatemala, Editorial Serviprensa C.A., 2004, Pág. 75

y oficinas del Estado, para que pueden ejercer cualquier tipo de acciones y hacer valer sus derechos que de conformidad con la ley les corresponden.

Como resultado de lo anterior, se puede concluir que los legitimados para promover una inconstitucionalidad en caso concreto son los sujetos que sean parte de un proceso, en el cual se puedan ver afectados en sus derechos por la aplicación de ciertas normas, que a su criterio, no estén acorde a los preceptos constitucionales, y que de utilizarse para la resolución del caso en concreto que se está ventilando, les repercuta en un agravio a sus derechos.

1.4.4.2 Presupuestos

Los presupuestos de viabilidad señalados para el planteamiento de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, pueden ser adoptados para la inconstitucionalidad en caso concreto, con algunas variantes.

Con respecto al análisis confrontativo, cabe hacer énfasis que las argumentaciones para sustentar la impugnación de la norma constitucional deben estar fundamentadas y centradas en la legislación, no es posible hacer alusión a hechos concretos del proceso, ya que si bien es cierto se le denomina “inconstitucionalidad en caso concreto”, es en referencia única al carácter paralelo que tiene a un proceso, y al alcance que tendrán los efectos de las sentencia, no así al fundamento que debe dársele al momento de su planteamiento.

Con referencia a la vigencia de la normativa impugnada, el punto a tomarse en cuenta es la validez temporal de la norma con relación a quien interpone la inconstitucionalidad en caso concreto, ya que puede darse el caso en el que la norma ya no esté vigente, pero por el momento en el que se efectuaron los hechos motivo del proceso que se está sustanciando, ésta normativa pueda aplicarse al interponente

No obstante, haber señalado que los presupuestos para ambos controles de constitucionalidad se comparten, deben agregarse dos más, que son propios de la inconstitucionalidad de carácter concreto.

- a) Expectativa razonable de aplicación: A través de este mecanismo, la pretensión primordial es sacar del ámbito de aplicación determinada norma jurídica, que a juicio de quien la interpone, es inconstitucional, sin embargo para que esto así sea, debe de demostrarse que la normativa impugnada podría aplicarse para la resolución del proceso, situación que puede presumirse al citar la normativa en cuestión como fundamento de derecho.
- b) Oportunidad: Presupuesto íntimamente ligado con el desarrollado anteriormente, puesto que el mecanismo de inconstitucionalidad en caso concreto, será oportuno sí y solo sí existe la posibilidad latente de aplicar la normativa impugnada como fundamento para la resolución del proceso.²⁴

1.4.4.3 Variantes del planteamiento

a) Por la vía procesal que se utiliza

1. Acción: Encontrando su ámbito de aplicación frente a la administración pública, incluyendo las entidades autónomas y descentralizadas.
2. Excepción: Entendiendo este término como: “el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida como él”.²⁵ En sí, corresponde a un mecanismo de defensa con carácter prejudicial, debido a que es un punto de derecho que debe resolverse previo a dar resolución al asunto objeto del proceso.
3. Incidente: Es la forma más usual de plantearse, tramitándose de forma paralela al asunto principal, sin obstaculizar el trámite de éste; sin embargo, al igual que las

²⁴ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional*, *Op.cit.*, Pág. 272

²⁵ Sáenz Juárez, Luis Felipe. *Op.cit.*, Pág. 94

dos formas señaladas anteriormente, el tribunal debe darle solución antes de resolver el asunto principal del proceso.

b) Por la naturaleza del asunto subyacente

1. Variante judicial general: Se puede presentar en cualquier proceso ante cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la instancia e inclusive en casación, hasta antes de dictar la sentencia que en Derecho corresponde. Puede presentarse en cualquiera de las tres modalidades: acción, excepción o incidente.
2. En casación: La Corte Suprema de Justicia, debe darle trámite y solución a la inconstitucionalidad planteada y emitir su pronunciamiento a través de un auto razonado, previo a resolver la casación. La inconstitucionalidad también puede ser planteada como motivación del recurso extraordinario de casación, además de los motivos convencionales: de forma y de fondo, no obstante se diferencia de ellos debido a que éste es de privilegiado y obligado conocimiento, es decir que la Corte Suprema de Justicia no puede evadir su examen.
3. En lo administrativo: Es posible atacar la inconstitucionalidad tanto de leyes como de reglamentos. Cabe señalar que dentro del procedimiento administrativo, solamente podrá señalarse la inconstitucionalidad para luego ventilarse en un contencioso-administrativo dentro del plazo de los treinta días posteriores desde que la sentencia haya causado estado.
4. En lo laboral: Cuando se promueva en virtud de un conflicto colectivo de trabajo, debiendo resolver la inconstitucionalidad el mismo juez declarado competente para conocer la causa principal del proceso.²⁶

²⁶ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional, Op.cit.*, Pág. 274

1.4.4.4 Trámite

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en los artículos comprendidos del 120 al 126, desarrolla la secuencia del control de Inconstitucionalidad en caso concreto.

- **Competencia:** Toda persona que resulte afectada de manera directa por la inconstitucionalidad de una ley, puede plantearla ante el tribunal competente en razón de la materia, asumiendo este tribunal el carácter de tribunal constitucional. Si en dado caso, se plantea la inconstitucionalidad en un proceso que esté siendo conocido ante un juzgado menor, éste debe inhibirse de forma inmediata de seguir conociendo y enviará los autos a su superior jerárquico, quien será el encargado de la inconstitucionalidad en primera instancia.
- **Admisión para su trámite:** La solicitud para que se admita la inconstitucionalidad en caso concreto, debe ser presentada de forma técnica y fundamentos jurídicos de procedencia.
- **Audiencia:** Ya sea que la inconstitucionalidad en caso concreto haya sido promovida como acción, excepción o incidente, el juzgado investido ya por la admisión para trámite de dicha petición, con el carácter de tribunal constitucional, debe dar audiencia al Ministerio Público y a las partes por el término de nueve días.
- **Vista pública:** Si la acción de inconstitucionalidad en casos concretos ha sido planteada como única pretensión, vencido el término de la audiencia, si alguna de las partes lo solicitare podrá celebrarse vista pública.
- **Resolución definitiva:** Dentro del tercero día de haberse evacuado la audiencia o haberse celebrado la vista pública, el ahora investido con carácter de tribunal constitucional debe resolver la inconstitucionalidad en caso concreto planteada, cualquiera que haya sido su forma: acción, excepción o incidente,

considerándose la resolución como auto o sentencia. Como ya se ha referido con anterioridad, la cuestión de inconstitucionalidad debe ser resuelta con antelación a la resolución del asunto principal, salvo cuando también hayan sido presentadas las excepciones de competencia y/o compromiso, puesto que éstas deben resolverse con antelación de aquélla.

El fallo, naturalmente puede darse en dos sentidos, causando distintos efectos. En el caso de ser en sentido denegatorio, se le impone una multa a los abogados patrocinantes, por ostentar la responsabilidad sobre la juridicidad del planteamiento y se condena en costas, en dado caso exista sujeto legitimado para hacerse efectivo el cobro. Si por el contrario, fuere en sentido estimatorio, se declara la inaplicabilidad de las normativas señaladas para su utilización como fundamento de la resolución en la cual se dilucide el asunto principal, dentro del que se generó dicho planteamiento, y se suspenden de forma provisional las actuaciones en el litigio principal.

➤ Suspensión del proceso: El proceso deberá suspenderse desde el momento en el cual el tribunal de primera instancia dicte el auto que dé resolución a la inconstitucionalidad, hasta que ésta cause ejecutoria. El tribunal puede seguir conociendo los asuntos a los cuales hace referencia el artículo 129 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, siendo éstos:

- “a) De los incidentes que se tramitan en pieza separada formada antes de admitirse la apelación;
- b) De todo lo relativo a bienes embargados, su conservación y custodia; de su venta, si hubiere peligro de pérdida o deterioro; y de lo relacionado con las providencias cautelares; y
- c) Del desistimiento del recurso de apelación interpuesto si no se hubieren elevado los autos a la Corte de Constitucionalidad.”

Debiéndose entender en el literal a) y c), “inconstitucionalidad en caso concreto”, en lugar de “apelación”.

- Recursos: En la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se preceptúa que en dado caso uno de los sujetos procesales no estuviere conforme a la resolución sobre la cuestión de inconstitucionalidad emanada del juez o tribunal, tiene la facultad de interponer recurso de apelación dentro del plazo del tercer día de notificada la resolución en primer grado, debiendo razonar los motivos que dan origen a tal impugnación. Siendo el caso que el órgano jurisdiccional encargado de resolver en primera instancia, sostuviera una negativa a tramitar tal recurso, dentro del plazo del tercer día de haberse enterado de dicha negativa, puede acudir ante la Corte de Constitucionalidad y presentar un recurso de hecho, con el objeto de que la autoridad ocursoada rinda informe en el plazo de las veinticuatro horas siguientes, a efecto de que la Corte de Constitucionalidad analice la apelación. Una vez recibidos los autos, de oficio se señala día y hora para la vista, misma que a petición de las partes puede ser pública, y se deberá realizar en un plazo no mayor de nueve días. La sentencia se dictará dentro de los seis días posteriores a la vista, revocando o confirmando la resolución apelada.²⁷

²⁷ Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho Procesal Constitucional*, Op.cit., Pág. 278.

CAPÍTULO II

MATRIMONIO

2.1 Etimología

La palabra matrimonio encuentra su origen en el latín, derivado de las voces *matris* y *munium*, que en su origen significa carga o misión de la madre, tal y como lo establecía el Papa Gregorio IX en sus decretales: “Para la madre, el niño es antes del parto oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio más bien que patrimonio”.²⁸

En el Derecho Romano era utilizado el término *justas nuptias*, derivándose de allí el sinónimo *nuptias*, el que a su vez se deriva de *nubere*, lo que significa velar o cubrir, haciendo referencia al velo que cubre a la novia. También es utilizado como sinónimo de matrimonio la palabra *consorcio*, lo cual hace referencia a la suerte de ambos contrayentes.

La palabra *cónyuge*, también encuentra su origen en el latín, derivándose de las raíces *cum* y *yugum*, haciendo alusión al yugo o la carga que ambos esposos están aceptando para el resto de sus vidas.²⁹

En la actualidad, un número significativo de jurisconsultos, han hecho hincapié en no tomar la etimología en sentido estricto frente al matrimonio, debido a que se limita a hacer la referencia de los gravámenes y dolores que sufre la madre, pero en el matrimonio no solo la madre sufre, el padre también es depositario de gravámenes, en el sentido del abastecimiento de los enseres necesarios para la subsistencia del hogar. Por tal razón en el desarrollo del presente capítulo se conceptualizará,

²⁸ Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de derecho de familia*, Argentina, Editorial Astrea, 2010, Sexta Edición, Pág. 75

²⁹ *Ibid.*, Pág. 76

desarrollará y enfocará la institución del matrimonio de forma integral con respecto a ambos cónyuges.

2.2 Concepto

El matrimonio es la institución base de la familia, y por lo tanto de la sociedad, en consecuencia el ordenamiento jurídico guatemalteco ha revestido de amparo a tal institución tanto en la normativa general como en la Constitucional.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 47 garantiza la protección a la familia, tanto en el aspecto económico como en el jurídico. Así mismo, otorga la libertad de contraer matrimonio, ya que es un derecho de todo ser humano, observando en todo momento el derecho de igualdad entre ambos cónyuges. También vale la pena resaltar, que en el artículo antes mencionado también resalta de manera categórica: “Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio”, es decir que fija una base legal para que sea válido el matrimonio, y una serie de requisitos que se regulan detalladamente en el Código Civil.

Por su parte el Código Civil, en su artículo 78, otorga la definición legal del matrimonio, al afirmar que: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

Con respecto a definiciones doctrinarias, Lacruz define al matrimonio como: “La unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida. De él derivan las relaciones, derechos, funciones y potestades propiamente familiares; fuera de él derivan sólo por concesión de la ley”.³⁰

³⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Derecho de familia*, Guatemala, S/E, 2009, Tercera Edición, Pág. 71

Así mismo, puede tomarse el criterio de Castán, quien señala que el matrimonio puede definirse desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista sociológico. Desde el criterio jurídico, Baudry-Licantinerie y Hougues-Fourcade define al matrimonio como “el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley”³¹; y desde el sentido sociológico Westermarck lo define como “una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura”³².

Como se ha demostrado, existen varios criterios para definir qué es el matrimonio, pero previo a aportar una definición de tal institución, es importante realizar observaciones. El matrimonio, como se dijo anteriormente, puede definirse desde el sentido jurídico, y verse como una unión consagrada por la ley, lo cual resulta una definición corta y vacía con respecto a todo lo que abarca el matrimonio. Luego puede apreciarse, que desde el punto de vista sociológico se le añade otro elemento, la permanencia, que viene a complementar a la legalidad pura.

En conclusión, se puede afirmar que el matrimonio es la institución de carácter jurídico-social, por medio de la cual un hombre y una mujer unen sus vidas convirtiéndose en un solo ente, con el ánimo de permanencia y de ayuda recíproca, siendo uno de sus principales objetivos, la procreación de nueva vida, estableciéndose bajo los parámetros de la ley y amparada bajo la protección de la misma.

2.3 Evolución histórica

Junto con el paso del tiempo, la figura del matrimonio también evolucionó, y pueden distinguirse cinco grandes etapas de esta evolución, mismas que se desarrollarán a continuación.³³

³¹ Brañas, Alfonso. *Manual de Derecho Civil*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fenix, 2009, Octava Edición, Pág. 124

³² *Ibid.*, Pág. 125

³³ Rojas Villegas, Rafael. *Derecho Civil mexicano*, Vol. II, México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, Séptima Edición, Pág. 201.

2.3.1 Promiscuidad primitiva

Esta etapa se caracterizó por el matriarcado, puesto que la sociología maneja la hipótesis de que en las comunidades primitivas existían relaciones, en su mayoría promiscuas, mismas que repercutían en la determinación de la paternidad del niño, por tanto las relaciones de parentesco eran determinadas solamente con relación a la familia de la madre; sin embargo, se presume que por el instinto natural del ser humano, el padre permanecía junto con la madre hasta el nacimiento o destete del hijo.

2.3.2 Matrimonio por grupos

En esta etapa ya puede observarse una promiscuidad de carácter relativo, puesto que por diversas creencias religiosas, todos los miembros de una tribu se consideraban como hermanos, y por consiguiente no podían contraer matrimonio entre sí. Por este motivo, un grupo de hombres de una tribu contraían matrimonio con un grupo de mujeres de otra tribu, en cantidades equivalentes; este tipo de matrimonio, al igual que en la promiscuidad primitiva, ocasionaba problemas al momento de determinar el padre de los niños, razón por la cual continuó el sistema matriarcal y la filiación uterina.

2.3.3 Matrimonio por rapto

Esta etapa está marcada por las guerras e invasiones que se daban por la misma evolución de la humanidad y ansias de poder. Se caracteriza por conceptualizar a la mujer como botín de guerra, es decir que así como se apropiaban de las pertenencias del enemigo, también se apropiaban de las mujeres. Es aquí donde surge el patriarcado, puesto que los hombres raptaban a las mujeres, también basándose en ideas religiosas, el matrimonio se convierte en una relación monogámica y derivado de ello sí puede establecerse la paternidad del niño. Al padre le ocupaba el puesto de jefe de familia, y los hijos debían someterse enteramente a la voluntad de él, lo mismo sucedía con la madre, quien tenía, al igual que los hijos, la obligación de seguir a cabalidad las órdenes del esposo.

2.3.4 Matrimonio por compra

Es en esta etapa donde la relación monogámica entre el hombre y la mujer finalmente se consolida. El matrimonio toma la forma de una transacción, puesto que el marido compra a la mujer, y por medio de este matrimonio se le reconoce jurídicamente el derecho al marido sobre la mujer y la familia que procreen, es decir, que al igual que en el Derecho Romano, se le reconoce el poder absoluto sobre toda la familia, y en consecuencia la mujer y los hijos deben seguir y respetar todas las órdenes que de él provengan.

2.3.5 Matrimonio consensual

Esta etapa, es la que prevalece actualmente, caracterizándose por la manifestación de voluntad de ambos cónyuges para contraer matrimonio. Es una unión de carácter monogámico, de carácter permanente y con el fin de procrear y compartir una vida. Esta institución se ve influenciada por ideas religiosas así como por el Estado, ya que debe establecerse de acuerdo a lo que la ley regule para el efecto, y en algunos casos también se celebra un matrimonio bajo la religión que los contrayentes profesen.

2.4 Naturaleza jurídica

La noción del significado y función del matrimonio como génesis de la familia y de la sociedad y su importancia en el Derecho, para muchos es considerado un conocimiento básico, no obstante, en relación con la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio, existen una diversidad de posturas mantenidas por diversos juristas a lo largo del tiempo, mismas que a continuación se desarrollan.

- a) El matrimonio es un contrato: Esta teoría encuentra su origen en el Derecho Canónico, precisamente al momento de la separación del matrimonio civil del religioso, al revestir al matrimonio del principio pacta sunt servanda, haciendo que el carácter de perpetuidad e indisolubilidad fueran de cumplimiento obligatorio en virtud del contrato celebrado entre ambos cónyuges.

Esta tesis encuentra su fundamento en que al momento de la celebración del matrimonio, los contrayentes deben hacer manifiesta su voluntad de unirse en matrimonio y ésta debe carecer de vicios, se requiere capacidad legal, y que el objeto y fin sean lícitos, siendo éstos a su vez, elementos fundamentales para la celebración de cualquier tipo de contrato.

En 1877, el Código Civil guatemalteco adoptaba esta postura, al preceptuar expresamente el matrimonio como un contrato eminentemente civil y de carácter solemne, así también establecía que el mismo era indisoluble, característica que fue derogada por la posterior Ley de Divorcio.³⁴

Una de las objeciones más severas en contra de esta tesis radica en la forma de constitución de un contrato, puesto que en los contratos ordinarios las partes son quienes estipulan los parámetros dentro de los cuales se va a desarrollar la relación contractual, así mismo las situaciones que den como resultado la disolución del contrato o la ineficacia del mismo. Al momento de exponer al matrimonio como un contrato y tomando en cuenta el criterio de indisolubilidad, puede apreciarse una incoherencia entre el uno y el otro, y en consecuencia da problemas el plantearse el matrimonio como un simple contrato.

Otra de las fallas que encuentra esta teoría, tal y como lo afirma Puig Peña es que las obligaciones del matrimonio son “eminente de carácter moral no patrimonial, por otra parte no puede ser objeto de un contrato el amor ni la entrega recíproca entre ambos contrayentes”.³⁵

- b) El matrimonio es un negocio jurídico: Varios autores como Lacruz, Díez Picazo y principalmente Royo Martínez, han mantenido la postura de esta teoría, asegurando que el matrimonio es un negocio jurídico bilateral perteneciente al Derecho de Familia y de carácter mixto, debido a que interviene un representante

³⁴ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Op.cit.*, Pág. 77

³⁵ Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil español*, Vol. V, España, Ediciones Pirámide S.A., 1976, Tercera Edición, Pág. 36

del Estado, ya sea el Alcalde o concejal que haga sus veces, un notario o en su caso un ministro de culto y los contrayentes quienes deben manifestar su voluntad para contraer las nupcias.

Esta teoría se basa en un criterio sumamente formalista, simple y sencillamente se limita a conceptualizar la forma de celebración, dejando de lado el objeto, fin y naturaleza del matrimonio. Es por estas razones que la teoría que afirma el matrimonio como un negocio jurídico no presenta más cuerpo ni mayor fundamento que la teoría contractualista, por tanto el adoptar tal teoría dejaría restringido todo lo que abarca el matrimonio.

c) El matrimonio es una institución: Esta tesis es la adoptada en Guatemala, y se señala que si bien es cierto es fundamental para la celebración de éste la voluntad de los contrayentes, no basta con la misma, es decir, necesita constituirse bajo las normas establecidas por el Estado para que se pueda considerar legalmente como un matrimonio. Esta institución está regulada por un ordenamiento jurídico en varios aspectos; sin embargo, los contrayentes cuentan con la libertad de establecer los patrones y forma de vida diaria dentro de la sociedad. Tal afirmación encuentra sustento en el Código Civil, específicamente en el artículo 78, donde se toma al matrimonio como una institución.

2.5 Caracteres

De todo lo relacionado con anterioridad, se desprenden una serie de caracteres propios de la institución del matrimonio:

a) Auxilio recíproco: En el matrimonio, ambos cónyuges deben apoyarse y auxiliarse recíprocamente ante cualquier vicisitud que se presente, ya sea de carácter económico como de apoyo moral.

- b) Derecho: Todo ciudadano tiene el derecho de contraer matrimonio, amparado por el texto Constitucional, lo cual significa que toda persona es libre de tomar la decisión de unirse o no en matrimonio.
- c) Fundación de la familia: El matrimonio da origen a la fundación de una nueva familia, siendo una institución de vital importancia para la génesis de la sociedad.
- d) Heterosexualidad: En Guatemala, la heterosexualidad es un presupuesto fundamental para que exista matrimonio, no obstante en la actualidad no es una característica homogénea en el ordenamiento jurídico internacional, ya que varios países como Holanda, España, algunos Estados de Estados Unidos, entre otros, han dispuesto ya la regulación del matrimonio entre dos personas del mismo sexo.
- e) Institución social: El matrimonio es una institución social, que se encuentra regulada y amparada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco tanto en la normativa ordinaria, Código Civil, como en la Carta Magna.
- f) Permanencia: Al momento de la celebración del matrimonio, ambos contrayentes lo hacen con el ánimo de permanencia en el tiempo. Anteriormente se le asignaba al matrimonio un carácter de indisoluble, pero con el paso del tiempo éste ha ido desapareciendo en el ámbito civil, más no en el Derecho Canónico.
- g) Solemnidad: Para que un matrimonio sea reconocido dentro de la esfera jurídica, debe haberse celebrado bajo la observancia de los requisitos establecidos en la ley y de la forma que allí se prescribe.
- h) Vida en común: El matrimonio contempla una vida en común y una unión física, lo cual ayuda a que cumpla con uno de sus fines: ayudarse y auxiliarse mutuamente en todo momento. Sin embargo el hecho de que por circunstancias diversas no

sea posible la convivencia diaria bajo el mismo techo, no se traduce en la inexistencia del matrimonio y en la disolución del vínculo conyugal.

2.6 Fines

Existe una gran diversidad de doctrinas que buscan señalar los fines que tiene el matrimonio. Uno de los principales precursores de la primera doctrina era Kant, quien interpretaba el fin del matrimonio de forma puramente material, sosteniendo que el único fin que esta institución tiene es la satisfacción de los instintos sexuales mutuos, doctrina que en el transcurso del tiempo ha quedado totalmente descartada.

La segunda doctrina, impulsada por Aristóteles, afirma que el matrimonio tiene dos fines: la procreación de las generaciones futuras y el complemento de los esposos. Esta doctrina goza de una mayor aceptación en cuanto deja de ser puramente individualista y es más integral.

Así mismo, existe una doctrina de carácter trilateral, impulsada por Santo Tomás de Aquino, la cual cuenta con gran aceptación dentro de la doctrina. El teólogo afirma que el “matrimonio cuenta con un fin individual: el auxilio mutuo entre los cónyuges y dos específicos: la procreación y la educación de los hijos.”³⁶ No obstante ser la doctrina más aceptada, como ya se había señalado, existe una discusión acerca de cuál de los fines es el fundamental. Una tendencia afirma que la procreación es el fin esencial del matrimonio y otra sostiene que el fin es el auxilio mutuo, puesto que si fuese la procreación no existiría la necesidad del matrimonio.

De lo expuesto anteriormente y del análisis del texto, se tiene la opinión que el fin fundamental es el auxilio mutuo entre los cónyuges y luego la procreación, puesto que ambos cónyuges se unen en matrimonio con el objeto de compartir sus vidas y apoyarse en todo momento y ante cualquier situación de forma incondicional, sin importar el hecho de que durante el mismo se hayan o no procreado hijos.

³⁶ *Ibid.*, Pág. 37

2.7 Clases de matrimonio

Existen varias clasificaciones del matrimonio, no obstante a continuación se desarrollan brevemente las principales clases.

2.7.1 Matrimonio canónico y civil

El matrimonio canónico tiene el carácter de sacramento, mismo que es celebrado ante los oficios de un sacerdote y de acuerdo con los requisitos, ritos y formalidades del Derecho Canónico. El matrimonio civil es celebrado ante los oficios ya sea el Alcalde o concejal que haga sus veces o un notario, de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley.

2.7.2 Matrimonio ordinario y extraordinario

El matrimonio ordinario es aquel que se ha llevado a cabo bajo la observancia de todos los requisitos y las formalidades en la ley establecidas. El matrimonio extraordinario es aquel en el que se omite por determinada circunstancia algún requisito establecido en la ley, o se lleva a cabo de manera particular, encontrándose en esta división, entre otros, el matrimonio en artículo de muerte y el matrimonio de los militares.

2.7.3 Matrimonio rato y consumado

Esta división tiene relevancia dentro del Derecho Canónico. El matrimonio rato es aquel que no ha sido seguido por la cópula, y el matrimonio consumado es aquel que sí ha sido seguido por la unión carnal de los contrayentes.

2.7.4 Matrimonio solemne y no solemne

El matrimonio solemne es aquel que ha sido celebrado ante un representante de la autoridad en materia civil o eclesiástica, y observando los requisitos y formalidades establecidas en las normativas correspondientes. El matrimonio no solemne al que por situaciones sumamente especiales se celebra de forma reservada, y permanece en ese estado hasta que los cónyuges decidan hacerlo público.

2.7.5 Matrimonio válido y nulo

El matrimonio válido es aquel que se ha celebrado habiéndose cumplido con todos los requisitos y no existe impedimento alguno. El matrimonio nulo es el opuesto del válido, es decir, cuando no se han cumplido con todos los requisitos y se presenta la existencia de impedimentos.

2.7.6 Matrimonios iguales y morganáticos

Esta división es casi intrascendente en el Derecho, puesto que hace referencia únicamente a la condición de los contrayentes. Los matrimonios iguales son los celebrados entre personas que gozan de la misma condición y clase social. Los matrimonios morganáticos son aquellos donde los contrayentes no pertenecen a la misma clase social.³⁷

2.8 Sistemas matrimoniales

Los sistemas matrimoniales, para Sánchez Román: “son los diferentes criterios de organización legal establecidos y practicados en los diferentes países para reputar válidamente celebrado el matrimonio”.³⁸ Es decir las diversas formas que se adoptan a nivel internacional para llevar a cabo la celebración del matrimonio y que éste se tenga como válido.

- a) Sistema exclusivamente religioso: Este sistema solamente admite el matrimonio que haya sido celebrado ante la autoridad eclesiástica.
- b) Sistema exclusivamente civil: El cual surge en la revolución francesa, estableciendo la obligatoriedad de la celebración del matrimonio civil. En este sistema existen dos tendencias: una inclinada a la celebración del matrimonio civil previo a la celebración eclesiástica (si la hubiera), y la segunda a la celebración del matrimonio civil posterior a la celebración eclesiástica. La primera denota la

³⁷ *Ibid.*, Pág. 39

³⁸ Aguilar Guerra. Vladimir Osman. *Op.cit.*, Pág. 80

supremacía del Estado frente a la Iglesia, y el segundo la independencia que caracteriza a la Iglesia y al Estado.

- c) Sistema mixto: Este sistema reconoce como válido y legítimo el matrimonio celebrado ya sea en su forma civil o religiosa.³⁹
- d) Matrimonio civil facultativo tipo latino: En este sistema, los contrayentes están facultados para elegir la forma en la que contraerán nupcias, ya sea mediante la forma civil o la religiosa, y será aplicada las formalidades y requisitos establecidos de acuerdo con el tipo de matrimonio que se decida. De igual forma, cualquier situación que se presente será dilucidada ante la autoridad competente, ya sea un órgano jurisdiccional o un tribunal eclesiástico.
- e) Matrimonio civil facultativo tipo anglosajón: En este sistema, también se le otorga a los contrayentes la facultad de elegir la forma en la que quieran celebrar el matrimonio, ya sea civil o religiosa; sin embargo, cualquier cuestión que se plantee con respecto al matrimonio, será conocida por tribunales civiles, sin importar la forma en la que se haya celebrado.

Con respecto al sistema matrimonial que adopta Guatemala, se logra deducir que es un sistema único al mismo tiempo que admite una pluralidad de formas. Se dice que es único puesto que el Código Civil estipula que para la celebración del matrimonio puede elegirse, ya sea la autorización de un funcionario estatal o la autorización de un ministro de culto. Así mismo, está estipulada la forma y los requisitos que deben realizarse para que sea reconocido legalmente, razón por la cual se dice que es un acto jurídico formal.⁴⁰

³⁹ Brañas, Alfonso. *Op.cit.*, Pág. 134

⁴⁰ Aguilar Guerra. Vladimir Osman. *Op.cit.*, Pág. 82

2.9 El matrimonio en la legislación guatemalteca

A partir del artículo 78 del Código Civil, se encuentra regulado el matrimonio y todo lo referente a tal institución. Para su celebración, el funcionario que lo autorice debe cerciorarse previamente de la capacidad de los contrayentes y de que ellos cumplan con los requisitos que establece la ley y por consiguiente carezcan de impedimentos para su celebración.

Durante la ceremonia, el funcionario que autorice debe dar lectura a los artículos 78, y del 108 al 112 del referido cuerpo legal, luego de esto debiendo los contrayentes manifestar expresamente su consentimiento de contraer nupcias, y una vez hecha la manifestación se les declarará unidos en matrimonio. Seguidamente el acta debe ser aceptada y a continuación firmada por los cónyuges y los testigos.

De la celebración del matrimonio se desprenden una serie de derechos y obligaciones para ambos cónyuges, entre ellos el derecho que tiene la mujer de usar el apellido de su cónyuge como propio, dejándolo de conservarlo únicamente en caso de disolución del vínculo conyugal.

En lo referente a la representación conyugal, la ley expresamente señala que corresponde a ambos cónyuges en igual forma. Es decir ambos poseen la misma autoridad dentro del hogar y es decisión conjunta lo relativo al lugar de residencia, la crianza de los hijos y la economía de la familia.

Así mismo, el Código Civil guatemalteco regula diversas formas de matrimonio como el matrimonio en artículo de muerte y el matrimonio militar, de igual forma reconoce el matrimonio entre nacionales y extranjeros.

2.10 Impedimentos para contraer matrimonio

La teoría de los impedimentos para contraer matrimonio encuentra su origen y posterior evolución en el Derecho Canónico, creando un listado de impedimentos, mismos que posteriormente fueron aceptados a nivel mundial y luego de hacerle

ciertas modificaciones a la lista, los impedimentos empezaron a ser regulados dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.⁴¹

Existe una gran variedad de impedimentos, por tal razón es necesario hacer una clasificación de los mismos para hacer más fácil su análisis, en tal sentido los impedimentos pueden clasificarse en:

a) Impedimentos en sentido amplio: Estos impedimentos son aquellos que no dan lugar a un matrimonio válido. En la legislación guatemalteca se encuentran en el artículo 88 del Código Civil, mismo que establece la imposibilidad para contraer matrimonio a:

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

b) Impedimentos en sentido estricto: Esta clase de impedimentos representan un obstáculo para contraer matrimonio a una persona en específico, mismos que se encuentran regulados en el artículo 89 del Código Civil y que a continuación se transcriben.

1. “Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor;
2. Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela;
3. Derogado.

⁴¹ Brañas, Alfonso. *Op.cit.*, Pág. 137

4. Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que esté bajo su tutela o protutela;
5. Del tutor o protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o protutela, sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración;
6. Del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquéllos, ni garantizare su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona; y
7. Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.”

De lo anteriormente expuesto se puede llegar a la conclusión que existen tres grandes ejes sobre los cuales giran los impedimentos establecidos en la legislación guatemalteca: la edad, el vínculo matrimonial anterior pendiente de disolución y los vínculos de parentesco.⁴²

2.11 Capitulaciones matrimoniales

El Código Civil, en su artículo 117 otorga un concepto de las capitulaciones matrimoniales, estableciendo que las mismas “son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio”.

La libertad de celebrar las capitulaciones matrimoniales se ve coartada por el artículo 118 del Código Civil, el cual enumera una serie de circunstancias en las cuales son obligatorias las capitulaciones matrimoniales, siendo estos:

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

⁴² Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Op.cit.*, Pág.87

4. Si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o naturalizado”.

Como se ha referido, por medio de las capitulaciones matrimoniales se estipula el régimen económico que adopta el matrimonio; sin embargo también se pueden regular aspectos propios de la futura vida matrimonial, observando en todo momento lo preceptuado en la ley, tomando en cuenta que las disposiciones estipuladas en las capitulaciones matrimoniales que contravengan lo regulado por la ley, o en su caso limiten derechos y obligaciones propias de los cónyuges, tanto de forma recíproca, como frente a los hijos serán nulas y se tendrán como no puestas en el convenio.

Las capitulaciones matrimoniales deben celebrarse en forma escrita, ya sea en escritura pública o en el acta que levante el funcionario que autorice el matrimonio, debiendo contener una lista detallada de los bienes que cada uno de los contrayentes posea al momento de la celebración del matrimonio, la mención de la cantidad de deudas que cada uno tiene y el monto de las mismas, y la declaración emitida por los contrayentes sobre la adopción del régimen matrimonial el cual puede ser:

- a) Comunidad absoluta: Este régimen consiste en que la totalidad de bienes que los contrayentes hayan aportado al matrimonio o adquirido durante éste, pertenecerán al patrimonio conyugal, y si en dado caso el matrimonio se disuelve, todos estos bienes serán divididos a partes iguales.
- b) Separación absoluta: En este caso cada uno de los cónyuges conservará tanto la propiedad como la administración de los bienes que le pertenezcan, y guardará de forma exclusiva los frutos de sus bienes, los sueldos y demás ingresos que produzca.
- c) Comunidad de gananciales: Al adoptar este régimen ambos cónyuges mantienen la propiedad de los bienes adquiridos antes de contraer matrimonio, es decir los bienes privativos; sin embargo, al momento en que se diere la disolución del

matrimonio, dividirán a partes iguales los bienes enumerados en el artículo 124 del Código Civil.

1. “Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales con los respectivos bienes;
2. Los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y
3. Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.”

De tal manera es como se regula lo relativo a las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil guatemalteco, pudiendo distinguir que en la celebración de las mismas concurren tres elementos claros:

- a) Elemento personal: Constituido por la mujer y el varón que contraerán matrimonio y que celebran las capitulaciones matrimoniales.
- b) Elemento real: Que es uno de los principales objetivos que dan lugar a la celebración de capitulaciones matrimoniales, siendo el mismo, establecer el régimen patrimonial que se adoptará en el matrimonio, así como el listado de requisitos de carácter patrimonial que la ley exige.
- c) Elemento formal: Debido a que se deben realizar de conformidad con lo establecido en el Código Civil, es decir de forma escrita ya sea ante notario en escritura pública o en el acta que levante el funcionario que autorice el matrimonio.

CAPÍTULO III

NACIONALIDAD

3.1 Concepto de Nación

Una nación se encuentra compuesta por una colectividad de seres humanos que comparten el mismo idioma, costumbres, historia y tradiciones. La nación puede ser conceptualizada desde diversas perspectivas.

Rousseau, consideró a la nación como: “la voluntad de determinado grupo de personas de permanecer unidos y trabajar en conjunto por la realización de objetivos comunes. Por su parte Mancini establece que: la nación es una sociedad que se forma de manera natural y como consecuencia de compartir el mismo territorio, idioma y cultura, siendo los aspectos esenciales para la formación de la nación los psicológicos, naturales y los históricos”.⁴³

Serra Moret establece que nación es la: “agrupación humana, formada por vínculos históricos y culturales comunes, que tiene su idioma en particular e iguales características étnicas, que habita un territorio determinado y se siente organizada para fines económicos y sociales propios, diferenciados de otros grupos o naciones”.⁴⁴

3.2 Concepto de Estado

La nacionalidad, tal y como se verá más adelante se relaciona directamente con lo que el Estado es, y por tanto es meritorio conceptualizar lo que es el Estado a la luz de diversas disciplinas.

⁴³ Pereznieta Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado parte general*, México, Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2000, Sexta Edición, Pág. 34

⁴⁴ Nación. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Vol. IV, *Op.cit.*, Pág. 507

Para la antropología, manifiesta Lawrence Krader, que el Estado es un simple receptor de la evolución que ha experimentado determinada sociedad, misma que ha creado nexos entre sí.

Por su parte el sociólogo Bluntschli, diferencia categóricamente a la sociedad del Estado, manifestando que si bien es cierto el Estado es el resultado de la evolución de la sociedad, la sociedad en sí no cuenta con los mismos elementos que un Estado, es decir un territorio delimitado, un poder público y un ordenamiento jurídico determinado.

Así mismo, Guillermo Cabanellas, define el Estado, citando a Masci como: “La organización jurídica del pueblo en un territorio determinado, bajo un poder soberano, en virtud de la cual es una personalidad colectiva que se basta a sí misma”.⁴⁵

En conclusión, se puede afirmar que el Estado es una organización política, conformada por una colectividad que se encuentra habitando dentro de un territorio delimitado, misma que cuenta con una legislación y autoridades electas para su gobierno.

3.3 Concepto de nacionalidad

La nacionalidad es aquel vínculo de carácter jurídico y político que establece una relación entre el Estado y sus miembros.

La nacionalidad da origen a obligaciones en doble vía, es decir que el Estado contrae derechos y obligaciones para con los ciudadanos y viceversa, los ciudadanos tienen derechos y obligaciones frente al Estado.

Al establecer el concepto de nacionalidad, se pueden apreciar tres elementos de relevancia: el Estado que otorga la nacionalidad, el individuo receptor de la misma y

⁴⁵ Estado. *Ibid*, Vol. III, *Op.cit.*, Pág.219

el nexo en sí que se establece por medio de la nacionalidad, mismos elementos que a continuación se desarrollan.

3.3.1 Estado otorgante

El Estado es quien otorga la nacionalidad de manera autónoma y soberana; sin embargo, debiendo en todo momento legislar lo relativo a esta materia en consonancia con el Derecho Internacional, sin contravenir ni provocar conflictos con las normas de esta índole.

Hay distintas teorías con respecto a cómo el Estado otorga la nacionalidad. Una afirma que el Estado celebra un tipo de contrato sinalagmático con el individuo a efecto de dotarle de la nacionalidad, donde se manifiesta la voluntad del solicitante de adquirir la misma y así dando origen a una serie de obligaciones de carácter recíproco. Otra teoría es del criterio que la dación de la nacionalidad es un acto puramente unilateral del Estado.

Al contrastar las teorías doctrinarias con el ordenamiento jurídico guatemalteco, cabe destacar que existe cierta similitud entre las anteriormente señaladas, y lo regulado legalmente. Es posible apreciar que al momento de la naturalización sí es relevante la manifestación de la voluntad que posee el solicitante en adquirir la nacionalidad guatemalteca, y a raíz de la voluntad es que se inicia el trámite respectivo; así mismo en el caso de la nacionalidad por nacimiento, es el Estado quien de forma unilateral y automática le otorga la nacionalidad al individuo.

3.3.2 Individuo que recibe

La nacionalidad es un derecho de todo ser humano, debido a que a través de ésta se establece un vínculo con un país determinado. Actualmente en Europa se experimenta un fenómeno interesante a éste respecto, debido a que los países de la Comunidad Económica Europea otorgan un pasaporte común a todos los países miembros de la misma, es decir que habilita un tráfico libre de personas entre los países pertenecientes a dicha comunidad, gozando los individuos de igualdad de

derechos y de libertades en cualquiera de estos países como en el propio. Con la aparición de este fenómeno, algunos sociólogos se atreven a afirmar que es probable la existencia en un futuro, de un vínculo directo con la Comunidad y la existencia subsidiaria de la nacionalidad a determinado país miembro.

Lo descrito anteriormente se aplica a Europa por el esquema ya existente, pero se debe tomar en cuenta que a raíz de los procesos de globalización, la economía es tendiente a regionalizarse y en el mundo se aprecia cada vez más la interdependencia. Debido a esto la estructura actual de Estados es voluble al cambio, notando que desde ya, el concepto de Estado nacional tal y como lo conocemos ya no es un parámetro confiable para analizar la globalización.⁴⁶

3.3.3 Nexo de la nacionalidad

Existen diferentes posiciones acerca del nexo de la nacionalidad. Algunos afirman que el nexo de la nacionalidad es de carácter constitucional, puesto que se contempla su existencia en la Carta Magna del Estado; otros autores sostienen que es de naturaleza puramente administrativa, puesto que su otorgamiento y la regulación de la materia están sujetos al criterio de determinadas autoridades administrativas.⁴⁷

Luego de ambas guerras mundiales, era alto el número de apátridas, y por tal razón los Estados notaron la necesidad de regular en un instrumento de observancia internacional lo relativo a la nacionalidad y como resultado la Sociedad de Naciones en 1930 contempló el deber que tiene todo individuo de poseer una nacionalidad, principio acogido de igual forma en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁶ Pereznieta Castro, Leonel. *Op.cit.*, Pág. 36

⁴⁷ *Ibid.*, Pág. 37

3.4 Antecedentes históricos

La expresión de nacionalidad como tal no es muy antigua; sin embargo se puede apreciar que desde la antigüedad ya existía la figura de un vínculo de pertenencia a cierto grupo. En el Derecho Romano, es bien sabido que los ciudadanos propios de Roma se encontraban regidos tanto en sus actuaciones como en su patrimonio por el *ius civile*, sin importar que se encontraran fuera de Roma, y los extranjeros eran regidos por el *ius gentium*. En esta época la nacionalidad se define en base al *ius sanguinis*, determinando que el hijo nacido del matrimonio legítimamente celebrado tendría la nacionalidad del padre, y el hijo nacido de la simple unión, es decir sin la celebración de nupcias, tendría la nacionalidad de la madre.

En la edad media, los invasores del imperio romano adoptaron gran parte de su legislación, manteniendo la posición que la persona se regía por la ley de su nación sin importar que se encontrare fuera de ella; sin embargo con respecto a la determinación de la nacionalidad de las personas dejaron de lado la aplicación del *ius sanguinis*. Atendiendo al auge de la época feudal, se tenía la idea que la persona era un accesorio de la tierra y por tanto la nacionalidad era determinada por el *ius soli*, es decir el vínculo con la tierra.

Es en la época moderna donde nace el vocablo propio de nacionalidad, específicamente en Francia en el año 1835, pues hasta el año 1789 existía una confusión entre términos, ya que el monarca era considerado la nación, y la nacionalidad se tomaba como el vínculo de lealtad que se le profesaba a éste, y es luego de la Revolución Francesa, con el fin de la monarquía absoluta que se le da un sentido democrático a la palabra nacionalidad y se le define como el lazo que une a los ciudadanos con el Estado al cual pertenecen, en adición con el Código de Napoleón, en 1804, se introdujo en Francia el *ius sanguinis*, el cual establecía que el hijo de francés será francés, sin importar en donde se encuentre.

En oposición a lo ocurrido en la Edad Media, cuando un individuo solamente era capaz de cambiar su nacionalidad si su soberano se lo permitía, en el siglo XIX la

nacionalidad llegó a considerarse como un contrato entre el Estado y el individuo, del cual se generaban obligaciones recíprocas. En el siglo pasado, la situación anteriormente mencionada cambió drásticamente, pues quien otorga la nacionalidad es el Estado, y lo realiza atendiendo a ciertas circunstancias de índole personal o familiar y no de manera arbitraria como en épocas anteriores.⁴⁸

3.5 Efectos

Existen varios efectos que se derivan de la nacionalidad, entre los cuales cabe mencionar:

- Capacita al individuo para reclamar el derecho a protección diplomática del propio país, cuando encontrándose en el extranjero, sus derechos humanos sean vulnerados.
- Da la posibilidad de retorno al país.
- En dado caso se hallare la persona en estado de indigencia, posibilita el derecho de repatriación por parte del Estado.
- Habilita el ejercicio de ciertos derechos, mismo que usualmente están restringidos para las personas extranjeras.
- Otorga al derecho de obtener un pasaporte.
- Otorga determinados derechos políticos.
- Posibilita el derecho de poseer bienes inmuebles en determinadas zonas que por razones de seguridad nacional, se consideran como restringidas y en consecuencia no pueden ser adquiridas por extranjeros.
- Posibilita para el desempeño de funciones públicas.
- Señala los deberes militares.⁴⁹

⁴⁸ Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, México, Editorial Porrúa S.A., 1986, Octava Edición, Pág. 144

⁴⁹ Larios Ochaíta, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, Guatemala, Editorial Maya'Wuj, 2013, Octava Edición, Pág. 94

3.6 Determinación de la nacionalidad

En la actualidad no existe un único criterio para la determinación de la nacionalidad, los Estados alrededor del mundo se han dividido en dos grandes corrientes para la determinación de la nacionalidad:

- a) *Ius soli*: Correspondiendo al criterio de determinación de la nacionalidad por el territorio en donde se dio el nacimiento del individuo, encontrando sus orígenes en la época feudal, donde la dominación de la tierra era primordial dentro de la sociedad.

Los argumentos que respaldan a esta corriente de determinación de nacionalidad son:

1. El entorno dentro del cual un individuo se desenvuelve determina todos los aspectos de su vida. Puede agregársele que si bien es cierto el medio ambiente es determinante, también lo es el ambiente familiar y las costumbres que se practiquen dentro del hogar.
2. Se afirma que de la totalidad de una familia, el menor de los hijos nacido en territorio diferente al de la nacionalidad de los padres es más nacional del Estado en el que nació que del Estado del cual son originarios los padres, puesto que es en el primero donde forma su personalidad y mentalidad y por lo tanto debe adquirir la nacionalidad del Estado en el cual nació. Al igual que en el argumento anterior, no debe dejarse de lado el aporte que se recibe en el hogar con respecto a la formación personal.
3. Si se toma como regla general el *ius sanguinis*, la nacionalidad e identidad de determinado Estado que sea receptor de un flujo constante de inmigrantes, corre peligro.

- b) *Ius sanguinis*: Es decir quienes determinan la nacionalidad del hijo atendiendo a la nacionalidad de los padres, es decir que el vínculo de sangre es el que determina la pertenencia a determinado Estado.

Existe un gran número de argumentos que brindan respaldo a la determinación de nacionalidad en virtud de los vínculos de sangre, los mismos que se exponen a continuación:

1. Los padres transmiten al hijo por medio de la sangre las cualidades raciales del país al que los primeros pertenecen. Esta teoría también ha tenido detractores, quienes afirman que las cualidades raciales no se transmiten por virtud del vínculo sanguíneo, sino que la persona adopta características culturales e intelectuales en relación al lugar en donde se desarrolla.
2. La relevancia que el Estado tiene en la persona no es comparable al papel que ocupa el padre en el desarrollo del individuo. Teoría que cuenta con toda validez hasta que el hijo tenga la plena capacidad de decisión.
3. La posibilidad de quebranto del vínculo familiar en virtud de tener los integrantes del núcleo diferentes nacionalidades. Cuya oposición afirma que la unidad familiar como tal, se caracteriza por tener una firmeza categórica, misma que no amerita el quebrantamiento por tal hecho.
4. Por medio del vínculo sanguíneo se transmite la herencia genética de generación en generación, y es bien sabido que la educación inicial y base de todo ser humano se recibe en el hogar y por tal razón este vínculo es suficiente para determinar la nacionalidad. No pudiendo dejar de lado la influencia ambiental, que siempre existirá, sobre el comportamiento del individuo.

Tanto el *ius sanguinis* como el *ius soli* atienden a la imposibilidad del recién nacido de expresar su voluntad con respecto a la nacionalidad que desea adquirir. Los

Estados al adoptar la política de dación de nacionalidad con respecto a una u otra corriente deben tomar en cuenta ciertos aspectos como:

- El interés que manifieste el Estado de los progenitores con respecto a la nacionalidad de los hijos de éstos.
- El interés que manifieste el Estado, en cuyo territorio ha ocurrido el nacimiento de un hijo de padres extranjeros.
- El interés que manifiesten los padres con respecto a la nacionalidad de sus hijos.
- El interés del individuo, cuando alcance la capacidad legal para actuar, con respecto a la elección de la nacionalidad que desea para sí.⁵⁰

El *ius soli* es adoptado por casi la totalidad de Estados americanos, con ciertas diferencias, atendiendo al ordenamiento jurídico de cada cual, algunos siguiéndolo en sentido estricto y otros condicionándolo a su situación particular. Así mismo, el *ius sanguinis* es adoptado por casi la totalidad de Estados Europeos.

Guatemala adopta una modalidad de *ius soli*, con la salvedad que da la opción al individuo nacido en la República cuyos padres son de origen extranjero, para que al momento de cumplir la mayoría de edad opte de forma voluntaria sobre la nacionalidad que desea poseer, pudiendo ser la nacionalidad guatemalteca o la de origen de sus padres.⁵¹

3.7 Diferencia entre nacionalidad y ciudadanía

Con relación a la nacionalidad y ciudadanía, Guillermo Cabanellas, citando a Santamaría de Paredes, establece que: “La nacionalidad expresa, en general, la

⁵⁰ Arellano García, Carlos. *Op.cit.*, Pág. 155

⁵¹ Larios Ochaíta, Carlos. *Op.cit.*, Pág. 93

calidad de pertenecer a una nación; y la ciudadanía, la de ser miembro activo del Estado, para el efecto de tomar parte en sus funciones”.⁵²

La principal diferencia entre la nacionalidad y la ciudadanía estriba en determinados efectos que a continuación se señalan:

Los principales efectos de la ciudadanía son:

- La introducción del individuo a la sociedad política de un país.
- La calidad de ciudadano no se opone a la calidad de extranjero dentro de un Estado.
- Constituye fuente de estado.

Anteriormente se han indicado los efectos de la ciudadanía; sin embargo, los principales efectos de la nacionalidad que la distinguen aquella son:

- La introducción del individuo a la sociedad civil.
- No pueden conjugarse la calidad de nacional y extranjero en una misma persona dentro de un Estado.
- No constituye fuente de estado, sino constituye fuente de derechos y obligaciones.

Luego de señalar las principales diferencias, se puede concluir que la nacionalidad y la ciudadanía definitivamente son calidades distintas, no son excluyentes una de la otra pero al mismo tiempo el tener la una no implica contar con la otra.

La totalidad de Estados demandan como requisito esencial para el ejercicio de los derechos que otorga la ciudadanía, contar con la nacionalidad. Siendo los derechos mínimos que la ciudadanía otorga:

⁵² Ciudadanía. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Vol. II, *Op.cit.*, Pág. 153

- Derecho a elegir y ser electo mediante el voto.
- Derecho a optar a cargos públicos.
- Derecho a impulsar una iniciativa de ley.
- Derechos a realizar peticiones políticas.
- Derecho de reunirse políticamente.
- Derecho de asociación con fines políticos.⁵³

En resumen, es necesario reconocer que los términos de nacionalidad y ciudadanía han sido confundidos generalmente e incluso han llegado a utilizarse como sinónimos; sin embargo, luego de los puntos anteriormente expuestos, es posible llegar a comprender que la nacionalidad es aquel vínculo jurídico que une a una persona con un Estado y por otra parte la ciudadanía implica la capacidad que tiene la persona de ser agente activo dentro de las actividades y funciones del referido Estado, tanto siendo sujeto de derechos, como el de elegir y ser electo o de optar a cargos públicos, como de las obligaciones que se deriven, por ejemplo la de prestar servicio militar. Así mismo, cabe destacar que no todos los nacionales pueden ejercer los derechos o son sujetos de obligaciones de ciudadanos. Partiendo del ejemplo anterior de elegir y ser electo, una persona que goce de nacionalidad guatemalteca, pero aún no haya cumplido la mayoría de edad, no puede hacer valer este derecho de ciudadano.

En conclusión, puede afirmarse que la nacionalidad parte de un concepto más histórico atendiendo al nacimiento de una persona en determinado territorio, si fuere el caso, o en la pertenencia y vinculación de esta persona a determinada Nación, ya sea en virtud del *ius sanguinis* o el *ius soli*. Enfocándose la ciudadanía por su parte, al vínculo de carácter político que une a determinada persona con un Estado en específico.

⁵³ Larios Ochaita, Carlos. *Op.cit.*, Pág.121

3.8 Naturalización

La naturalización puede definirse como aquel: “Medio de carácter civil y político por el cual los extranjeros adquieren los privilegios y derechos que pertenecen a los naturales del país; o sea, la nacionalidad por concesión, basada en determinadas circunstancias que aconsejan la asimilación. Por lo general se exige expresa renuncia a la nacionalidad de origen o anterior”.⁵⁴

Por su parte la Constitución Política de la República de Guatemala a este respecto estipula en su artículo 146 que los guatemaltecos naturalizados, serán sujetos de los mismos derechos que les corresponden a los guatemaltecos de origen, a excepción de las limitaciones expresamente establecidas en la referida Constitución.

3.8.1 Clases

La legislación guatemalteca contempla dos clases de naturalización: la concesiva y la declaratoria, también llamada declarativa, mismas que a continuación se desarrollan.

55

- a) Naturalización concesiva: Encuentra su fundamento legal en el artículo 146 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en los artículos del 32 al 38 y del 51 al 60 de la Ley de Nacionalidad.

La solicitud debe presentarse ante el Gobernador departamental correspondiente para que allí sea diligenciado el proceso, debiendo ésta reunir los requisitos formales y materiales que posteriormente se indicarán.

La naturalización de tipo concesiva encuentra su origen en el domicilio aunado con cualquiera de las posibilidades siguientes:

⁵⁴ Naturalización. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Vol. IV, *Op.cit.*, Pág. 517

⁵⁵ Larios Ochaíta, Carlos. *Op.cit.*, Pág. 98

1. Haber establecido su residencia en la República durante cinco años anteriores a la solicitud, sin haberse ausentado del país por un plazo mayor a seis meses consecutivos, o por períodos menores cuya suma den un año o más.
 2. Estar el solicitante domiciliado en Guatemala y residir en el país por períodos, cuya suma comprenda al menos diez años.
 3. Tener domicilio y residencia en el país por dos años, debiendo tal período ser inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud y sin haberse ausentado por más de un mes, o períodos cuya suma resulte mayor a los dos meses y que además concorra alguno de los siguientes casos:
 - Haber prestado servicio importante en el área económica, social o cultural y cuyo aporte, considere el Organismo Ejecutivo, sea relevante y por tanto digno de ser tomado en cuenta.
 - Haber residido en un país centroamericano previo a su llegada a Guatemala, por el plazo de tres años.
 - Ostentar reconocimiento por méritos artísticos, científicos o filantrópicos.
 - Ser el solicitante apátrida o de nacionalidad indeterminada.
- b) Naturalización declaratoria o declarativa: Su asidero legal se encuentra en los artículos 144 y 145 del texto constitucional y en los artículos del 40 al 60 de la Ley de Nacionalidad. Doctrinariamente encuentra su fuente tanto en el ius sanguinis como en el ius soli.

3.8.2 Órgano competente

El ordenamiento jurídico guatemalteco establece como órgano competente para conocer todo lo relativo a la naturalización al Ministerio de Relaciones Exteriores, y en consecuencia toda solicitud o trámite que se realice sobre esta materia deben dirigirse hacia este Ministerio. En dado caso se encuentre la persona en el extranjero y sea necesaria la realización de alguna diligencia con relación a temas de nacionalidad, la documentación puede presentarse a las Embajadas o Consulados guatemaltecos en el extranjero.

3.8.3 Trámite para solicitantes residentes en el extranjero

El trámite que a continuación se detalla, es aplicable a la naturalización de tipo declaratoria, es decir, los hijos de padres que sean guatemaltecos y que se encuentren fuera de la República de Guatemala, mismo que se realiza de la siguiente manera:

- a) Los guatemaltecos naturales residentes en Guatemala y los residentes en el extranjero pueden presentar la solicitud respectiva ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, o en su caso ante la Embajada o Consulados guatemaltecos que se encuentren en el extranjero.

- b) Los guatemaltecos residentes en el extranjero pueden actuar por medio del otorgamiento de un mandato especial con representación a un mandatario también guatemalteco, quien representará al mandante en todas las actuaciones, a excepción de lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley de Nacionalidad, en el cual se estipula que: “La opción por la nacionalidad guatemalteca, el juramento de fidelidad a Guatemala y la renuncia a la nacionalidad extranjera, son actos personalísimos para los que no se puede ejercer representación”.

- c) La solicitud a presentar debe cumplir con los siguientes requisitos:
 1. La designación del funcionario ante quien se van a tramitar las presentes diligencias;
 2. Las generales de ley del solicitante;
 3. Señalar lugar para la recepción de notificaciones;
 4. Citar las leyes en las que fundamenta su petición;
 5. Lugar y fecha;
 6. Debe contener la ratificación, a excepción que el trámite sea con objeto de recuperación de nacionalidad, o que de pleno derecho le corresponda la nacionalidad guatemalteca.

- d) Las diligencias se desarrollan de la siguiente manera, el funcionario recibirá la solicitud, pruebas, la opción (cuando corresponda), el juramento respectivo y la renuncia de la nacionalidad extranjera. Luego de recibida toda la documentación enunciada, se corre audiencia a la Procuraduría General de la Nación, y se remite el expediente para la resolución final.⁵⁶

3.8.4 Trámite para solicitantes residentes en la República

El trámite que a continuación se describe es aplicable a la naturalización concesiva, para solicitantes extranjeros que residan en Guatemala.

- a) La solicitud debe presentarse ante la Gobernación departamental correspondiente.
- b) La solicitud debe reunir los requisitos siguientes:
1. La designación del funcionario al cual se dirige la solicitud;
 2. Las generales de ley del solicitante;
 3. Señalar lugar para la recepción de notificaciones;
 4. La dirección en la cual el solicitante ha establecido su residencia;
 5. La cita de leyes en las cuales funda la petición, citando el artículo 146 de la Constitución Política de la República de Guatemala y los numerales correspondientes del artículo 33 de la Ley de Nacionalidad;
 6. Lugar y fecha.
- c) Además de los requisitos de forma que debe contener la solicitud, ésta debe acompañarse con la siguiente documentación:
1. Certificación de extranjero residente, expedida por la Dirección General de Migración;
 2. Certificación expedida por el Registro Nacional de las Personas, que lo acredite como extranjero domiciliado;

⁵⁶ *Ibid.* Pág. 97

3. Certificación de movimiento migratorio, expedido por la Dirección General de Migración;
4. Certificación de antecedentes penales;
5. Certificación de antecedentes policíacos;
6. Certificación de nacionalidad, expedida por el Estado de origen y razonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores;
7. Documentos que acrediten la solvencia económica del solicitante;
8. Comprobante de pago del impuesto de extranjería, o documento en el cual se haga constar que el solicitante se encuentra exento del pago en cuestión;
9. El pasaporte original, mismo que quedará en depósito por el plazo que dure el trámite;
10. Boleto de ornato;
11. Proposición de dos testigos plenamente identificados y señalando lugar para que sean notificados;
12. De haber necesidad, adjuntar certificación de identificación de nombres.

d) Al momento de resolver la Gobernación departamental debe:

1. Ordenar que la solicitud presentada sea ratificada por el interesado;
2. Mandar a escuchar a los testigos que se han propuesto;
3. Ordenar las publicaciones de ley, debiendo realizarse en el plazo de treinta días hábiles;
4. Solicitar a la Policía Nacional Civil informe respectivo sobre la investigación realizada acerca del solicitante, en relación a sus medios de subsistencia y el comportamiento que ha mantenido en Guatemala.
5. Nombrar la terna encargada de evaluar los conocimientos del solicitante, tanto en el aspecto histórico, lingüístico y gramatical, así como en el cívico.

e) Una vez cumplido con el trámite anterior y finalizado las diligencias respectivas, debe trasladarse el expediente al Ministerio de Relaciones Exteriores.

- f) Una vez recibido el expediente, el Ministerio de Relaciones Exteriores corre audiencia a su asesoría jurídica y a la Procuraduría General de la Nación. Evacuadas las audiencias, y de ser viable, resuelve tomar el juramento del solicitante y conceder la nacionalidad y en consecuencia hacer efectiva la emisión del certificado de nacionalidad.

Y es así como se da fin al trámite de solicitud de nacionalidad, el cual generalmente tiene una duración de entre uno y dos años. Es común que los países prevean un trámite no muy accesible para la obtención de nacionalidad, y con una serie de requisitos cuyo cumplimiento es estrictamente obligatorio para cada Estado; no obstante uno de los requisitos de general exigencia es haber obtenido previamente la calidad de residente, y que haya habitado en el país al cual se le está solicitando la nacionalidad, por lo menos cinco años.⁵⁷

Luego de describir el trámite para solicitantes de nacionalidad residentes en el extranjero que fueren hijos de padres guatemaltecos, es decir naturalización de tipo declaratoria, y el trámite para solicitantes extranjeros residentes en la República, es decir naturalización concesiva, puede advertirse que es más complejo el trámite de la segunda, no sólo por los pasos a seguir, sino por los requisitos que el solicitante debe presentar. En la naturalización de tipo declaratoria, una vez cumplidos los requisitos de la solicitud, los cuales ya se han descrito con anterioridad, el funcionario dará audiencia a la Procuraduría General de la Nación, y luego de la misma se remite el expediente respectivo para emitir la resolución final. Caso contrario sucede con la naturalización concesiva, donde se demandan una serie de requisitos al presentar la solicitud inicial además de un gran número de documentos y pruebas respectivas. Así mismo, se hacen publicaciones en el diario oficial, se le hace una investigación sobre su forma de vida, entre otras diligencias, luego se remite al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Procuraduría General de la Nación para que se evacúen las audiencias respectivas.

⁵⁷ *Ibid.*, Pág. 98

No cabe duda que la naturalización de tipo concesiva, al momento de legislarse, se estipuló una serie de requisitos adicionales para garantizar la plena identificación del solicitante, así como el correcto actuar del mismo a lo largo de su estadía en la República, y siendo la nacionalidad, uno de los Derechos principales que guarda un Estado, éste, a través de los órganos correspondientes, debe asegurarse que el solicitante se encuentre plenamente convencido de adquirir la nacionalidad guatemalteca y plenamente consciente de los derechos y obligaciones que contrae al hacerlo.

3.9 Pérdida de la nacionalidad guatemalteca

El artículo 53 de la Ley de Nacionalidad expone que las causas que dan lugar a la pérdida de la nacionalidad guatemalteca son: el transcurso de cuatro años de ausencia de la República por parte del guatemalteco naturalizado y lo contenido en el artículo 9 de la Constitución vigente en ese momento, que corresponde a la promulgada en el año 1965, la cual estipulaba que se perdía la nacionalidad guatemalteca, entre otras:

- Naturalización por voluntad propia en país extranjero, a excepción de ser otro país centroamericano.
- Por haber cometido, el guatemalteco naturalizado, el delito de traición a la Patria, o por haber negado su nacionalidad guatemalteca en algún documento público o por la utilización de pasaporte extranjero.
- Por revocatoria.

En el artículo 53 del referido cuerpo legal, también se establece que para los presupuestos de pérdida de nacionalidad existen determinadas excepciones:

- a) En dado caso, la naturalización se trate por razón del matrimonio.

- b) Si existiere un tratado o convenio internacional que se encontrare vigente y en el cual la persona estuviere amparada.
- c) Si se ausentare de la República por prestarle servicio a la misma.
- d) Si se lograre acreditar que la persona estableció su residencia en otro país centroamericano.
- e) En caso de ser la ausencia por motivo de fuerza mayor.
- f) Si existiere autorización por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores.

De igual forma la nacionalidad puede perderse por revocatoria, causales determinadas en la Ley de Nacionalidad, siendo las siguientes:

- a) Si el naturalizado participare en actividades que atenten en contra de la seguridad interior o exterior del Estado y contra el orden público o las instituciones de carácter social, sin importar la existencia o inexistencia de proceso judicial.
- b) En dado caso el naturalizado invoque soberanía extranjera frente al Estado de Guatemala.
- c) Si el naturalizado se negare, sin justificación alguna a defender o prestar servicio al país, o contraviniera los deberes propios del ciudadano guatemalteco.
- d) Si se llegare a descubrir que el naturalizado tiene antecedentes graves, exceptuando cuando esto fuera conocido luego de cinco años de la naturalización, y durante ese lapso de tiempo hubiere mantenido una conducta correcta.
- e) Si la naturalización hubiera sido por razón de matrimonio, se revocará si se declara judicialmente la nulidad del matrimonio o insubsistencia del vínculo

matrimonial, siendo el caso que el cónyuge naturalizado hubiera actuado de mala fe al momento de contraer nupcias; o si se lograre establecer que al momento de haber presentado la solicitud de naturalización, existía ya demanda de divorcio, toda vez que por medio de sentencia firme sea declarado disuelto el vínculo matrimonial y el culpable de tal situación hubiere sido el cónyuge naturalizado.

f) Si las personas obligadas no realizaren la manifestación correspondiente dentro del plazo legal otorgado para el efecto. Es importante señalar que en contra de la resolución de revocatoria de nacionalidad caben los recursos de nulidad legales que sean pertinentes.

g) Por haber cometido fraude en materia de nacionalidad.

Como se puede apreciar, si bien en cierto en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 15 establece que toda persona tiene Derecho a tener una nacionalidad y que ésta no puede perderse arbitrariamente, esto significa que no puede perderse por la mera voluntad del Estado; sin embargo, puede perderse o revocarse, en su caso, por determinadas causas, mismas que son eminentemente justificativas para causar esta consecuencia, siendo atribuibles al propio sujeto, cuando haya cometido alguna de las acciones u omisiones detalladas anteriormente.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LA ADOPCIÓN DE NACIONALIDAD AL MOMENTO DEL MATRIMONIO

4.1 Introducción

El Código Civil guatemalteco, Decreto-Ley 106 determina en su 87 lo siguiente: “La guatemalteca casada con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que quiera adoptar la de su cónyuge, en cuyo caso deberá hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales”.

Se puede observar, en el referido cuerpo legal que se estipula lo relativo a la posibilidad que tiene la mujer de adoptar la nacionalidad de su cónyuge haciéndolo constar en las diligencias matrimoniales, no estipulando la misma situación para el hombre, por tal razón es imprescindible realizar un estudio minucioso de tal articulado y examinarlo a la luz de lo establecido en la Carta Magna, relativo al derecho de igualdad, con el objeto de determinar la constitucionalidad del artículo 87 del Código Civil guatemalteco.

4.2 Derecho de igualdad

4.2.1 Antecedentes

La palabra igualdad encuentra su raíz en el latín “aequalitas y significa conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad.”⁵⁸ Desde el inicio de la civilización misma y la constitución de las diversas sociedades, se ha podido observar el fenómeno de la discriminación, misma que se desarrolla por diversos factores, siendo los más comunes el factor racial, económico, académico, religioso y sexual. Durante un gran lapso de tiempo el derecho de igualdad y su regulación

⁵⁸ García Pocasangre de Barrera, Gradys Maritza. *Violación de Derecho de Igualdad por la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, Guatemala, 2011, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Pág. 67

quedó a discreción de cada región o país; sin embargo la regulación internacional sobre este derecho humano tuvo lugar en el siglo XVII, como una manifestación de desacuerdo contra la ideología absolutista dominante hasta esa época.

Luego de este acontecimiento se observan diversas manifestaciones de la garantía del resguardo del derecho de igualdad para todos por igual, tal y como se expone a continuación:

- El 4 de julio de 1776 en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos Americanos se establece que: “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derecho, las distinciones sociales solo pueden fundamentarse en utilidad común”.⁵⁹
- Así mismo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 1 regula que: “Se sostiene como evidentes estas verdades al decir: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados de su Creador de ciertos derechos inalienables...”⁶⁰

El Derecho es tan antiguo como la organización social misma; sin embargo, no era contemplado desde sus inicios el derecho de igualdad, ya que al remitirse a la historia puede apreciarse que la esclavitud existe desde épocas inmemorables, siendo uno de los primeros antecedentes escritos de esta práctica el Código de Hammurabi. Así mismo, en la antigüedad al existir guerras entre ciudades, la ciudad vencedora tomaba como esclavos a los vencidos, siendo esto aceptado y practicado tanto en ciudades como Egipto y Grecia como en los pueblos mayas. De igual forma puede hacerse mención de lo ocurrido en Roma, donde los esclavos no solamente eran utilizados como servidumbre sino se les obligaba a combatir, en muchos casos hasta la muerte, con el único objeto de entretener al pueblo y obtener ganancias.

⁵⁹ Coyoy Sacalxot, Marco Antonio. Violación al derecho de igualdad al condicionar el derecho del cónyuge varón al reclamar de la cónyuge mujer pensión alimenticia, Guatemala, 2012, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Pág. 22

⁶⁰ *Loc. cit.*

Como se observa claramente, el derecho de igualdad ha ido evolucionando a través del tiempo, hasta consolidarse ahora como un derecho inherente a la persona, consagrándose tanto en la legislación internacional, como en el ordenamiento jurídico interno de los países alrededor del mundo.

En la actualidad, el Derecho de Igualdad puede concebirse como un derecho de doble cara⁶¹, en cuanto proporciona fundamento legal para exigirle al Estado por un lado el tratamiento igual de todos los seres humanos y por el otro, un tratamiento preferencial, por así llamarlo, de ciertos grupos sociales que a lo largo del tiempo han sufrido determinados vejámenes, conocido este último como discriminación positiva, tema que posteriormente será desarrollado en el presente capítulo.

4.2.2 Definición

Guillermo Cabanellas define el derecho de igualdad como: “En materia procesal, el que establece igual trato, e iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones, en la tramitación de los juicios, a un lado la diversa especie de demandante y demandado y las actitudes adoptadas en el procedimiento o derivadas de la pasividad o ausencia. En lo previsional, la uniformidad de criterio en cuanto a obligaciones y derechos pasivos, sin diferenciaciones clasistas, raciales, de sexo, creencia religiosa, ideas políticas o sindicales.”⁶²

De igual forma puede afirmarse que el derecho de igualdad es aquel: “principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas cualidades esenciales –comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad en sí misma, con independencia de factores accidentales, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las

⁶¹ Leiva Fadic, Felipe. “La deformación del Derecho fundamental a la igualdad un argumento en contra de la exigibilidad directa de la igualdad de hecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, S/NV, Publicación número 7, Chile, 2006, S/E, Pág. 224

⁶² Principio de Igualdad. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Vol. V, *Op.cit.*, Pág. 413

relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico.”⁶³

Así mismo puede definirse como: “aquel derecho genérico, concreción y desarrollo del valor igualdad, que supone no sólo el reconocimiento por parte de las normas jurídicas del principio de no discriminación a la hora de reconocer y garantizar los derechos, sino además el cumplimiento social efectivo de la misma.”⁶⁴

En conclusión puede afirmarse que el derecho de igualdad es inherente al ser humano, por medio del cual se garantiza la equidad de derechos adquiridos y de obligaciones que posee toda persona por igual dentro de la sociedad y frente a la ley, amparado por su regulación en la legislación, tanto nacional como internacional.

4.2.3 Clasificación

4.2.3.1 Igualdad formal

También conocida como igualdad frente a la ley, misma que asume relevancia en la revolución burguesa del siglo XVIII, la cual tenía como objeto principal ponerle fin a los privilegios que cierta clase poseía en la época feudal.⁶⁵

La igualdad formal se orienta a garantizar a los sujetos la correcta y equitativa aplicación de las normas jurídicas establecidas y por lo tanto la ausencia de privilegios al momento de hacer efectivas las normativas. Es decir que debido al carácter de observancia general que poseen determinadas normas, todos los sujetos a ellas deben cumplirlas tal y como allí se estipulan, relacionándose así el principio de igualdad con el de legalidad.

⁶³ García Pocasangre de Barrera, Gradys Maritza. *Op. cit.*, Pág. 67

⁶⁴ García Rodas de Girón, María Virginia. *Violación al derecho de igualdad en la contratación de empleados*, Guatemala, 2008, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Pág. 14

⁶⁵ Carmona Cuenta, Encarnación. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, S/NV, Publicación número 84, España, abril-junio 1994, S/E, Pág. 266

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que en la actualidad existen ciertas circunstancias de carácter especial que son meritorias de tratamiento desigual, por tal razón la igualdad formal no debe ser concebida rígidamente.

4.2.3.2 Igualdad material

También llamada igualdad real, que consiste en una nueva interpretación de la igualdad formal desde el Estado social de Derecho, misma que se originó en Europa.⁶⁶

La igualdad material consiste en la no discriminación dentro de las relaciones que se sostienen en la sociedad, es decir evitar las desigualdades que puedan surgir por situación referente a la raza, género, cultura, etcétera.⁶⁷

4.2.4 Discriminación positiva

Previo a entrar de lleno a lo que en es en sí la discriminación positiva, es preciso conceptualizar la palabra discriminar, cuyo significado es: “Tratar con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales”,⁶⁸ es decir, hacer una diferenciación peyorativa entre personas que no comparten las mismas calidades que las propias, existiendo esta práctica desde tiempos inmemorables.

El término discriminación positiva, es utilizado en Gran Bretaña entre los años 1960 y 1970, para delimitar qué áreas deberían ser las prioritarias en recibir educación, al mismo tiempo que en Estados Unidos se realizaba el proyecto de mezcla entre los niños pertenecientes a diversos sectores escolares, con el fin de la interacción étnica y así favorecer la aceptación desde pequeños de personas de diferente condición social, raza y religión.⁶⁹

⁶⁶ *Ibid.*, Pág. 271

⁶⁷ Coyoy Sacalxot, Marco Antonio. *Op. cit.*, Pág. 24

⁶⁸ Discriminar. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Vol. II, *Op.cit.*, Pág. 737

⁶⁹ Estrada Escobar, Lilian Gabriela. *La discriminación al Derecho de trabajo por la religión en la ciudad capital de Guatemala del año dos mil dos, constituye una violación a la Constitución, las*

La discriminación positiva encuentra su razón de ser en el Derecho antidiscriminatorio, surgiendo como consecuencia de las protestas llevadas a cabo tanto por la población de origen afroamericano como por otras minorías establecidas en los Estados Unidos de América en los años sesenta.

Por tal motivo se conceptualiza el referido término como una respuesta para frenar el fenómeno de discriminación cada vez más común dentro de la sociedad en general, mismo que se caracteriza por una creciente violencia y división entre diversos grupos o sectores.⁷⁰

La discriminación positiva, o también llamada discriminación inversa, puede ser definida como: “el reconocimiento normativo, tanto estatal como internacional, de ciertas medidas que suponen un trato desigual favorable para aquellas personas que sufren una situación de discriminación por razones económicas, de nacionalidad, sexo o de insuficiencia física”⁷¹, es decir el conjunto de medidas que al correr del tiempo se han tomado tanto dentro de determinados países como a nivel internacional con el objeto de lograr una equidad entre un grupo social y otro menos favorecido, mismo que a través de este medio puede equiparar su desigualdad; guardando ésta, íntima relación con el derecho de igualdad y la búsqueda constante de su correcto ejercicio.

4.2.5 Regulación legal en Guatemala

El artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala ampara el derecho de igualdad al preceptuar que: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona

normas laborales, convenios internacionales y Derechos Humanos, Guatemala, 2011, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Pág. 35

⁷⁰ Universidad del País Vasco. Barrère Unzueta, M^a Angeles, Universidad del País Vasco/EHU, *Igualdad y “Discriminación Positiva”: Un esbozo de análisis teórico-conceptual*, España, S/A, <http://www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf>, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014.

⁷¹ Oficina de servicios legislativos Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Torres Torres, Aníbal José, Oficina de asuntos de la juventud, *Ponencia del P. de la C. 1318*, Puerto Rico, 2001, <http://www.oslpr.org/2001-2004/B232FWYE.pdf>, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014.

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

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos también contempla el Derecho de igualdad, específicamente en los artículos 1, 2 y 7, mismos que en las partes conducentes señalan respectivamente: “Todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos (...); “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.(...)”; “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho igual de protección de la ley (...) contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Así mismo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 24 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Tal y como puede apreciarse la importancia del derecho de igualdad es tal, que se regula en similitud de condiciones tanto a nivel nacional como internacional, con el objetivo de garantizar su protección y cumplimiento en las diversas esferas en las que el ser humano pueda desenvolverse sin importar su raza, religión, sexo y ninguna otra circunstancia.

No obstante lo anteriormente señalado, cabe resaltar que no ha sido posible lograr un perfecto equilibrio al momento de la aplicación de estas normas, puesto que si se retrocede en el tiempo, se puede observar un modelo social eminentemente machista, donde el hombre gozaba de muchos más derechos que las mujeres en el campo laboral, político e incluso dentro del mismo hogar; sin embargo fue en el siglo XVIII donde surgió el movimiento feminista, mismo que se enfoca en el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, y en consecuencia la

equidad en derechos, logrando grandes avances como por ejemplo el derecho a emitir el voto. Aunque es menester señalar que este movimiento habiendo nacido como una respuesta a la sociedad opresora de los derechos de las mujeres y en búsqueda de la igualdad entre ambos géneros, posteriormente fue tomando una postura radical, que busca superar la igualdad y en consecuencia se estaría ante un fenómeno similar al machismo, al intentar ser sujetos de mayores prerrogativas que las dadas a los varones.

Actualmente puede observarse que si bien es cierto, dentro de ciertas esferas sociales, lamentablemente, se continúa viviendo en un modelo relativamente machista, es posible apreciar la inclusión de ambos géneros en la vida social, de una forma, en su mayoría, armónica.

4.3 Adquisición de nacionalidad por matrimonio

La institución del matrimonio dentro del Derecho Internacional es de suma importancia debido a que la familia en sí es el origen de la existencia de todos los Estados alrededor del mundo, así mismo la institución de la familia se encuentra regulada en todos los ordenamientos jurídicos existentes, aunque cada Estado norma diversas situaciones que les son de interés respecto a esta institución.

Actualmente el mundo experimenta la era de las comunicaciones. Existe un desplazamiento masivo de personas entre un Estado y otro ya sea por situaciones económicas, por nuevas oportunidades de empleo o simplemente por diversión y esto ha dado como resultado el matrimonio, cada vez más frecuente entre personas de diferentes nacionalidades.

Como resultado de las migraciones y las relaciones interpersonales que se entablan con individuos pertenecientes a diversas nacionalidades, culminando algunas de ellas en matrimonio, esta institución jurídica se ha convertido en una de las que mayores conflictos ha representado al Derecho.

Por la relevancia que cobra el matrimonio a nivel internacional es menester establecer una definición de tal institución que sea propia de la misma, tratando de independizarla de los conceptos civilistas y religiosos ya establecidos sin dejar de lado el carácter jurídico que le atañe. De tal manera puede definirse el matrimonio como aquel acto jurídico de carácter bilateral por medio del cual un hombre y una mujer se unen con el objeto de ayuda mutua y perpetuar la especie.⁷²

De igual forma, el autor Alejandro Montiel Argüello señala que matrimonio: “Es un tipo de unión entre hombre y mujer que tiene efectos legales más sólidos que cualquier otro”.⁷³

Derivado de esto puede interpretarse que el matrimonio ante el Derecho Internacional es la unión entre un hombre y una mujer cuyo objeto es formar una familia y permanecer juntos, regido bajo la regulación jurídica interna que cada país haga al respecto.

4.3.1 Regulación nacional sobre el matrimonio entre nacional y extranjero

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, comprendiendo el Código Civil, Ley de Migración y Extranjería y la Ley del Organismo Judicial, se contemplan diversas formas de matrimonio, es decir entre ambos cónyuges de nacionalidad extranjera, de extranjero con guatemalteca, y de extranjera con guatemalteco. Así mismo al celebrarse un matrimonio en el extranjero, se tendrá como válido en territorio guatemalteco, siempre y cuando hayan sido observados los requisitos formales que regula el país en el cual se ha llevado a cabo la celebración, solamente se exceptúan aquellos matrimonios en los cuales hubiere existido alguno de los impedimentos que se encuentran regulados en la legislación guatemalteca y que vayan en contra de la moral, las buenas costumbres o atente contra el orden público.

⁷² Larios Ochaíta, Carlos. *Op.cit.*, Pág.141

⁷³ Yol Tzib, Claudia Leticia. *Violación a los Derechos Humanos de libertad e igualdad de la mujer por el artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado*, Guatemala, 2006, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Pág. 51

Para la autorización de un matrimonio, la legislación guatemalteca exige una serie de requisitos formales, los cuales deben ser cumplidos a cabalidad por los contrayentes y por el notario, mismos que serán observados antes, durante y luego de la celebración del matrimonio; sin embargo, para el matrimonio con una persona de origen extranjero deben cumplirse una serie de requisitos adicionales en cada etapa, mismos que a continuación se detallan:

a) Antes del matrimonio:

- La persona extranjera debe probar su identidad personal con el pasaporte y la certificación de partida de nacimiento, misma que debe ser extendida por el Registro Civil del país del cual provenga.
- Debe de probar su estado civil de soltería por medio de declaración jurada, misma que debe ser autenticada por las autoridades diplomáticas o consulares del país de origen, tal y como lo exige la Ley de Migración y Extranjería en su artículo 64.
- Se deben publicar edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación en tres ocasiones durante quince días, sobre la intención que posee de contraer matrimonio. Las referidas publicaciones tendrán efecto durante el plazo de seis meses, de transcurrir este plazo y no haberse celebrado el matrimonio, éstas deben hacerse de nuevo, tal como señala el artículo 96 del Código Civil.
- El artículo 118 del Código Civil establece la obligación de celebrar capitulaciones matrimoniales cuando la mujer sea de nacionalidad guatemalteca.

b) Durante el matrimonio:

Durante la celebración del matrimonio, si fuere el caso que el contrayente extranjero no dominare el idioma español, es decir no lo hablare ni entendiere, debe de ser auxiliado por un intérprete, así mismo en el acta debe dejarse constancia de

cualquier obligación de prestar alimentos que éste tuviere dentro o fuera del país, como resultado de un matrimonio previo.

c) Después del matrimonio:

- Luego de haberse celebrado el matrimonio, así como lo manda el artículo 102 y 432 del Código Civil, debe darse aviso al Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala con el objeto de registrar el matrimonio y anotar el registro de la partida del extranjero domiciliado en el país.

- Debe darse el aviso correspondiente al Consulado del país de origen del extranjero, debido a que los cónsules dentro del ejercicio de sus funciones le corresponde el registro de sus nacionales y del cambio de estado civil que tengan.

- Deben registrarse las capitulaciones matrimoniales.

4.3.2 Tratados internacionales sobre el matrimonio entre nacional y extranjero

La conferencia de La Haya de 1896 se pronuncia con respecto al matrimonio entre personas de distinta nacionalidad, regulando en su artículo 4 que será reconocido como válido en cualquier parte el matrimonio que se haya celebrado de conformidad con las normativas del país en el que se llevó a cabo. En aquellos países que sea requisito la celebración de matrimonio religioso podrán no reconocer como válido aquél que se haya celebrado en el extranjero sin haber observado el referido requisito; así mismo estipula que el acta de matrimonio debe ser enviado en copia auténtica a las autoridades correspondientes del país a donde pertenezca el cónyuge extranjero, o en su caso ambos contrayentes.

De igual manera se establece en la Convención de La Haya de 1902, agregando en los artículos 6 y 8 respectivamente, que si ambos contrayentes fueren extranjeros y no existiere oposición por parte del Estado, éstos pueden celebrar matrimonio ante alguna autoridad diplomática de su país. En cuanto a la nulidad estipula que se

puede tener como nulo el matrimonio en el lugar de la celebración del mismo por haber faltado a las solemnidades exigidas por la ley; sin embargo podrá tenerse como válido en otros países.

En cuanto a la forma, el Código de Derecho Internacional Privado en su artículo 41 establece que el matrimonio, en cuanto a su forma se refiere, se tendrá como válido en todas partes siempre y cuando se haya celebrado de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en el país en el cual se llevó a cabo. Si fuere el caso que en el país de origen de uno o ambos contrayentes es exigida la celebración de un matrimonio religioso, deberá observarse esta situación en el país en que se celebre, caso contrario no se tendrá como válido en el país de origen de los referidos contrayentes.

Con respecto a la capacidad para contraer matrimonio, esta puede regirse por la ley personal de los contrayentes, siempre y cuando no contravengan las leyes del país de celebración del matrimonio, o la ley de su domicilio, según sea lo aceptado por su país de origen. Este aspecto se encuentra en las Conferencias y Convenciones de La Haya de 1893, 1900 y 1904, por su parte en el artículo 36 del Código de Derecho Internacional Privado hace referencia a la ley personal, al regular que los contrayentes se encontrarán sujetos a la ley personal propia con respecto a su capacidad para contraer matrimonio, al consentimiento paterno a tenerse en cuenta y los respectivos impedimentos y dispensa para celebrar las nupcias.

Con relación a qué ley regirá el matrimonio, en Europa se adopta lo contenido en el artículo primero de la Convención de La Haya de 1905, mismo que establece que las relaciones entre los esposos se regirán por la ley de nacionalidad de éstos, pero la forma de sancionarlos estará regida por la ley del Estado en el cual se está reclamando tal sanción. En América, se encuentra regulado en el Código de Derecho Internacional Privado una serie de aspectos específicos para la aplicación de la ley en determinados casos, tal y como se detalla a continuación:

- Con referencia a la obligación de atención, protección y obediencia de la mujer con respecto a su esposo se regirá por la ley personal de ambos cónyuges, y si fuere el caso que los cónyuges son de distinta nacionalidad, se regirá por la ley personal del cónyuge varón.

- El deber de fidelidad que deben guardarse los cónyuges, de ayuda mutua y la cohabitación se regirán por la ley territorial, es decir la ley del domicilio en el que se encuentren establecidos.

- Las sanciones derivadas de la bigamia, tal y como el apartado anterior se regirán por la ley territorial.

- Con respecto al régimen económico por el cual se regirá el matrimonio, se debe hacer atendiendo a lo estipulado en la legislación, es decir el que impone la ley, o como lo adoptan otras legislaciones dando a los cónyuges la posibilidad de elegir el régimen matrimonial, y ya si estos no deciden, supletoriamente la ley contempla un régimen a aplicar en estos casos.⁷⁴

Como es posible observar que la comunidad internacional se ha preocupado por regular distintos aspectos del matrimonio, y tomándose como muestra Europa y América, han realizado sus propias regulaciones internacionales para los pertenecientes a estas comunidades. En consecuencia, cabe destacar que dependiendo de las condiciones y de la ubicación de las personas así va a ser la legislación aplicable al matrimonio en concreto que por uno u otro motivo sea susceptible del ámbito internacional, por lo tanto en determinados casos se observará la ley personal de los cónyuges y en otros, la ley territorial, es decir la ley de donde hayan establecido el domicilio conyugal o donde se haya realizado el matrimonio, según corresponda.

⁷⁴ *Ibid.* Pág. 144

4.4 Análisis de resultados

Con el objeto de lograr un estudio serio sobre la constitucionalidad del artículo 87 del Código Civil guatemalteco, es menester conjugar la teoría con las opiniones personales de profesionales del Derecho que se especialicen tanto en Derecho Civil y Derecho Constitucional, como en Derecho Internacional. Por tal motivo se consideró necesario realizar una serie de entrevistas a fin de recaudar material suficiente para obtener resultados reales y objetivos.

Al momento de cuestionar 1) ¿En qué consiste el derecho de igualdad?, el cincuenta por ciento responde que es un derecho relativo, un treinta y tres por ciento responde que se trata de un derecho absoluto, y el diecisiete por ciento restante aduce que no puede encuadrarse en ninguna de estas dos esferas, sino se trata de un derecho ecléctico, es decir que reúne ambas calidades, siendo absoluto en cuanto a la dignidad, derechos, responsabilidades y oportunidades entre el hombre y la mujer; sin embargo, es relativo en cuanto a las capacidades que posea cada individuo y las circunstancias específicas en las que este se encuentre.

Con respecto a si 2) el derecho de igualdad admite excepciones, cuestión íntimamente relacionada con la discutida anteriormente, a primera vista existen dos posturas: la que afirma que no admite excepciones y la que admite que el derecho de igualdad puede tener excepciones.

La primera postura, en principio señala categóricamente que no se admiten excepciones, afirmando que es un derecho absoluto en cuanto todos los hombres y mujeres como integrantes de la sociedad son iguales ante la ley, y si bien es cierto algunos gozan de algunas prerrogativas, éstas son derivadas de situaciones sumamente especiales, como por ejemplo las personas que gozan del derecho de antejuicio; sin embargo, al explorar más a fondo las explicaciones obtenidas, puede notarse que se hace la salvedad de que a situaciones diferentes es necesario un trato diferente, por lo tanto no puede afirmarse de forma absoluta la rigidez de este derecho.

La segunda postura es la que afirma que sí se admiten excepciones en cuanto a la aplicación del derecho de igualdad, puesto que exigen grupos vulnerables que por su misma condición merecen un trato preferencial. Si bien es cierto en la Carta Magna, específicamente en el artículo 4 se señala la igualdad de todos los seres humanos en derechos y obligaciones, y debe entenderse en el sentido que toda persona goza de los mismos derechos y limitaciones; sin embargo ante desigualdades naturales la legislación tenderá a la protección de quienes se encuentren en tal situación.

A eso es precisamente a lo que se refiere la igualdad relativa, permitida y promovida por una legislación tendiente a brindar la debida protección a las desigualdades naturales, en consecuencia la igualdad ante la ley consiste en la inexistencia de excepciones o privilegios en su caso, que excluyan a un determinado grupo de lo que se le está concediendo a otro en igualdad de circunstancias, sin importar que estas sean positivas o negativas. En ese orden de ideas, se podría afirmar que se está violando el derecho de igualdad cuando en igualdad de circunstancias se les dé un tratamiento desigual a los sujetos.

Así mismo, cabe destacar que los derechos fundamentales tienden a ser confrontados constantemente, es decir que en determinadas circunstancias los derechos de carácter fundamental se yuxtaponen y por lo tanto uno de estos derechos debe ser potencializado, entendiéndose que en ciertos casos el derecho de igualdad puede pasar a segundo plano en atención a la mayor importancia que, en esa situación específica, merezca otro derecho de igual categoría; sin embargo, debe tomarse en cuenta que la ponderación en materia de Derechos Humanos no forma jurisprudencia, puesto que si así fuere, se estaría creando jerarquía entre estos derechos, situación totalmente inadmisibles.

Una vez expuestos los argumentos anteriores, es menester adoptar el criterio que el derecho de igualdad es un derecho de carácter relativo, en cuanto admite excepciones al enfrentarse a casos determinados en los que por su especial

naturaleza, merezcan una protección favorecedora en virtud de ponderar un derecho fundamental que en ese caso concreto amerite una mayor atención.

Acercándose cada vez más al objeto del presente trabajo, es vital analizar 3) ¿Cuál es la situación actual del derecho de igualdad entre hombres y mujeres en Guatemala? Para tal efecto, es debido hacer una distinción entre el ámbito formal y el ámbito material.

En el ámbito formal es posible apreciar que el ordenamiento jurídico en general, específicamente en los tratados internacionales, a medida que han ido evolucionando así también han ido incluyendo normativas que garantizan y regulan las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, tomando en cuenta obviamente, las diferencias naturales que existen entre ambos géneros. En Guatemala es palpable este reconocimiento de equidad entre hombres y mujeres mediante su regulación en la Constitución Política de la República; sin embargo, al remitirse y observar la legislación ordinaria, por ser ésta excesiva y de amplia data, aún no ha logrado ser depurada en su totalidad en cuanto a este sentido.

Con respecto al ámbito material, se puede considerar que las normativas que regulan lo referente a la equidad entre el género masculino y el femenino, hasta cierto punto llegan a ser vigentes más no positivas. A nivel sociológico, se tiende a dar prebendas al sexo masculino por un lado, o a victimizar en demasía la figura de la mujer, y por lo tanto exigir que por el solo hecho de pertenecer al sexo femenino, se deben otorgar facilidades especiales en diferentes ámbitos, por lo tanto puede decirse que es complicado lograr un justo balance de este derecho, debido a que en la práctica, si bien es cierto se han tenido avances considerables, es realista afirmar que no se ha recorrido ni la mitad del camino hacia la verdadera igualdad.

Una vez desarrollados los puntos anteriores, se procederá con el texto en sí del artículo 87 del Código Civil, el cual regula que: “La guatemalteca casada con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que quiera adoptar la de su cónyuge,

en cuyo caso deberá hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales”. Al momento de analizar si 4) es constitucional que la legislación restrinja la opción de adoptar la nacionalidad extranjera al momento del matrimonio a favor únicamente a las mujeres se pueden apreciar diversas situaciones, las cuales llevan a un mismo resultado: el texto anteriormente descrito carece de constitucionalidad, en base a lo siguiente:

- Si bien es cierto la norma anteriormente mencionada no es prohibitiva para el hombre, es excluyente para el cónyuge varón. En consecuencia no es constitucional puesto que debería ser un derecho de ambos cónyuges.
- De acuerdo con el momento histórico en el cual entraron en vigencia tanto el Código Civil y la Ley de Nacionalidad, la mujer generalmente dependía económicamente del hombre, por lo tanto el legislador buscó a través de esta norma garantizar a la mujer la permanencia de su nacionalidad al momento de contraer matrimonio con extranjero, para que a ella no se le fuere impuesta la nacionalidad del marido, sin su voluntad. Sin embargo, actualmente puede considerarse inconstitucional, puesto que no armoniza con lo regulado en la Constitución Política de la República, específicamente en su artículo 4.
- La referida normativa otorga una opción de adopción de nacionalidad; sin embargo deben agotarse los requisitos y procedimientos específicos de acuerdo con la legislación de cada país para que sea otorgada la nacionalidad efectivamente. No obstante lo anterior, se considera no constitucional por excluir en el texto al varón de poseer tal opción.
- Al analizar formalmente la norma señalada sí existe una diferencia expresa que conlleva a un aparente beneficio a favor únicamente de la cónyuge mujer, y por lo tanto contaría la normativa Constitucional. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en la práctica, esta es una declaración realizada a nivel nacional, misma que para fines del Derecho Internacional, migratorio o de extranjería, tiene poca o

incluso ninguna incidencia, pues la adopción formal de la nacionalidad extranjera, tanto para la mujer como para el varón, dependerá de las disposiciones internas de cada Estado, convirtiendo en irrelevante, a nivel internacional, la aplicación de la norma en cuestión.

- La nacionalidad y la moneda son los únicos resabios del Derecho de Nacionalidad. Para un Estado constituido bajo el formato patriarcal, es fundamental que los varones conserven su nacionalidad de origen; no obstante en la actualidad, restringir la opción de este Derecho a favor únicamente de las mujeres, podría ser atacado de inconstitucional por cualquier varón.

Analizando lo anteriormente presentado, no solamente se llega a la afirmación de la inconstitucionalidad del texto contenido en el artículo 87 del Código Civil, sino se logra inferir que tanto el Código Civil guatemalteco sancionado en 1963, como la Ley de Nacionalidad del año 1966, fueron promulgadas anterior a la Constitución Política de la República, creada en 1985 y entrada en vigencia en 1986. Derivado de esto se está frente a una inconstitucionalidad sobrevenida.

La inconstitucionalidad sobrevenida puede definirse como: “el término que se utiliza para identificar aquel fenómeno en virtud del cual una ley deviene inconstitucional por contrariar una norma contenida en el texto fundamental, por la reforma de éste último⁷⁵”, o en su caso por la creación de uno nuevo. Esta forma de Inconstitucionalidad es impulsada por la doctrina constitucional contemporánea, y “acepta la posibilidad de que los procesos en los que se insta el control constitucional directo se sustenten en el señalamiento de vicios a normas preexistentes al Magno Texto”.⁷⁶

⁷⁵ De Mata Ruiz, Diana Paola, *La Inconstitucionalidad sobrevenida como consecuencia lógica y necesaria de la mutación constitucional*, Guatemala, 2014, Tesis de Posgrado Facultad en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Pág. 27

⁷⁶ Corte de Constitucionalidad. Salguero Salvador, Geovani, *La inconstitucionalidad directa o general*, Guatemala, S/A, <http://www.cc.gob.gt/documentosCC/Capacitaciones/VCursoAct/LaInconstitucionalidadDirectaOGener al.pdf>, Pág. 50, Fecha de consulta: 2 de febrero 2015

Para que pueda ser viable este tipo de inconstitucionalidad deben concurrir dos requisitos:

1. Que la norma con carácter preconstitucional aún se encuentre vigente; y
2. Que el examen para la viabilidad de la inconstitucionalidad sobrevenida sea realizado de acuerdo con la Constitución vigente y no acorde a un texto fundamental que ya se encuentre derogado.⁷⁷

Y si bien es cierto, puede llegarse a deducir que en el caso de una Inconstitucionalidad sobrevenida, la norma constitucional será nula ipso jure, se necesita una declaración de voluntad emitida por el legislador declarándola como tal o modificándola, con el objeto de encuadrarla dentro de los parámetros constitucionales.

Con el objeto de reforzar la postura de la inconstitucionalidad del artículo 87 del Código Civil guatemalteco, se ha considerado pertinente hacer mención y tomar como ejemplo, aunque no se trate de un mero estudio de Derecho comparado, la política que otros países han adoptado en materia de adopción de nacionalidad por matrimonio.

En la página electrónica de la embajada de Portugal en España⁷⁸, se enumeran las causas por las cuales puede adquirirse la nacionalidad portuguesa. Para el efecto detalla que se puede adquirir por medio del matrimonio, señalando como requisito que el extranjero esté casado con el nacional debe residir por un mínimo de tres años con él. En este país es un único proceso para adquirir la nacionalidad portuguesa, y el mismo es indistintamente para contrayente mujer u hombre con ciudadano portugués.

⁷⁷ *Ibid.*, Pág. 51.

⁷⁸ Embajada de Portugal. Ministerio de Relaciones Exteriores, *Nacionalidad*, España, 2012, <http://www.embajadaportugal-madrid.org/es/servicios-a-los-portugueses/registro-civil-y-notariado/nacionalidad.html>, Fecha de consulta: 15 de noviembre 2014

Por su parte en el sitio web de la embajada de Austria en Chile⁷⁹ establece que la nacionalidad austríaca puede ser otorgada al cónyuge extranjero de un ciudadano austríaco, sin importar que sea cónyuge varón o cónyuge mujer ya sea el extranjero o el ciudadano, una vez se cumplan dos requisitos: haber convivido ya un mínimo de cinco años como matrimonio y permanecer de forma legal y sin interrupción alguna en Austria durante seis años.

Así mismo, puede observarse el caso de Francia, donde se establece que la forma más común de adquisición de la nacionalidad francesa es por matrimonio. En este país se realizó una modificación puesto que de 1945 a 1973 se aplicaba un criterio y luego de 1973 se ha aplicado uno nuevo. En la primera etapa, se hacía la diferencia entre el género de los cónyuges, y se estipulaba que la mujer de nacionalidad extranjera que contrajere matrimonio con un francés, adquiriría de forma automática la nacionalidad francesa, requiriendo posteriormente, a su discreción, la solicitud de un certificado de nacionalidad francesa, para respaldar la nacionalidad en el caso que no posea ningún otro documento que así lo asegure o por si en dado caso su casamiento por alguna razón no fuere transcrito.

A partir de 1973, ya no fue automática la obtención de nacionalidad y requiere una solicitud de la persona, sin importar que fuere cónyuge varón o cónyuge mujer, donde explícitamente se solicite su adquisición en función de la residencia existente con la pareja. Posteriormente en el año 2006 se realizó otra modificación, por virtud de la cual se añade principalmente el requisito de cinco años de vida en común, a menos que el cónyuge extranjero, sin importar su género, compruebe cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Residencia de tres años a partir del momento en que contrajeren matrimonio, misma que debe ser ininterrumpida y regular dentro del territorio francés; o

⁷⁹ Embajada de Austria. Ministerio de Relaciones Exteriores, *Nacionalidad*, Chile, S/A, <http://www.bmeia.gv.at/es/embajada/santiago-de-chile/consejos/austriacos-en-chile/nacionalidad.html>, Fecha de consulta: 15 de noviembre 2014

- Presentar la inscripción del cónyuge en el Registro de los franceses que se encuentran radicados fuera del territorio francés durante la vida en común que sostengan en el extranjero, la cual debe ser por un período superior a los cuatro años luego de haber contraído matrimonio.⁸⁰

Para obtener la nacionalidad mexicana por naturalización, la Ley de Nacionalidad mexicana, en su artículo 20 numeral romano II establece que: “La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, deberán acreditar que han residido y vivido de consumo en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud”. Así mismo señala que no será necesario que se haya establecido el domicilio conyugal en territorio mexicano, cuando el cónyuge que goce de la nacionalidad mexicana se encuentre radicado en el extranjero ya sea por encargo o por comisión que le haya realizado el gobierno mexicano.

Como se podrá observar se ha ido regulando cada vez de forma más amplia y hasta cierto punto despersonalizada, puesto que no hace diferencia de género, sino únicamente se regula la norma de observancia tanto para hombres o como mujeres, especificando los requisitos que uno u otro deben llenar según sea el caso.

Así mismo, con esta breve muestra de cómo se regula la adopción de nacionalidad por matrimonio en distintos países, se evidencia que la norma contenida en el artículo 87 del Código Civil guatemalteco, tiende a perder validez frente al Derecho Internacional, puesto que, si bien es cierto, dentro del Derecho interno representa una facilidad o un privilegio del que goza solamente la mujer, atentando contra el Derecho de Igualdad, y que en determinado momento histórico, pudo haber representado un paso para adquirir más fácilmente la nacionalidad del cónyuge extranjero, actualmente al entrar a la esfera internacional no es suficiente e incluso tiende a ser innecesario tal acto, puesto que cada ordenamiento jurídico contiene sus

⁸⁰ Consulado General de Francia. Ministerio de Relaciones Exteriores, *Principios de la nacionalidad francesa*, Argentina, 2013, <http://www.embafrancia-argentina.org/Principios-de-la-nacionalidad>, Fecha de consulta: 13 abril 2015

propias políticas, requisitos y procedimientos para hacer efectiva la adquisición de nacionalidad por matrimonio.

Una vez expuesto lo anteriormente señalado, se consideró importante indagar si 5) el artículo 87 del Código Civil necesita algún tipo de modificación y de ser así ¿cuál sería?, puesto que no obstante carecer cada vez más, por el paso del tiempo y la evolución del Derecho, de validez internacional, es una norma que se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico interno guatemalteco y que en su redacción vulnera de forma clara el derecho de igualdad contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en su artículo 4, regulando solamente esta facilidad a favor de la cónyuge mujer.

La respuesta contundente a la interrogante fue afirmativa, es decir, se manifestó claramente que sí es necesario modificar esta norma, bien sea derogándola por ser contraria al orden Constitucional o de manera que sea incluyente de ambos géneros y respetuosa del derecho de igualdad, pudiendo ser modificada de la siguiente manera: Los guatemaltecos casados con extranjero conservan su nacionalidad, a menos que quieran adoptar la de su cónyuge, en cuyo caso deberán hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales.

CUADRO DE RESULTADOS	
Pregunta	Resultado
1. Para usted, ¿en qué consiste el derecho de igualdad?	El derecho de igualdad consiste en un derecho de carácter relativo.
2. Considera usted que, ¿el derecho de igualdad admite excepciones?	El derecho de igualdad sí admite excepciones, en virtud de la existencia de grupos vulnerables y desigualdades naturales, quienes serán merecedores

	de un trato y protección preferencial.
3. ¿Qué opina usted sobre el estado actual del derecho de igualdad entre hombres y mujeres en Guatemala?	<p>Ámbito formal: El derecho de igualdad se encuentra protegido por la legislación guatemalteca; sin embargo, aún debe depurarse la totalidad de legislación ordinaria a este respecto.</p> <p>Ámbito material: No se ha logrado un balance al momento de su aplicación, debido a la tendencia, en determinados casos a otorgar ciertos beneficios a los integrantes del género masculino, o por el contrario victimizar en demasía y sobreproteger al género femenino.</p>
4. El artículo 87 del Código Civil regula que: “La guatemalteca casada con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que quiera adoptar la de su cónyuge, en cuyo caso deberá hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales”. Considera usted que, ¿es constitucional que la legislación restrinja la opción de adoptar la nacionalidad extranjera al momento del matrimonio a favor únicamente a las mujeres?	El artículo 87 del Código Civil guatemalteco, no se encuentra en armonía lo contenido en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, mismo que regula el derecho de igualdad, razón por la cual la norma en cuestión es de notorio carácter inconstitucional.
5. Considera usted que, ¿el artículo 87 del	Sí, debiendo modificarse de esta

<p>Código Civil, anteriormente expuesto, necesita algún tipo de modificación? ¿De qué tipo?</p>	<p>manera: Los guatemaltecos casados con extranjero conservan su nacionalidad, a menos que quieran adoptar la de su cónyuge en cuyo caso deberán hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales.</p>
---	---

CONCLUSIONES

- Guatemala, como un Estado de Derecho, cuenta con un vasto ordenamiento jurídico, mismo que debe ir en consonancia con la Constitución Política de la República. La referida Carta Magna contiene una serie de derechos fundamentales que protegen la integridad de la persona, la organización del Estado y determinadas garantías, dentro de las que se pueden mencionar las que tienden a defender el orden constitucional como la Inconstitucionalidad de carácter general, la cual tiene por objeto anular normativas que se encuentren en confrontación con lo regulado por el texto constitucional.
- La unión entre hombre y mujer, a lo largo del tiempo y junto con la evolución del ser humano, ha ido desarrollándose hasta pasar de una época donde reinaba la promiscuidad hasta llegar a ser el matrimonio monogámico, el cual es reconocido y aceptado por la mayoría de legislaciones alrededor del mundo.
- En Guatemala el matrimonio goza del carácter de institución social, por medio de la cual un hombre y una mujer se unen con el ánimo de permanencia, convivencia y procreación, en un acto solemne. Durante el transcurso del mismo, deben cumplir ambos cónyuges con una serie de obligaciones, siendo las principales: auxilio mutuo, prestación de alimentos y educación y alimentación de los hijos.
- La nacionalidad es aquel vínculo jurídico por medio del cual una persona se encuentra ligada con determinado país, bien sea por haber nacido en él, por ser descendiente de padres nacidos en él, o por permanencia y residencia en el.
- El derecho de igualdad, es un derecho de carácter fundamental, mismo que se encuentra amparado por diversos tratados internacionales así como en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en el artículo 4 y establece claramente la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres.

- El derecho de igualdad no debe entenderse como un derecho rígido, puesto que se trata de un Derecho que admite excepciones, en cuanto éstas se encuentren encaminadas en beneficio de la protección de determinados grupos, que por ciertas situaciones, se consideren históricamente marginados.
- El derecho de igualdad comprende una prohibición de manifestar cualquier tipo de discriminación por razón de la religión, raza, sexo, posición social, condición física y por cualquier otro aspecto existente; sin embargo, permite tomar en consideración las aptitudes y capacidades de cada persona o grupo social en particular.
- Si bien es cierto, existen normas tendientes a la protección de determinados grupos sociales considerados susceptibles de vulneraciones a sus derechos, debe tenerse claro que no puede caerse en una parcialización absoluta de esto, y que debe observarse en derecho de igualdad en las situaciones que no se deriven de la protección necesaria a los grupos sociales en riesgo.
- En Guatemala aún no se ha logrado una práctica totalmente satisfactoria del derecho de igualdad, ni en la legislación, ni sociológicamente.
- La disposición contenida en el artículo 87 del Código Civil sobre la opción de nacionalidad al momento del matrimonio a favor únicamente de la mujer es una norma que contraría el orden constitucional, por tal razón debe ser considerada inconstitucional y por lo tanto ser modificada.
- El ordenamiento jurídico interno guatemalteco, en virtud de poseer normas emitidas en un momento histórico que dista en parte de la realidad actual, aún no se ha logrado unificar, para obtener una completa consonancia entre sí y frente a la Carta Magna.

RECOMENDACIONES

- Procurar, por parte de la autoridad legislatora y judicial, la observancia del Derecho de Igualdad, tanto de manera formal como material.

- Evitar la sobreprotección en aspectos innecesarios a determinado grupo social, que si bien es cierto, puede encontrarse clasificado como vulnerable, no es afectado por la aplicación de una normativa incluyente en la mayoría de situaciones.

- Realizar un estudio de la legislación ordinaria emitida anterior a la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala a fin de armonizar el contenido de aquella con la Carta Magna.

- Aplicar de manera correcta y justa el derecho de igualdad en Guatemala, a fin de evitar el atropello sin sentido a derechos contemplados en la Norma Suprema, que puedan llegar a afectar de una u otra manera a un ser humano.

- Efectuar una evaluación y estudio a la norma contenida en el artículo 87 del Código Civil guatemalteco, a fin de reformarlo en aras del derecho de igualdad y en consecuencia incluir al sexo masculino dentro de su texto.

REFERENCIAS

Bibliográficas:

Aguilar Guerra, Vladimir Osman. Derecho de familia, Guatemala, S/E, 2009, Tercera Edición.

Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado, México, Editorial Porrúa, S.A., 1986, Octava Edición.

Biscaretti di Ruffia, Paolo. Derecho Constitucional, España, Editorial Tecnos, S.A., 1987, Tercera Edición

Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Manual de derecho de familia, Argentina, Editorial Astrea, 2010, Sexta Edición.

Brañas, Alfonso. Manual de Derecho Civil, Guatemala, Editorial Estudiantil Fenix, 2009, Octava Edición.

Carmona Cuenta, Encarnación. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), S/NV, Publicación número 84, España, abril-junio 1994, S/E.

Cordón Aguilar, Julio César. Teoría constitucional, Guatemala, S/E, 2009.

Carrasco Perera, Ángel y Magdalena Ureña Martínez. Lecciones de Derecho Civil Derecho de Familia, España, Editorial Tecnos, 2013.

Diccionario enciclopédico de Derecho usual, Volúmenes: II, III, IV, V, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, Décimo Cuarta Edición.

Flores Juárez, Juan Francisco. Constitución y Justicia Constitucional / apuntamientos, Guatemala, S/E, 2005.

Garantías Constitucionales. Diccionario enciclopédico de Derecho usual, Vol. III, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, Décimo Cuarta Edición.

Kestler Farnés, Maximiliano. Introducción a la teoría constitucional guatemalteca, Guatemala, Centro Editorial "José de Pineda Ibarra", 1964, Segunda Edición.

Lalaguna Domínguez, Enrique. Estudios de Derecho Matrimonial, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1962.

Larios Ochaíta, Carlos. Derecho Internacional Privado, Guatemala, Editorial Maya'Wuj, 2013, Octava Edición.

Leiva Fadic, Felipe. "La deformación del Derecho fundamental a la igualdad un argumento en contra de la exigibilidad directa de la igualdad de hecho", Revista de Estudios de la Justicia, S/NV, Publicación número 7, Chile, 2006, S/E.

Madrazo Mazariegos, Danilo y Sergio Madrazo Mazariegos. Garantías y defensa del orden constitucional, Guatemala, S/E, 2004.

Pereira-Orozco, Alberto y otros. Derecho Constitucional, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2013, Octava Edición.

Pereira-Orozco, Alberto y otros. Derecho Procesal Constitucional, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2012, Segunda Edición.

Pereznieto Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado parte general, México, Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2000, Séptima Edición.

Prado, Gerardo. Derecho Constitucional, Guatemala, Editorial Praxis, 2007, Quinta Edición.

Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español, Vol. V, España, Ediciones Pirámide S.A., 1976, Tercera Edición.

Recurso Ordinario. Diccionario enciclopédico de Derecho usual, Vol. V, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, Décimo Cuarta Edición.

Rojinas Villegas, Rafael. Derecho Civil mexicano, Vol. II, México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, Séptima Edición.

Sáenz Juárez, Luis Felipe. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala, Guatemala, Editorial Serviprensa C.A., 2004.

Sierra González, José Arturo. Derecho Constitucional guatemalteco, Guatemala, S/E, 2000.

Vásquez Martínez, Edmundo. El proceso de amparo en Guatemala, Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1985.

Normativas:

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala. 1985

Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Decreto 1-86.

Asamblea Nacional Legislativa de la República de Guatemala, Código de Derecho Internacional Privado. Decreto 1575

Congreso de la República de Guatemala, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Decreto 6-86

Congreso de la República de Guatemala, Declaración Universal de los Derechos Humanos. Decreto 54-86

Congreso de la República de Guatemala, Ley de Nacionalidad. Decreto 1613.

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

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Nacionalidad.

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

Electrónicas:

Consulado General de Francia. Ministerio de Relaciones Exteriores, Principios de la nacionalidad francesa, Argentina, 2013, <http://www.embafrancia-argentina.org/Principios-de-la-nacionalidad>, Fecha de consulta: 13 abril 2015

Corte de Constitucionalidad, Salguero Salvador, Geovani., La inconstitucionalidad directa o general, Guatemala, S/A, <http://www.cc.gob.gt/documentosCC/Capacitaciones/VCursoAct/LaInconstitucionalidadDirectaOGeneral.pdf>, Fecha de consulta: 2 de febrero 2015.

Embajada de Austria. Ministerio de Relaciones Exteriores, Nacionalidad, Chile, S/A, <http://www.bmeia.gv.at/es/embajada/santiago-de-chile/consejos/austriacos-en-chile/nacionalidad.html>, Fecha de consulta: 15 de noviembre 2014.

Embajada de Portugal. Ministerio de Relaciones Exteriores, Nacionalidad, España, 2012, <http://www.embajadaportugal-madrid.org/es/servicios-a-los->

portugueses/registro-civil-y-notariado/nacionalidad.html, Fecha de consulta: 15 de noviembre 2014.

Oficina de servicios legislativos Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Torres Torres, Aníbal José, Oficina de asuntos de la juventud, Ponencia del P. de la C. 1318, Puerto Rico, 2001, <http://www.oslpr.org/2001-2004/B232FWYE.pdf>, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014.

Universidad del País Vasco. Barrère Unzueta, M^a Angeles, Universidad del País Vasco/EHU, Igualdad y "Discriminación Positiva": Un esbozo de análisis teórico-conceptual, España, S/A, <http://www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf>, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014.

Otras:

Argueta Pérez, Heidy Yohanna. Análisis jurídico doctrinario sobre la función notarial en la autorización del matrimonio civil en artículo de muerte, Guatemala, 2006, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Coyoy Sacalxot, Marco Antonio. Violación al derecho de igualdad al condicionar el derecho del cónyuge varón al reclamar de la cónyuge mujer pensión alimenticia, Guatemala, 2012, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.

Cruz Díaz, Celia Patricia. Matrimonio, divorcio y sus efectos en la sociedad guatemalteca como análisis crítico, Guatemala, 2011, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

De Mata Ruiz, Diana Paola. La Inconstitucionalidad sobrevenida como consecuencia lógica y necesaria de la mutación constitucional, Guatemala, 2014, Tesis de Posgrado Facultad en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.

Estrada Escobar, Lilian Gabriela. La discriminación al Derecho de trabajo por la religión en la ciudad capital de Guatemala del año dos mil dos, constituye una violación a la Constitución, las normas laborales, convenios internacionales y Derechos Humanos, Guatemala, 2011, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

García Pocasangre de Barrera, Grady Maritza. Violación de Derecho de Igualdad por la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Guatemala, 2011, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

García Rodas de Girón, María Virginia. Violación al derecho de igualdad en la contratación de empleados, Guatemala, 2008, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar

Melendez Soto, Edgar Rolando. Propuesta del matrimonio cibernético como una nueva forma de celebrar el matrimonio en Guatemala, Guatemala, 2007, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Rosales Marroquín, Héctor José. Análisis jurídico y doctrinario del matrimonio de personas por artículo de muerte, en la legislación civil guatemalteca, Guatemala, 2006, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Yol Tzib, Claudia Leticia. Violación a los Derechos Humanos de libertad e igualdad de la mujer por el artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, Guatemala, 2006, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala.

ANEXOS

Anexo 1: Entrevista

Universidad Rafael Landívar
Campus de Quetzaltenango
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Tesis: “Estudio de la constitucionalidad del artículo 87 del Código Civil sobre la adopción de nacionalidad al momento del matrimonio”
Andrea María de la Roca Alfonso



Guía de entrevista

Instrucciones: A continuación se le formularán una serie de interrogantes, mismas que se le solicita amablemente pueda responder. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis “Estudio de la constitucionalidad del artículo 87 del Código Civil sobre la adopción de nacionalidad al momento del matrimonio”, y las mismas serán utilizadas de forma confidencial y con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

1. Para usted, ¿en qué consiste el derecho de igualdad?

Es un derecho absoluto Es un derecho relativo

Otro _____

2. Considera usted que, ¿el derecho de igualdad admite excepciones?

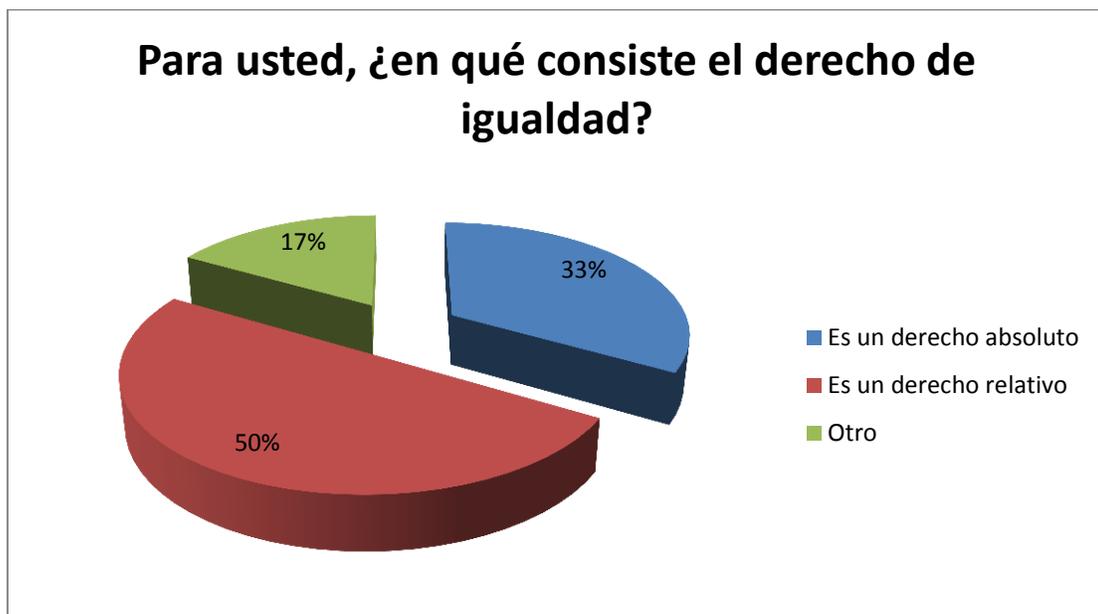
3. ¿Qué opina sobre el estado actual del derecho de igualdad entre hombres y mujeres en Guatemala?

4. El artículo 87 del Código Civil regula que: “La guatemalteca casada con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que quiera adoptar la de

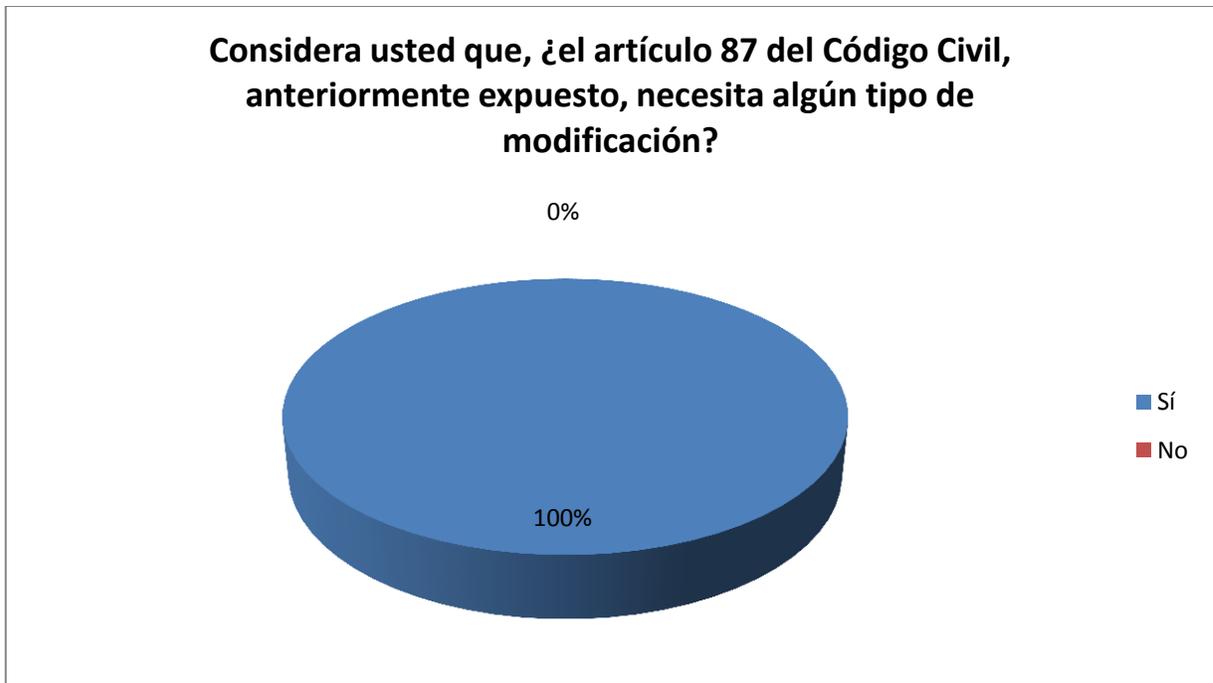
su cónyuge, en cuyo caso deberá hacerlo constar expresamente en las diligencias matrimoniales”. Considera usted que, ¿es constitucional que la legislación restrinja la opción de adoptar la nacionalidad extranjera al momento del matrimonio en favor únicamente a las mujeres?

5. Considera usted que, ¿el artículo 87 del Código Civil, anteriormente expuesto, necesita algún tipo de modificación? ¿De qué tipo?

Anexo 2: Gráficas



Gráfica 1: Representación gráfica del resultado de la pregunta número uno.



Gráfica 2: Representación gráfica del resultado de la pregunta número cinco.